

TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA TRABALHISTA

OUTSOURCING AND THE LABOUR REFORM

SILVA, Otavio Pinto e*

Resumo: O texto aborda a abertura à terceirização trazida pela reforma trabalhista aprovada em 2017 pelo Governo Federal que, segundo o autor, talvez reforce a precarização das relações de trabalho, uma vez que o contratante poderá transferir a terceiros qualquer de sua atividade, mesmo a principal de sua empresa. Os empregados assim contratados, embora respeitadas as condições celetistas, não terão sindicato representativo, pois a reforma sindical não ocorreu concomitantemente à trabalhista.

Palavras-chave: Terceirização. Reforma trabalhista. Responsabilidade subsidiária. Precarização.

Abstract: The text broaches the opening to outsourcing brought by the labour reform approved in 2017 by the Federal Government that, according to the author, may reinforce the precariousness of working relations, as the employer may transfer to third parties any of his activities, even the company's main one. The employees hired in this manner, while still having the CLT conditions respected, will not have representative unions, because the union reform did not occur concomitantly to the labour one.

Keywords: Outsourcing. Labour Reform. Subsidiary Responsibility. Precariousness.

1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno bastante comum nos tempos atuais, que se apresenta com maior ou menor intensidade em praticamente todos os países.

Pode-se afirmar que a terceirização consiste em técnica de administração que reflete a tendência de transferir a terceiros certas

*Mestre (1997), Doutor (2002) e Livre-Docente (2011) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

atividades que anteriormente estavam a cargo da própria empresa. É compreensível que este fenômeno tenha se disseminado tanto, uma vez que cada vez mais as atividades humanas se especializam em todas as áreas.

Por meio da terceirização, as empresas buscam concentrar seus esforços na realização das atividades em que se especializaram, delegando para outros a execução de certos serviços diferenciados ou a produção de determinados bens.

Trata-se, portanto, de uma medida adotada em face do processo econômico e que representa uma revisão da estrutura clássica de organização empresarial. A empresa deixa de ser vista como uma entidade autossuficiente, que se responsabilizava por todas as etapas do processo produtivo.

Hoje em dia a tendência é diametralmente oposta: busca-se justamente a desconcentração produtiva. O fornecimento de serviços e até mesmo de bens, em alguns casos, é efetuado por terceiros, que se encontram fora da empresa.

A subcontratação de trabalho subordinado atualmente é encarada como uma medida necessária para a eficácia da atividade empresarial, pois permite ao empresário dimensionar de forma equilibrada a organização do processo produtivo.

O grande problema que se apresenta, assim, é conseguir distinguir a terceirização do tráfico de mão de obra. A figura do *marchandage*, isto é, o simples fornecimento de trabalho, em que o fornecedor lucra com o suor alheio, é repudiada pelo direito (e assim deve continuar a ser).

O indispensável debate que se deve fazer a respeito do tema não pode deixar de lado a constatação de que o prestador de serviços (que fornece a atividade de trabalhadores subordinados para atender a necessidade de outra empresa) deve assumir os riscos e responsabilidades inerentes a essa sua condição.

A terceirização lícita, assim, depende da existência de uma empresa contratada que possua organização e gestão próprias, a fim de poder atender aos objetivos exigidos pela empresa contratante e realizar as obras ou serviços necessários.

Vale dizer, a ideia fundamental que sempre parece conduzir o processo de terceirização é a da **especialização**: a empresa especializada em uma determinada modalidade de trabalho oferece os seus préstimos a outras.

Cabe a essa empresa especializada assumir a direção da atividade, de tal forma que os trabalhadores permaneçam a ela subordinados, muito embora possam até prestar os seus serviços no estabelecimento da contratante.

José Martins Catharino estuda a etimologia da palavra terceirização para afirmar que ela é derivada de um conceito relativo, tanto no direito material quanto no processual: o de terceiro. É imprescindível então dizer quem é o tal terceiro (CATHARINO, 1997, p. 71).

Ora, o empregado de fornecedor de serviços não é parte no contrato que este celebra. É terceiro, daí "terceirização", mas não no

sentido absoluto, pois o empregado é contratado pelo fornecedor para que este cumpra obrigação assumida com o tomador. Dessa forma, o empregado do fornecedor trabalha para o tomador, onde este estiver estabelecido.

Diante de tais premissas, afirma o citado autor que “ter quem trabalhe para si, sem ser seu empregado, é a razão básica da terceirização”, de modo que, em síntese, propõe o seguinte conceito, simples e direto: “terceirização é meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata” (CATHARINO, 1997, p. 72).

Cabe, assim, analisar a terceirização sob o ângulo da utilidade que pode trazer ao processo produtivo.

2 FORMAS JURÍDICAS DE TERCEIRIZAR SERVIÇOS

Não existe uma maneira específica de efetuar a subcontratação do trabalho subordinado: em verdade, várias são as formas utilizadas pelas empresas para terceirizar algumas de suas atividades.

Como afirma Pedro Vidal Neto, a terceirização pode aplicar-se quer à produção de componentes do produto final, quer à execução de serviços. Mas o elemento essencial é que esteja inserida como etapa regular no processo de produção de uma empresa, poupando-a de obtê-los com a utilização de seus próprios equipamentos e de seu próprio pessoal (VIDAL NETO, 1996, p. 91).

Diante de tal perspectiva é que a empresa que pretenda obter o fornecimento de bens ou serviços deve tratar de buscar a forma mais adequada para o seu processo produtivo.

Octavio Bueno Magano aponta alguns exemplos de contratos mais frequentes que servem aos propósitos de terceirização: licença de patente, licença de marca, *know-how*, subempreitada, contratos de fabricação em comum, consórcio, contrato de pesquisa, *franchising* (MAGANO, 1997, p. 281).

São modalidades contratuais em que está implícito que uma das empresas contratantes fará necessariamente uso de mão de obra da outra.

Tome-se o exemplo mais comum, que é o da subempreitada. Na área da construção civil sempre foi largamente utilizada: uma construtora nunca assume a obrigação de executar sozinha todas as etapas do projeto. Contrata um empreiteiro geral que, por sua vez, encarrega-se de obter os serviços especializados de carpintaria, de eletricidade, de hidráulica, de alvenaria, de vidraçaria, e assim por diante.

O direito brasileiro admitiu expressamente os contratos de subempreitada, tanto que o art. 455 da CLT faz referência a eles, para dizer que:

[...] responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados o direito de reclamação

contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

No parágrafo único, fica ressalvada ao empreiteiro principal a legitimidade para propor ação regressiva, na forma da lei civil, em face do subempreiteiro.

José Martins Catharino elogia o critério adotado pela CLT, dizendo que, por analogia, deve ser usado para os demais tipos de contratos de prestação de serviços interempresários, uma vez que, tendo o tomador responsabilidade direta para com os empregados do fornecedor, por certo buscará resguardar-se do risco correspondente. Para tanto, fiscalizará o prestador de serviços para verificar se está bem cumprindo a lei, ou exigirá deste caução, mediante retenção parcial de pagamento até a conclusão da obra, quando então fará o acerto final (CATHARINO, 1997, p. 74).

É de se notar que as diversas modalidades de terceirização ficam sempre sujeitas a questionamentos, em especial quando um trabalhador preste os seus serviços de maneira que possa guardar semelhança com a relação de emprego, estando presentes, por exemplo, as características típicas do trabalho subordinado.

3 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: distinção de atividade meio e atividade fim

A Justiça do Trabalho a princípio mostrou-se arredia ao fenômeno da terceirização, tanto que o TST aprovou em 30 de setembro de 1986 resolução administrativa que instituiu o então Enunciado n. 256, cujo conteúdo era bastante restritivo à possibilidade de subcontratação de trabalho subordinado.

Com efeito, segundo os termos do referido Enunciado, era considerada ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. As únicas exceções a essa regra seriam os casos regulados por leis específicas, de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) e de serviços de vigilância (Lei n. 7.102/1983).

Em 17 de dezembro de 1993 o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho aprovou nova resolução administrativa por meio da qual foi revisto o Enunciado n. 256, entrando em vigor, então, o Enunciado n. 331.

Após novas e sucessivas alterações em seu texto, ocorridas em 2000 e finalmente em 2011, atualmente é a Súmula n. 331 que fixa as diretrizes jurisprudenciais de validade da terceirização.

Refletindo as inúmeras dificuldades práticas verificadas no cotidiano das relações de trabalho, a referida Súmula está dividida em seis partes, que tratam de diferentes temas diretamente relacionados à terceirização.

Merece especial destaque a parte da Súmula que fixa as condições jurídicas fundamentais para a validade da subcontratação de trabalho subordinado, ao estabelecer as seguintes hipóteses de serviços em que não se forma o vínculo de emprego com o tomador: a) vigilância (Lei n. 7.102/1983); b) conservação e limpeza, e c) serviços especializados ligados à atividade meio do tomador.

Vale dizer, a Justiça do Trabalho consolidou o entendimento de que somente será lícita a contratação terceirizada de serviços se inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta na relação entre os trabalhadores e o tomador dos respectivos serviços.

Essa característica ficou bem ressaltada em um dos acórdãos utilizados como precedentes para a aprovação do então Enunciado, em 1993, da lavra do Ministro Vantuil Abdala¹, em que foi defendida a ideia de que a vedação da contratação de trabalhadores por interposta pessoa não significa a proibição da contratação do serviço, pois para a empresa tomadora não importa quem vai realizar a tarefa: o que interessa é o resultado do serviço contratado (e não a pessoa que o executa).

Por essa razão, a empresa tomadora não pode exigir pessoalidade e subordinação direta: está contratando um serviço, e não trabalhadores determinados. Esse serviço terá que ser prestado pela empresa contratada, com o pessoal que esta dispuser.

Para que o serviço seja bem executado, a empresa contratada deverá tomar todas as providências, assumindo a direção da atividade: cabe a ela, então, organizar o trabalho, fiscalizar a atuação dos trabalhadores e, se necessário, aplicar as punições disciplinares cabíveis.

Ao analisar a edição do Enunciado n. 331 em 1993, Alice Monteiro de Barros comentou que não se tratava de um completo desvio da rota, mas apenas a atribuição de mais flexibilidade às contratações, atendo-se aos objetivos da terceirização, que visa, do ponto de vista teórico, a maximizar a qualidade dos serviços (BARROS, 1995).

O que TST pretendeu naquele momento foi deixar de lado a postura excessivamente limitadora, que desestimulava a subcontratação de trabalho subordinado ao acoimar de ilegal qualquer hipótese de utilização de mão de obra permanente fornecida por empresa interposta.

Nas palavras de Guilherme Guimarães Feliciano, uma inexorável onda de terceirizações foi o último legado do taylorismo, potencializado pela globalização econômica e pelo fenômeno pós-moderno da desconcentração do capital, que levou o TST a legitimar a subcontratação de trabalhadores nas atividades meio (FELICIANO, 2013, p. 89).

O que se constata a partir desse breve estudo da evolução da jurisprudência, cristalizada na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é a criação de uma distinção entre atividade meio e atividade fim como critério para avaliar as diferentes formas jurídicas de terceirização.

¹Acórdão n. 806/92, TST, 2ª Turma, RR 24086/91.

Segundo esse critério, a ideia de atividade meio veio no sentido de reconhecer que esta pode ser objeto de terceirização. Vale dizer, considerou-se lícita a subcontratação de trabalho subordinado no que se refere às atividades que não coincidem com os fins da empresa contratante.

Sendo assim, a jurisprudência passou a admitir que, além da área de vigilância, as empresas terceirizassem permanentemente também áreas como as de conservação e limpeza, preparação e fornecimento de refeições, transporte de empregados, assistência técnica em informática etc. Em suma: todas as áreas ligadas às atividades especializadas e de suporte.

Isso significa que as atividades que não estiverem diretamente relacionadas com o objetivo final da empresa podem ser objeto de terceirização, pois a sua desconcentração é vista como técnica gerencial lícita, destinada a aliviar o custo operacional dos serviços. No entanto, restaram dúvidas no que diz respeito às atividades fim.

Luiz Carlos Amorim Robortella identifica tendências da doutrina e da jurisprudência em aceitar a terceirização de qualquer tipo de atividade empresarial, sempre que for possível distinguir a atividade terceirizada exatamente por constituir uma unidade autônoma de produção.

Essas tendências se justificam porque, diante do grau de especialização atingido com novos métodos e tecnologias, a atividade meio nem sempre é de fácil conceituação. Há atividades fim que, a depender da orientação tecnológica, podem se converter em atividades meio e vice-versa (ROBORTELLA, 1999).

Argumenta-se ainda que a decisão sobre a terceirização da atividade fim deve ser tomada pelo administrador, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição e complementado pela regra do parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Eduardo de Azevedo Silva pondera que não se deve estabelecer um padrão rígido, uma forma inflexível, pois a realidade das relações jurídicas tem conformações multifacetadas, que não se encaixam em pré-moldados.

Constatada a especialização dos serviços prestados, devem ser analisados os aspectos de fato no que toca à execução do contrato entre fornecedor e tomador, sendo admissível em certos casos a atuação mesmo na área correspondente à atividade fim (SILVA, 1995).

Um exemplo concreto é justamente o da indústria automobilística, onde pode ocorrer a delegação de inúmeros serviços em razão do constante surgimento de novas técnicas de produção e de modernas tecnologias, de tal modo que uma montadora celebra contratos com diversas outras empresas que lhe fornecem as peças usadas na composição do veículo.

Na área financeira também são encontrados exemplos de delegação de serviços, em especial no que toca ao processamento de dados referentes às contas bancárias e aplicações financeiras: essa é uma tarefa que está diretamente ligada à atividade fim (uma vez que atualmente é

inimaginável um banco operar satisfatoriamente, oferecendo serviços a seus clientes, sem contar com os benefícios da informática).

Sergio Pinto Martins destaca que em decorrência do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição, cabe ao empresário definir quais áreas que pretende terceirizar, inclusive da atividade fim, se assim entender, pois as mudanças tecnológicas e o desenvolvimento de novas técnicas de produção podem fazer com que uma atividade que antigamente era considerada principal torne-se acessória (MARTINS, 2011, p. 217).

É frequente encontrar normas coletivas de trabalho que tratam da questão da terceirização: tome-se como exemplo várias convenções coletivas celebradas pelo sindicato dos metalúrgicos de São Paulo, que costumam conter cláusulas sobre o tema.

Em geral, o sentido dessas cláusulas é o de impor a contratação direta de empregados sob o regime da CLT na execução dos serviços da atividade produtiva fabril ou atividade principal (e ainda nos serviços rotineiros de manutenção mecânica ou elétrica).

O argumento sindical é o de que a exploração do trabalho com prejuízos aos direitos dos trabalhadores ocorre com frequência nas atividades meio e certamente também pode acontecer nas atividades fim se não for impedida pela negociação coletiva.

Em outubro de 2011 o TST, mostrando-se sensível ao panorama do setor produtivo em geral e ao cenário industrial, reuniu-se para uma audiência pública a respeito do tema terceirização. Ao dar início aos trabalhos, o então Presidente do Tribunal, Ministro João Oreste Dalazen, enfatizou a sua preocupação com os rumos da jurisprudência trabalhista frente aos efeitos da terceirização na ordem jurídica. Considerou que o fenômeno é irreversível na atual era da globalização e afirmou a necessidade de rever o critério da distinção entre atividade meio ou fim.

Já em 6 de junho de 2014 foi publicado acórdão do Supremo Tribunal Federal em que se decidiu discutir em sede de repercussão geral a questão da terceirização de serviços para a consecução da atividade fim da empresa (tema 725). Tendo como Relator o Ministro Luiz Fux, deliberou-se que no Recurso Extraordinário 958252 se discutiria, à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV, e 97 da Constituição Federal, a licitude da contratação de mão de obra terceirizada para prestação de serviços relacionados com a atividade fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista.

Foi nesse contexto, assim, que muito se debateu sobre a necessidade ou não de uma legislação específica sobre a terceirização, tendo sido levantada a hipótese de afastamento dos critérios de atividade meio e atividade fim, mas por outro lado cogitadas formas de restrição e proteção aos trabalhadores terceirizados, tais como garantia de isonomia salarial e a responsabilização solidária do tomador dos serviços. Com as leis aprovadas em 2017, agora se faz indispensável a revisão do assunto.

4 A REFORMA TRABALHISTA: Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017

Em 2015 o Projeto de Lei n. 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que regulava a terceirização, foi muito debatido e acabou sendo aprovado na Câmara dos Deputados (por iniciativa do seu então Presidente, Deputado Eduardo Cunha, que não poupou esforços para sua apreciação em plenário, apesar de não ser apoiado pelo governo da Presidente Dilma Rousseff). Assim, foi encaminhado ao Senado Federal, onde se aguardava sua regular tramitação, que poderia resultar em nova lei sobre o assunto.

Mas após o *impeachment* de Dilma Rousseff e a ascensão de Michel Temer, o ano de 2017 acabou por surpreender a todos com a imensa reviravolta que trouxe na legislação trabalhista brasileira, sendo que no campo da terceirização duas leis distintas foram aprovadas em curto espaço de tempo, tendo sido, assim, deixado de lado o Projeto que ainda estava no Senado.

A primeira dessas Leis foi a de n. 13.429, promulgada em 31 de março de 2017, que veio alterar dispositivos da Lei n. 6.019/1974 (sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas), mas também tratou de dispor sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Tratou-se de uma manobra parlamentar do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Rodrigo Maia, que desarquivou antigo projeto apresentado em 1998 pelo Executivo, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso. Com a posse de Luiz Inácio Lula da Silva na presidência o projeto havia sido retirado, mas como esse pedido nunca tinha sido votado, entendeu o Presidente da Câmara que poderia ser novamente apreciado, pois já havia passado pelas duas Casas do Congresso Nacional.

A Lei aprovada, assim, incluiu um art. 4º-A na Lei n. 6.019/1974 para definir a empresa prestadora de serviços a terceiros como a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

Especificou que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços, estabelecendo ainda que não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Inseriu ainda um art. 5º-A na Lei n. 6.019/1974 para dizer que a contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos, vedando a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato.

Esclareceu que os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes, e que é responsabilidade da contratante

garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

Previu que a contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Estabeleceu, por fim, que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, asseverando que o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

Com a aprovação da Lei n. 13.429/2017, assim, pareceu ganhar destaque no tema da terceirização a questão da especialização da empresa prestadora de serviços, diante do uso da locução “serviços específicos e determinados”.

Cabe sustentar a ideia, assim, de que se a contratante necessita de um tipo específico de atividade produtiva, com o fornecimento de um determinado serviço, pode adotar a iniciativa de buscá-los no mercado. Bastaria justificar isso no objeto do contrato de prestação de serviços.

Isso se justifica porque, em virtude da evolução tecnológica e das diferentes técnicas de produção, podem existir outras empresas que se mostrem melhor capacitadas a compor certas etapas do processo produtivo.

Natural, dessa forma, que seja admitida a celebração de contratos com empresas especializadas para o fornecimento de suas específicas atividades econômicas aos interessados.

Isso se verifica com frequência na indústria da construção civil. Por exemplo: uma construtora pode perfeitamente contratar uma empresa especializada na realização de testes para verificação da qualidade do concreto a ser utilizado na obra.

Diante desse quadro, cabe ao empresário, que detém o poder de organização de sua atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou de serviços², decidir o que deve ser executado com empregados próprios e o que pode ser buscado no mercado, junto às outras empresas.

Sergio Pinto Martins ilustra as vantagens oriundas da terceirização e aponta a importância da especialização:

A principal vantagem, sob o aspecto administrativo, seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e também a produtividade. Seria uma forma também de se obter um controle de qualidade total dentro da empresa. [...]

²Art. 966 do Código Civil.

Adotando a terceirização, a empresa poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado. A empresa irá buscar especialização e centralização de seus esforços na área para a qual tem vocação específica. Pode-se dizer que o objetivo a ser alcançado será o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ofertado ao cliente, reduzindo, inclusive, perdas no processo produtivo. Objetiva-se, portanto, a racionalização da produção, com vista na melhoria da produtividade e qualidade do produto, com custos mais baixos e preço menor. (MARTINS, 2003, p. 43-44).

Jorge Luiz Souto Maior já acentuava essa questão da especialização da empresa prestadora de serviço, sustentando que uma empresa que se constitui com o objetivo único de colocar mão de obra a serviço de outra não possui atividade empresarial alguma e, por isso mesmo, não pode ser considerada empregadora, formando-se, obrigatoriamente, o vínculo com a empresa tomadora dos serviços (SOUTO MAIOR, 2000, p. 321).

Ocorre que com menos de quatro meses de vigência da nova Lei ela veio a ser modificada por meio da aprovação da chamada “Reforma Trabalhista”, que resultou na aprovação a toque de caixa pelo Senado de projeto de lei vindo da Câmara, sem que fosse procedida qualquer alteração no texto elaborado pelos deputados.

Dessa forma, em 13 de julho de 2017 foi promulgada a Lei n. 13.467/2017, alterando novamente a Lei n. 6.019/1974, cujo art. 4º-A passou a definir a prestação de serviços a terceiros como a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Vale dizer, não mais se cogita apenas de “serviços específicos e determinados”, como referia a Lei n. 13.429/2017, mas quaisquer das atividades da empresa tomadora. Com isso, parece agora perder sentido a distinção entre atividade fim e atividade meio constante da Súmula n. 331 do TST e construída pela jurisprudência da Justiça do Trabalho.

A nova lei ainda dispôs que são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços, quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições relativas a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir; e) sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

As empresas ainda poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos na lei.

Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Observe-se que com a nova redação dada ao art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974, passou-se a conceituar a contratante como a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Percebe-se, assim, que houve preocupação do Congresso Nacional em deixar bem claro que o contrato de natureza civil firmado entre as empresas para a terceirização pode envolver qualquer tipo de serviço, até mesmo aqueles ligados à atividade principal da tomadora.

Por fim, registre-se que foram inseridos na Lei n. 6.019/1974 regras de quarentena, para buscar evitar que as atuais relações de trabalho se transformem de imediato em novas terceirizações.

Assim, o art. 5º-C passa a dispor que não pode figurar como contratada a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

E o art. 5º-D estabelece que o empregado que for dispensado por uma empresa não poderá a ela retornar, para prestar serviços na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços, antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da sua saída.

5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços permanece a ser a principal medida jurídica para combater eventuais problemas de terceirizações fraudulentas, de modo que se pode prever que a Justiça do Trabalho continuará a enfrentar um grande número de ações judiciais sobre o tema.

Trata-se de técnica adotada pelo Direito para buscar garantir o adimplemento de prestações obrigacionais, de modo que o credor pode mover ação em face do devedor e do responsável subsidiário.

Caso o credor deixe de cumprir a obrigação ou não disponha de patrimônio para tanto, o responsável subsidiário é quem deve arcar com o pagamento. Sendo assim, o credor não pode cobrar diretamente o responsável subsidiário: deve antes tentar obter o seu crédito junto ao devedor.

A responsabilidade subsidiária não se confunde com a solidariedade, uma vez que nessa segunda hipótese o credor pode exigir de qualquer um dos devedores o cumprimento integral da prestação.

Ocorre que, consoante o art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, mas resulta da lei ou da vontade das partes.

Nos casos de terceirização em que o empregado da empresa fornecedora de serviços não recebe os seus direitos trabalhistas, a responsabilidade subsidiária segue sendo a técnica a ser adotada.

Consoante afirma Amauri Mascaro Nascimento, o desdobramento de processos produtivos é inevitável, como o é também a divisão do trabalho, resultando de tal constatação a impossibilidade de impedir novas formas descentralizadas de produção de bens e de prestação de serviços e a inadequação de um sistema legal taxativo ou limitativo, melhor sendo um conceito geral, deixando-se a critério do juiz a avaliação do caso concreto (NASCIMENTO, 2009, p. 606).

O Direito do Trabalho deve exercer sua função tutelar, mas é preciso encontrar uma solução de equilíbrio entre os interesses das empresas e os dos trabalhadores. Se a fraude aos direitos dos trabalhadores é a causa principal da ilicitude da subcontratação, a responsabilidade subsidiária deve ser reconhecida como uma técnica adequada nos casos em que for constatada.

Quando a Justiça do Trabalho consolidou sua jurisprudência acerca da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador-prestador, tratou de seguir uma diretriz básica, agora reiterada com a reforma trabalhista: a terceirização é válida, mas cabe ao tomador dos serviços zelar pela idoneidade econômica da empresa contratada.

Afinal, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, como prevê o item VI da Súmula n. 331 do TST.

Em analogia à antiga hipótese do art. 455 da CLT, fica claro que a empresa contratante de trabalho subordinado responde com o seu próprio patrimônio se a prestadora dos serviços não pagar as obrigações trabalhistas que tem com os seus empregados, ou se o patrimônio da prestadora for insuficiente para a quitação dessas mesmas obrigações.

Lembre-se que, de qualquer modo, fica assegurado o direito de regresso da empresa tomadora em face da prestadora, na forma da lei civil, o que sempre servirá para proteger aqueles que, diante de medida terceirizante, agiram de boa-fé. Aqui, a analogia se dá com a regra do parágrafo único do art. 455 da CLT.

Analisando os fundamentos da responsabilização subsidiária e sua natureza, Alexandre Agra Belmonte assim se pronuncia:

Realmente, se o novo paradigma de cumulação de capital privilegia a descentralização produtiva, fragmentando o desenvolvimento da atividade como um

todo e concretizando-a por meio da terceirização, impõe-se que o tomador final, que se beneficia do trabalho da terceirizada, responda pelo cumprimento dos créditos devidos pelo tomador direto. A teoria do risco empresarial, consubstanciada nos arts. 2º, *caput*, da CLT e 927 do Código Civil, gera assim a garantia legal do tomador final pelos créditos inadimplidos em relação ao trabalhador utilizado no desenvolvimento da atividade, responsabilidade essa que é objetiva, decorrente do fato da contratação da empresa intermediária de mão de obra. (BELMONTE, 2008, p. 190).

Sob o aspecto do processo do trabalho o TST já deixou claro que é necessária a integração de ambas as empresas - prestadora e tomadora - na relação jurídica processual, partindo do pressuposto de que sua presença no polo passivo da ação é indispensável porque quem não foi parte no processo de conhecimento não o pode ser no de execução.

Deve, portanto, constar do título executivo judicial a referência à condenação do tomador dos serviços na condição de responsável subsidiário, pois somente assim o seu patrimônio poderá vir a ser objeto de constrição judicial.

6 PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS DOS TRABALHADORES

Questão das mais tormentosas, sempre presente na discussão a respeito da terceirização de atividades empresariais (e que certamente será retomada mesmo após a aprovação da reforma trabalhista) envolve uma possível precarização nas condições de trabalho, em prejuízo dos direitos dos trabalhadores.

Com efeito, na busca de vantagens econômicas resultantes da redução de custos, em tese pode ocorrer que a subcontratação de trabalho subordinado se dê com a intervenção de empresas inidôneas, que deixem de observar as normas trabalhistas aplicáveis.

É bastante conhecido o trabalho realizado por uma comissão de pesquisadores, sob a coordenação de Alain Supiot, visando discutir a instituição de uma política social comunitária na União Europeia à vista das transformações ocorridas no mundo do trabalho e de suas repercussões no Direito do Trabalho (SUPIOT, 1999).

O estudo então realizado demonstrou a decadência dos modelos tradicionais de relações industriais e o desenvolvimento de novas formas de organização do trabalho, sob influência de três fatores: a) elevação do nível de competência e de qualificação dos trabalhadores; b) crescente pressão da concorrência em função da abertura dos mercados, e c) aceleração do progresso técnico nas áreas de informações e comunicações.

Surgiu assim uma grande diversidade de novos paradigmas, com características diferentes segundo as peculiaridades de cada Estado

européu. A situação econômica e social, diz o aludido relatório, não poderia levar a um modelo único de relações de trabalho, porque em verdade ela se caracteriza por uma pluralidade de mundos de produção.

A utilização do trabalho autônomo, da terceirização, da mão de obra externa são indicações de uma possível fuga do Direito do Trabalho, em busca da diminuição dos custos em setores de atividade tradicional e de fraco valor agregado; mas, por outro lado, também podem corresponder a estratégias de inovação em setores de alto nível de qualificação.

No primeiro caso, o objetivo seria o de reduzir o peso do fator humano, em termos financeiros; mas no segundo caso, poder-se-ia estar querendo aumentá-lo, se analisada a questão em termos de iniciativa, de competência, de qualificação profissional.

Isso significa que as novas configurações do poder e os novos equilíbrios entre autonomia do trabalho e proteção sócio-legal da relação jurídica podem se apresentar sob aspectos muito diferentes, o que pede respostas jurídicas também diversas.

O relatório aponta, então, três níveis de transformações que foram identificadas: a) a promoção do trabalho autônomo em relação ao trabalho assalariado; b) a reconstrução do critério de subordinação que caracteriza o contrato de trabalho, e c) a exteriorização ou terceirização do trabalho para empresas economicamente dependentes da contratante.

Ora, é nesse contexto de exteriorização ou terceirização do trabalho que deve então ser debatida a chamada “precarização” dos direitos dos trabalhadores. Vários significados podem ser atribuídos a essa expressão, mas o senso comum é o de que se estaria cogitando de fragilização ou debilitação do sistema de proteção trabalhista.

A tendência identificada pelo Relatório Supiot na legislação trabalhista estudada foi a de admitir como válidas as formas de exteriorização do trabalho, desde que apresentassem alguma forma de proteção ao trabalhador.

Na Itália, por exemplo, a chamada “Reforma Biagi” ocorrida em 2003 tratou de alguns tipos de contratos como os de *somministrazione di lavoro*, *appalto di servizi* e *distacco*, em que determinadas atividades podem ser externalizadas pelas empresas com a observância de normas mínimas de proteção ao trabalho, devidamente complementadas pela negociação coletiva (CHISARI; ESPOSITO; MONTRONE, 2006).

7 CONCLUSÃO

A terceirização é uma realidade presente em nossos dias, sendo uma medida adotada em face do processo econômico que representa uma revisão da estrutura clássica de organização empresarial.

A reforma trabalhista aprovada no governo do Presidente Michel Temer, em 2017, representa uma nova e surpreendente regulamentação acerca do tema, uma vez que acabou por propiciar maior

abertura à terceirização quando prevê que a prestação de serviços a terceiros é a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Trata-se de iniciativa ousada e que há muito tempo era reivindicada pelo setor patronal no Brasil. A crítica que não se pode deixar de levar em consideração é a que discute uma possível precarização das relações de trabalho, diante das hipóteses de terceirização que vierem a ser promovidas em conformidade com a nova legislação brasileira.

Alega-se que não haverá precarização porque as empresas contratadas para a prestação dos serviços deverão respeitar as condições de trabalho exigidas pela CLT e pela negociação coletiva, garantindo aos seus empregados a aplicação das normas legais e convencionais de proteção do trabalho humano.

O grande problema, no entanto, parece ser o da falta de representatividade das entidades sindicais que negociarão essas condições de trabalho dos trabalhadores terceirizados, uma vez que, infelizmente, mais uma vez foi deixada de lado a tão necessária reforma sindical.

Seguiremos com um modelo de organização sindical que contraria a liberdade sindical preconizada na Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Será que com esse modelo estarão os trabalhadores devidamente protegidos?

8 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho. **Trabalho & Processo**, São Paulo, n. 4, p. 3-8, mar. 1995.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista**. São Paulo: LTr, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**. São Paulo: LTr, 1997.

CHISARI, Claudia; ESPOSITO, Marco; MONTRONE, Ana Maria. Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori. In: RUSCIANO, Mario *et al.* (Coord.). **Istituzioni e regole del lavoro flessibile**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno. **Política do trabalho**. V. 3, São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência. **Trabalho & Doutrina**, São Paulo, n. 21, p. 32-37, jun. 1999.

SILVA, Eduardo de Azevedo. Fornecimento de serviços e de mão-de-obra. **Trabalho & Processo**, São Paulo, n. 4, p. 17-18, mar. 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SUPIOT, Alain (Coord.). **Au-delà de l'emploi**: transformations du travail et devenir du droit du travail em Europe. Paris: Flammarion, 1999.

VIDAL NETO, Pedro. A terceirização perante o direito do trabalho. *In*: MALLET, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). **Direito e processo do trabalho**: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1996.