

TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA: A MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO*

UNRESTRICTED *OUTSOURCING: THE COMMODIFICATION OF THE HUMAN BEING*

Gabriela Bins Gomes da Silva**

RESUMO

O presente artigo objetiva contextualizar, brevemente, o processo que culminou com a publicação das Leis n. 13.429/2017¹ e 13.467/2017², as quais legitimaram a terceirização ampla e irrestrita no Brasil. Pretende-se realizar uma análise crítica das principais inovações legislativas a fim de demonstrar a prevalência dos valores de mercado em detrimento dos valores de justiça social. A partir dessa constatação e diante da regulamentação posta, almeja-se

* Artigo enviado em 31.01.2019 e aceito em 13.03.2019.

**Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Trabalho da 3ª Região. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *E-mail*: gabriebs@trt3.jus.br.

¹ Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

² Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

desenvolver teses interpretativas que levem em consideração o ordenamento jurídico como um todo e a efetiva aplicação dos direitos trabalhistas constitucionalmente consagrados, dos princípios que norteiam esse ramo jurídico e das Convenções e Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos. Tendo em vista a complexidade da questão que envolve a terceirização e sua recente regulamentação, este artigo não tem a pretensão de esgotar a análise do tema, mas se justifica pela sua contribuição para a promoção da dignidade do ser humano e do respeito aos direitos sociais.

Palavras-chave: Terceirização. Flexibilização. Interpretação sistemática. Justiça social.

ABSTRACT

The present article aims to contextualize, briefly, the process that culminated in the publication of Laws 13.429/2017 and 13.467/2017, which legitimized extensive and unrestricted outsourcing in Brazil. It is intended to carry out a critical analysis of the main legislative innovations in order to demonstrate the prevalence of market values to the detriment of values of social justice. Based on this observation and in response to the rules set forth, it is intended to develop interpretive theses that take into account the legal system as a whole and the effective application of the constitutionally consecrated labor rights, the principles that guide this legal branch and the human rights International Conventions and Treaties. Given the complexity of the issue of outsourcing and its recent regulation, this article does not pretend to exhaust the analysis of the subject, but it is justified by its contribution to the promotion of the dignity of the human being and respect for the social rights policies.

Keywords: Outsourcing. Flexibilization. Systematic interpretation. Social justice.

1 INTRODUÇÃO

Segundo o professor e historiador literário Alfredo Bosi (BOSI, 1992), datas são pontas de *icebergs*, que escondem mais do que revelam. Essa figura de linguagem se aplica às datas de 31 de março e 13 de julho, ambas do ano de 2017, que assistiram à publicação das Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017. As referidas leis alteraram dispositivos da Lei n. 6.019/1974 (assim como acrescentaram outros à citada lei), a qual disciplinava apenas o trabalho temporário. A partir dessas datas, essas leis passaram a disciplinar também a terceirização em sentido estrito.

O que as datas citadas escondem - para retomar a metáfora do *iceberg* - é um processo lento e contínuo, fruto da globalização capitalista e da mercantilização das relações sociais, o qual tem culminado com o desmonte da legislação trabalhista. Nesse contexto, direitos são considerados privilégios, e o trabalhador, apenas um meio de produção, um custo a mais a ser diminuído pelo capitalista. Assim, a possibilidade de “aluguel” de mão de obra, como se o ser humano mercadoria fosse, é um fenômeno que retrata bem o retrocesso social hoje denominado modernização.

Muitos doutrinadores (PASTORE, 2008; DALAZEN, 2011³) consideram a terceirização uma realidade irreversível por se tratar de uma prática cada vez mais utilizada a fim de se obter mão de obra especializada e aumentar a competitividade das empresas no mercado. O que se observa na prática, no entanto, é a utilização desse recurso principalmente para redução de custos e o consequente aumento da lucratividade. Economiza-se no que diz respeito ao treinamento e à capacitação dos trabalhadores; as jornadas são mais extensas, e os salários, mais baixos.

Ademais, basta um raciocínio simples para concluir que, se o contratante (tomador do serviço) e o prestador (empresa

³ Fala de João Oreste Dalazen, em seu discurso de abertura da audiência pública sobre terceirização realizada em 04 de outubro de 2011, quando ainda era presidente do Tribunal Superior do Trabalho. Dalazen foi ministro do Tribunal Superior do Trabalho de 1996 a 2017.

responsável por fornecer o serviço) têm que obter lucro com o mesmo contingente de trabalhadores, a tendência, para que “a conta feche”, é a redução do valor dos salários e dos benefícios dos empregados terceirizados. Sobre isso, veja-se comentário do professor de contabilidade Reginaldo Gonçalves, realizado pouco tempo antes da publicação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017:

O impacto do achatamento salarial reduziria o nível de atividade, prolongaria a recessão e diminuiria a arrecadação de tributos. Pode até ocorrer, num primeiro momento, um pífio aumento de postos de trabalho, mas com queda efetiva da massa salarial e nenhuma perspectiva de melhoria da qualidade da vida. Seria muito negativo para os trabalhadores e, mesmo que não se tenha avaliado isso, também para as empresas, pois cairia o consumo, afetando todas as cadeias produtivas. (GONÇALVES, 2017, *on-line*).

Ainda nesse sentido, e em atenção à saúde do ser humano que trabalha, o desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Wilson Fernandes dispôs:

Dos acidentes de trabalho no Brasil, cerca de 70% a 80% envolvem trabalhadores terceirizados. É um dado muitíssimo importante. É muito relevante porque o acidente de trabalho não é um problema só para o trabalhador, é um problema para a Previdência Social. O trabalhador afastado tem custos para a Previdência Social e esse dado está sendo ignorado. (FERNANDES, 2017, *on-line*).

Mesmo diante de tantas preocupações, as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que serão analisadas neste artigo, foram publicadas e ampliaram as possibilidades de terceirização. Ocorre que uma lei não se encerra com a sua publicação - a interpretação que se dará ao novo diploma legal será determinante. É preciso ter como norte interpretativo a preservação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém, ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 1994, p. 1).

Uma lei não pode se pautar unicamente por interesses econômicos. É preciso reatar com a inspiração da Declaração de Filadélfia⁴, que dispõe que a economia e a finança devem estar a serviço dos princípios da dignidade humana e da justiça social e não o contrário.

Antes de iniciar a análise das leis propriamente ditas, chama-se atenção para a divisão, proposta pelo jurista Márcio Túlio Viana (2015), com fins didáticos, da terceirização. Visto que o fenômeno já era observado no meio empresarial antes mesmo de sua regulamentação, Viana, ao estudar o tema, propôs duas categorias de terceirização: a terceirização externa e a terceirização interna. A primeira ocorre quando a empresa exclui etapas de seu ciclo produtivo. Assim, a fábrica X, em vez de fabricar um automóvel inteiro, produz somente a estrutura, transferindo a fabricação dos bancos e dos demais acessórios para outras empresas (que, muitas vezes, até se localizam no mesmo raio de atuação da empresa-mãe). Já a segunda, a chamada terceirização interna, que será estudada com mais afinco, se dá quando a empresa internaliza empregados alheios, realizando praticamente um “aluguel” de mão de obra.

⁴ Publicada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 10 de maio de 1944.

Os argumentos favoráveis à terceirização irrestrita são sempre os mesmos, quais sejam: liberdade no exercício da atividade econômica, especialização da atividade produtiva, redução de custos, aumento da competitividade e modernização. Já entre os argumentos contrários há: a precarização de salários e de condições de trabalho, a mercantilização do ser humano, a fragilidade econômica de muitas das empresas prestadoras de serviço, o aumento dos acidentes de trabalho por falta de treinamento adequado e o maior inadimplemento de verbas trabalhistas. Além disso, sabe-se que os trabalhadores terceirizados costumam trabalhar em locais e horários diversos durante a semana, com jornadas superiores, condições que dificultam a programação da vida pessoal e familiar.

É importante ressaltar que, segundo a Constituição Federal, há de se conciliar a livre iniciativa com os valores sociais do trabalho (CF, 1988, art. 1º). Ademais, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais, e o Direito do Trabalho, com as limitações que costuma impor ao capital, colabora com o alcance desse objetivo ao garantir a distribuição de renda.

Vale lembrar ainda que o artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Aliás, a importância do trabalho digno como instrumento para efetivação da paz e da justiça social e a vedação do labor como mercadoria ou artigo de comércio foram previstos já em 1919 no Tratado de Versalhes - assinado pelas potências europeias para encerrar oficialmente a Primeira Guerra Mundial - e repetidos pela OIT na Declaração de Filadélfia de 1944.

Mesmo diante da proteção ao trabalho prevista na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, as informações disseminadas pela mídia, em geral com discursos curtos, parciais e pouco aprofundados sobre temas relevantes, tais como a terceirização, propagam, com certa frequência, que os direitos trabalhistas são privilégios.

A solução apresentada para alavancar a economia em momentos de crise é a “modernização” da legislação, com o “corte” dos “privilégios” (direitos), a fim de garantir a lógica acumulativa do capital. Esse movimento produz, segundo o jurista Jorge Luiz Souto Maior,

[...] uma espécie de distribuição da miséria, baseada em fórmulas precárias de contratação, e não uma distribuição da riqueza, como deveria ser, conforme preconizado no projeto constitucional brasileiro. (SOUTO MAIOR, 2018, *on-line*).

2 NOVOS CONTORNOS TRAZIDOS PELAS LEIS N. 13.429/2017 e 13.467/2017

Tenta-se, de forma crítica, compreender, sem a pretensão de esgotar o tema, como ficou regulada a terceirização no Brasil após as recentes alterações legislativas. Primeiramente cabe ressaltar que, antes da publicação das Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, havia um vazio legislativo em relação à terceirização, sendo que somente o trabalho temporário (espécie de terceirização) estava regulamentado na Lei n. 6.019/1974 para hipóteses restritas, quais sejam, atendimento da necessidade transitória de substituição do pessoal regular ou acréscimo extraordinário de serviços.

Assim, o Judiciário, diante do vazio legislativo, passou a admitir a prática da terceirização, mas com restrições. O entendimento foi consubstanciado na Súmula 331 do TST, segundo a qual a contratação de trabalhadores por empresa interposta, como regra, era considerada ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974); nos serviços de vigilância; nos serviços de conservação e limpeza, bem como nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Caso a terceirização preenchesse os requisitos da Súmula, seria considerada lícita, e a responsabilidade da empresa tomadora seria subsidiária.

Assim, uma instituição de ensino, por exemplo, poderia terceirizar a cantina, a limpeza, a vigilância (atividades-meio); contratar profissionais temporários para substituição dos regulares em situações determinadas (licenças, férias) e contratar profissionais temporários em caso de acréscimo extraordinário de serviços. Dessa maneira, jamais seria lícita a contratação permanente de seus professores (atividade-fim, termo que designa a atividade preponderante, objeto social da empresa) por empresa interposta, pois eles, por exercerem a atividade principal da instituição de ensino, deveriam ser contratados diretamente. Essa era a realidade até março de 2017.

Em março do referido ano, foi publicada a Lei n. 13.429/2017, que alterou a Lei do Trabalho Temporário (6.019/1974), a fim de ampliar as hipóteses de terceirização de serviços. A referida lei, além de modificar alguns dispositivos do instituto do trabalho temporário, regulou, de forma inédita, a terceirização. Alguns dispositivos dessa lei foram alterados pela Reforma Trabalhista meses após sua edição. Ainda assim, vale estudar o que de principal foi trazido pela Lei n. 13.429/2017 (ainda que modificado posteriormente) para entender o caminho adotado pelo legislador. Senão vejamos a redação do artigo 4º-A (dado pela Lei n. 13.429/2017 e depois modificado pela Reforma): “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.” (BRASIL, 2017).

Com a publicação da Lei n. 13.429/2017, iniciou-se a discussão acerca da licitude, ou não, de terceirização de atividade-fim. A redação do referido artigo, desde que nasceu, gerou dúvidas. A terceirização parecia ter sido ampliada, mas, ainda assim, havia uma limitação, pois, os serviços a serem terceirizados deveriam ser determinados e específicos. Ocorre que, a partir de uma análise mais minuciosa, observa-se que a intenção do legislador não era a de referendar o entendimento consubstanciado na Súmula 331, haja vista que, no texto original que inspirou o Projeto de Lei n. 4.302/1998 (posteriormente modificado), o preceito que deu origem ao artigo 4º-A *caput* apresentava a seguinte redação:

Art. 19. Considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora de serviços. (BRASIL, 1998, grifos nossos).

Assim, como a redação encaminhada e aprovada pela Lei n. 13.429/2017 excluiu a parte final do dispositivo originário, essa mudança revelou a intenção do legislador de consolidar a terceirização irrestrita.

Apesar da intenção do legislador, o entendimento quanto à possibilidade de terceirização da atividade-fim ainda não havia se pacificado com a edição da Lei n. 13.429/2017. Parte da doutrina argumentou que a terceirização, por se tratar de uma excepcionalidade, deveria ser interpretada de forma restritiva, de maneira a privilegiar a relação bilateral direta entre quem presta o serviço e quem é beneficiado por ele.⁵ Outro argumento utilizado para defender que o tema ainda era passível de discussões foi a redação do artigo 9º, § 3º, da Lei n. 6.019/1974, também incluído pela Lei n. 13.429/2017 (mas que dispunha sobre o trabalho temporário): “§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” (BRASIL, 2017, grifos nossos).

Assim, a não extensão expressa dos termos (atividades-meio e atividades-fim) ao artigo que versava sobre a prestação de serviço a terceiros (artigo 4º-A com redação dada pela Lei n. 13.429/2017 no qual se lê: “Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços

⁵ Por exemplo, Gustavo Filipe Barbosa Garcia escreveu: “[...] a terceirização não deve ser admitida em qualquer atividade da empresa contratante, justamente por ser exceção ao sistema, ao modificar o padrão jurídico bilateral da relação de emprego.” (GARCIA, 2017, *on-line*).

determinados e específicos”) deu brecha para que se falasse em um silêncio eloquente.⁶

Antes que fossem solucionadas as controvérsias apresentadas, sob as quais ainda pairavam intensas discussões doutrinárias, meses depois da publicação da Lei n. 13.429/2017, entrou em vigor a Reforma Trabalhista concretizada pela Lei n. 13.467/2017 que, entre outras modificações, deu nova redação ao recém-editado artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, fazendo-o de modo a não deixar mais dúvidas sobre a ampliação das possibilidades de terceirização. Senão vejamos:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros 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. (BRASIL, 2017, Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017, grifos nossos)

A atividade-fim nada mais é do que a atividade principal da empresa, segundo a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.⁷ Portanto, o artigo supracitado dispõe que se considera prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, ou seja, atividade-fim, à empresa

⁶ Por exemplo, Fernando Maciel, em “Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário”. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 16 jan. 2018. De igual modo, Vólia Bomfim Cassar, em “Breves comentários à Lei n. 13.429/2017 que altera a redação da Lei n. 6.019/1974 - Terceirização ampla e irrestrita?”. Disponível em: <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷ TST - 3ª T., A-RR n. 10378920115090652, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julg. em 24.09.2014 in DJe de 03.10.2014; TST - 4ª T., RR n. 1629520105030014, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, julg. em 04.03.2015 in DJe de 13.03.2015; TST - 5ª T., AI-RR n. 368-76.2011.5.01.0064, Rel. José Rêgo Júnior, julg. em 27.05.2015 in DJe de 05.06.2015 e TST - 3ª T., A-RR n. 31576.2012.5.03.0138, Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, julg. em 17.09.2014 in DJe de 19.09.2014.

prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. De tal modo, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017, a terceirização da mão de obra, em quaisquer de suas modalidades (temporário ou terceirização em sentido estrito), poderá atingir todos os setores da empresa.

Conclui-se que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, prevista no item III da Súmula 331 do TST, restou prejudicada uma vez que tal diferenciação só fazia sentido na medida em que terceirizar atividade-fim (diretamente ligada ao segmento principal de atuação da empresa) era considerado ato fraudulento.

Após a Reforma Trabalhista, passa a ser possível a terceirização em quaisquer atividades da empresa, mas permanece intacto o requisito que exige a ausência de pessoalidade e de subordinação para que a terceirização seja considerada lícita. Isso porque a empresa contratante convencionou serviços, e não pessoas, já que o ser humano não pode ser tratado como mercadoria. (Declaração de Filadélfia, da OIT, item I, “a”).

Ademais, a interpretação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 deve se dar levando-se em conta a Constituição de 1988, bem como toda normativa internacional da qual o Brasil é signatário, dotada de um viés humanístico e de vedação ao retrocesso social. Assim, caso fique demonstrada a subordinação (exemplo: a empresa tomadora dá ordens diretas e exerce controle pessoal sobre o trabalhador terceirizado) ou a pessoalidade existente entre empregado terceirizado e empresa contratante de serviços (exemplo: a tomadora exige sempre o mesmo empregado terceirizado, que não pode se fazer substituir por outrem), a terceirização será considerada ilegal e conseqüentemente será declarado vínculo direto entre contratante e empregado terceirizado.

De todo modo, como a terceirização deve envolver a prestação de serviços a terceiros e não o fornecimento de empregados por meio de empresa interposta, é cabível o entendimento de que os referidos serviços devem ter especificação no contrato (não sendo possível a contratação de empregados terceirizados para todo e

qualquer serviço), interpretação que corrobora o disposto no artigo 5º-B da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.429/2017, que dispõe que o contrato de prestação de serviços deve conter “[...] a qualificação das partes; especificação do serviço a ser prestado; prazo para realização do serviço, quando for o caso; valor.” (BRASIL, 1974; 2017).

Antes de passarmos para a análise mais detida de alguns outros pontos relevantes da lei, vale dizer que, independentemente do disposto na nova legislação, o instituto da fraude continua existindo na seara laboral. Segundo a professora Joselita Nepomuceno Borba, toda vez que a terceirização ou subcontratação for utilizada com o objetivo de precarizar as condições de trabalho será considerada fraudulenta, inteligência do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁸:

Portanto, o processo de externalização produtiva não passa pela noção de precarização das relações de trabalho. Adotada a subcontratação ou a terceirização com esse propósito será sempre ilícita, independentemente do tempo em que ocorreu a contratação, ou seja, antes ou depois do marco legal da terceirização. (BORBA, 2018, p. 43).

Nesse mesmo sentido, o jurista Márcio Túlio Viana defende que, quando a terceirização tornar precárias as condições materiais de trabalho (ele diz “materiais”, pois, segundo seu argumento, em algum sentido, a terceirização sempre precariza), ela será considerada ilícita e assim reconhecido o vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços, com responsabilidade solidária de ambas as empresas (VIANA, 2018).

Outro ponto a ser comentado é que a Reforma Trabalhista acrescentou um requisito para a terceirização de serviços. Ele está previsto no *caput* do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974. Esse requisito não era previsto na Súmula 331 do TST (que regulamentava a

⁸ Art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

terceirização), motivo pelo qual se deve atentar para essa novidade, qual seja, a presença da capacidade econômica da empresa prestadora de serviços (que não pode ser pessoa física, nem empresário individual; deve ser necessariamente pessoa jurídica).

De tal modo, a ausência desse requisito (capacidade econômica) leva ao reconhecimento do vínculo diretamente com a empresa contratante. Nesse ponto, vale lembrar os entendimentos consubstanciados nos Enunciados 78, 79, 96 e 97 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.⁹ Eles dispõem, resumidamente, que o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços já demonstra descumprimento do requisito da capacidade econômica, devendo a terceirização ser considerada ilícita.

Ainda segundo a interpretação consolidada nos enunciados supracitados, a capacidade econômica deve ser aferida tanto no ato da contratação como no curso do contrato. Essa aferição não se restringe à observância do capital social mínimo previsto no inciso III do artigo 4º-B da Lei n. 6.019/1974, pois este se trata de requisito de funcionamento da empresa de trabalho terceirizado, o que se difere da situação econômica positiva para adimplir todos os compromissos (em especial, as verbas trabalhistas) decorrentes da atividade contratada.

Essa interpretação torna-se relevante na medida em que, nos termos no § 1º do artigo 4º-A, a empresa prestadora de serviços poderá subcontratar outras empresas para realização desses serviços. Vale dizer que se criou a possibilidade de “quarteirização” do trabalho. Desse modo, para que os empregados não se vejam

⁹ Nos dias 09 e 10 de outubro de 2017, foi realizada a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho cujo tema foi a Reforma Trabalhista. A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foi um evento promovido pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em parceria com outras entidades, e reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito que, divididos em oito comissões temáticas, debateram mais de 300 propostas sobre a nova norma. É importante lembrar que os enunciados não apresentam caráter vinculativo.

prejudicados com tantas subcontratações, as empresas que, porventura, forem prestadoras de serviços devem manter sua capacidade econômica e adimplir as obrigações trabalhistas, sob pena de todas as beneficiárias do serviço (tomadoras e prestadoras) responderem solidariamente.

3 A TERCEIRIZAÇÃO E A FRAGMENTAÇÃO DOS LAÇOS DE SOLIDARIEDADE

Sabe-se que o capital, por meio das terceirizações, encontrou uma maneira de produzir sem reunir e assim superar uma das mais importantes contradições do sistema. Isso porque, na época do binômio fordista/taylorista, a fábrica concentrava os trabalhadores em um ambiente verticalizado e homogêneo, proporcionando a criação de laços de solidariedade e a busca por melhores condições de labor. Agora o capital, flexível, é capaz de expropriar a resistência coletiva dos trabalhadores. Quando a terceirização é externa, os trabalhadores são espalhados em espaços físicos, empregadores e sindicatos diversos. Já na modalidade interna, eles também se segregam com modalidades de contrato, empregadores e sindicatos diferentes. Dessa forma, apesar de ocuparem o mesmo espaço físico, não se identificam, não compartilham as mesmas angústias e até concorrem.

Diante dessa realidade, passemos à análise do artigo 3º da Lei n. 6.019/1974, que reconhece a atividade da empresa de trabalho temporário e dispõe que ela integra o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o artigo 577 da CLT. Segundo o disposto neste artigo, os empregados efetivos da tomadora serão beneficiados por normas coletivas próprias do respectivo enquadramento sindical (de acordo com a atividade preponderante da empresa, por exemplo: os empregados efetivos do banco se beneficiam das normas coletivas celebradas pelos sindicatos dos bancários). Já os trabalhadores temporários gozarão das normas coletivas celebradas pelo sindicato dos empregados de empresas de serviços temporários, os quais costumam ser mais frágeis.

Nesse ponto, merece destaque o Enunciado 81¹⁰ da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (que não apresenta caráter vinculativo, mas expressa o posicionamento de parte da seara trabalhista nas questões que envolvem a Reforma), o qual interpreta a norma de forma a inserir na mesma categoria os trabalhadores temporários (terceirizados) e aqueles diretamente contratados, desde que realizem serviços ligados à principal atividade da empresa. Isso pelo princípio da igualdade e da não discriminação.

Caso esse entendimento não seja o aplicado, o professor Márcio Túlio Viana defende que, ao menos, procure-se desenvolver uma interpretação que assegure aos terceirizados, ainda que abrangidos por instrumentos normativos diversos, as mesmas condições de trabalho e salário dos trabalhadores da tomadora, caso estas se revelem mais benéficas (VIANA, 2018).

Diante da regulamentação do enquadramento sindical e da própria diferenciação de salário e condições de trabalho entre empregados diretos e terceirizados, observa-se que a terceirização pulveriza os trabalhadores, estimula a concorrência entre os pertencentes à classe operária e dificulta a formação dos vínculos de solidariedade. Trata-se de um processo de desintegração social que afeta sobremaneira a ação coletiva, minando a luta de classe e as ações voltadas para a transformação social.

¹⁰ Enunciado 81: TERCEIRIZAÇÃO: REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS TERCEIRIZADOS: “Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do artigo 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do artigo 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do artigo 581 da CLT.” Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 jan. 2019.

4 SAÚDE DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

Não podemos deixar de comentar o § 1º do artigo 9º da Lei n. 6.019/1974 (redação dada pela Lei n. 13.429/2017) que impõe à empresa tomadora o dever de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado. Como se vê, nesse tema, o legislador andou bem e previu a responsabilidade da tomadora de serviços com relação a eventual dano, doença ou acidente de trabalho decorrente da execução do contrato de trabalho temporário.

Assim as duas empresas respondem solidariamente pela segurança, higiene e salubridade dos temporários. A empresa de serviço temporário responderá por ser a empregadora do trabalhador terceirizado, e a empresa tomadora por descumprir medida imposta por lei, que determina a garantia da segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários.

Nesse mesmo sentido, há responsabilidade solidária entre a empresa tomadora e a empresa de trabalho temporário pelo adicional de insalubridade não pago ou dano daí decorrente, pois a lei prevê que a empresa tomadora deve garantir as condições de salubridade dos trabalhadores temporários.

Em relação ao acidente de trabalho, pode-se concluir que, nos contratos de terceirização e de trabalho temporário (espécie de terceirização), deve prevalecer a regra da responsabilidade solidária da empresa tomadora e contratante quanto aos danos sofridos pelos empregados das empresas de trabalho temporário e das empresas prestadoras de serviços.

Esse entendimento se baseia nas normas civilistas, que determinam a responsabilização solidária de todos aqueles que concorreram para o dano. São responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente em relação aos atos praticados “[...] por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; ainda que não haja culpa, por parte do empregador e do contratante.” (BRASIL, 2002, art.

932, III e art. 933). Ademais, como já dito, o artigo 942 do Código Civil determina a responsabilidade solidária de todos que afluíram para o ato ilícito causador do dano à vítima (autores e coautores) e o parágrafo único desse mesmo artigo deixa claro que a aludida responsabilidade solidária abrange todas as pessoas designadas no artigo 932 do CC, inclusive o empregador ou comitente em relação a seu preposto.

Ademais, quando uma empresa opta por transferir a terceiros a execução de sua atividade, tem a obrigação de avaliar minuciosamente se as contratadas têm capacidade técnica e econômica para assumirem tal responsabilidade. Nesse sentido, a tomadora, ao arcar com os riscos próprios do empreendimento, assume também a responsabilidade pela segurança e saúde dos terceirizados, de modo que, se ocorrer um acidente de trabalho, pode-se caracterizar a culpa *in contrahendo* ou culpa *in eligendo* da tomadora e ela ser responsabilizada solidariamente pelos danos causados.

Senão, veja-se como foi disciplinada a matéria no que se refere ao atendimento médico ou ambulatorial e à alimentação dos trabalhadores terceirizados. Dois artigos da lei disciplinam o assunto de maneira diversa. O artigo 4º-C, I, nas alíneas “a” e “c”, assegura aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições dadas aos empregados efetivos no que diz respeito à alimentação em refeitórios e ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou no local por ela designado.

Ocorre que o artigo 5º-A, § 4º, dispõe 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.

Pelo conflito de normas (uma delas estabelece uma obrigação e a outra apresenta o tema como uma faculdade), aplica-se o princípio da norma mais favorável, qual seja, o artigo 4º-C, I, alíneas “a” e “c”, em detrimento do artigo 5º-A, § 4º. Outro critério que pode ser utilizado para garantir aos empregados terceirizados atendimento médico, ambulatorial e de refeição equivalente ao fornecido aos empregados efetivos é o princípio da não discriminação. De tal modo,

como os trabalhadores temporários (uma espécie de trabalhador terceirizado) têm direito ao mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos empregados efetivos (artigo 9º, § 2º), essa diferenciação no tratamento entre terceirizado em sentido estrito e temporário é discriminatória e inconstitucional.

Por fim, ainda no âmbito desse tema - importante por se tratar da saúde do empregado -, se os argumentos acima não forem suficientes, a questão será resolvida pela utilização de um dos critérios de antinomia. Senão vejamos: a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que entrou em vigor em novembro de 2017, inseriu o artigo 4º-C, que assegura aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições relativas a atendimento médico, ambulatorial e de refeição existentes nas dependências da contratante ou no local por ela designado. Esse artigo é incompatível com a lei anterior, Lei n. 13.429/2017, que entrou em vigor no final de março de 2017 e inseriu o art. 5º-A, § 4º, que tratava dessa questão como uma mera faculdade do contratante.

Assim, são duas normas de mesma hierarquia que tratam do mesmo assunto de forma incompatível, o que faz com que a posterior revogue tacitamente a anterior - inteligência do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

5 EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO E SOBRE A RELAÇÃO BILATERAL CLÁSSICA

A terceirização torna visível a intenção da empresa de reduzir custos, eliminar empregados próprios e com isso internalizar a lógica da precarização. Os terceirizados costumam ter mais instabilidade, salários mais baixos e sindicatos mais fracos.

No que tange à isonomia salarial, mais uma vez se cometeu discriminação entre o empregado temporário e os demais terceirizados. Os temporários têm assegurada (na alínea “a” do artigo 12 da Lei n. 6.019/1974) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora. Já o § 1º do artigo 4º-C, com redação proposta pela Lei n. 13.467/2017,

surpreende com a seguinte redação em relação à remuneração dos terceirizados: “Contratante e contratada 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 neste artigo.”

Cabe ressaltar que a redação desse artigo pode causar um imenso prejuízo aos empregados terceirizados, pois, se, na prática, já há desrespeito às normas cogentes, essa faculdade de remunerá-los com salários mais baixos que os previstos para os empregados efetivos da tomadora provavelmente será utilizada para aumentar os lucros da empresa em detrimento dos salários dos terceirizados.

Nessa mesma esteira da discriminação, o novo § 2º do artigo 4º-C (Lei n. 13.467/2017) passou a permitir a divisão de espaço entre efetivos e terceirizados com relação a atendimento ambulatorial e de alimentação.¹¹

Cabe ressaltar que ao menos o padrão de atendimento do espaço apartado deve ser, de fato, igual ao dos empregados efetivos, sob pena de ferir a dignidade do ser humano, violar a Convenção n. 111 da OIT (que versa sobre “Discriminação” em matéria de emprego e profissão), a Declaração de Filadélfia¹² e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹³

A contratante (tomadora) poderá ser pessoa física ou jurídica e firmará contrato escrito com a empresa prestadora de serviços. A partir de agora, até mesmo um profissional liberal ou uma pessoa natural poderá contratar terceirizados.

¹¹ Art. 4º-C, § 2º: “Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% 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”.

¹² Afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais.

¹³ Em seu artigo 7º: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

Nos termos do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, não pode figurar como contratada (empresa prestadora de serviços), exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados (artigo 5º-C da Lei n. 6.019/1974, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017). Com a redação desse artigo, o legislador provavelmente buscou evitar fraudes. Contudo, após o referido prazo de 18 meses, há risco de haver “*pejotização*” (contratação de empregados como pessoa jurídica), o que é considerado fraude ao vínculo empregatício e vedado pelo artigo 9º da CLT.

O artigo 5º-D da Lei n. 6.019/1974, também acrescentado pela Reforma Trabalhista, dispõe que o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para a mesma empresa na qualidade de empregado da empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de 18 meses, contados a partir da sua demissão. Trata-se, na realidade, de tentativa de coibir a demissão em massa de empregados, a fim de que os mesmos passem a prestar serviços para tomadora na qualidade de terceirizados.

Ainda assim, o temido aconteceu, e algumas empresas, interessadas em aumentar sua lucratividade, menos de um mês após o advento da Reforma Trabalhista - Lei n. 13.467/2017 - efetuaram dispensa coletiva de empregados (SOUTO MAIOR, 2017, *on-line*). Um caso emblemático noticiado foi o da Faculdade Estácio de Sá.¹⁴ A referida instituição dispensou, sem motivação econômica e sem qualquer diálogo, 1.200 professores em todo país e o fez com base no artigo 477-A da CLT.¹⁵ Ocorre que o emprego, em um Estado Social,

¹⁴ “Após demissão em massa, Estácio de Sá tem alta de 62% nos lucros em relação ao ano passado.” Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/apos-demissao-em-massa-estacio-de-sa-tem-alta-de-62-nos-lucros-em-relacao-ao-ano-passado/>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁵ Art. 477-A: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.” (Incluído pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017).

é questão de ordem pública, de modo que a atividade empresarial deve estar atrelada aos seus fins sociais, fixados constitucionalmente, fato que a Reforma Trabalhista parece ter ignorado.

Voltando à análise da lei propriamente dita, observa-se que, no caso da terceirização lícita, a responsabilidade da contratante (tomadora) é subsidiária - § 5º do artigo 5º-A da Lei n. 6.019/1974. A terceirização é considerada lícita caso preenchidos, além dos requisitos legais já comentados, os requisitos de ausência de pessoalidade e de subordinação dos terceirizados em relação à contratante. Segundo o TST, para que a tomadora seja responsabilizada, ela tem que ter tido a oportunidade de se manifestar no processo judicial, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa. (item IV da Súmula 331 do TST - esse inciso da Súmula foi declarado constitucional pelo STF)

Continuando o estudo do tema, surge o seguinte questionamento: é possível uma empresa sem empregados? Apesar de a regulamentação posta ter flexibilizado o tema da terceirização, não parece ter sido essa a intenção do legislador. Isso se conclui na medida em que a lei instituiu regras de isonomia entre os empregados da contratante e da contratada, o que dá a entender que o objetivo não foi o de permitir a existência de empresas sem empregados. Vale ressaltar, ainda, que toda propriedade privada precisa exercer sua função social, prevista na Constituição, o que, em uma empresa, corresponde, entre outros fatores, a um meio ambiente de trabalho digno para seus empregados.

O principal argumento utilizado para aprovar a Reforma foi a geração de empregos. A estimativa do Ministro do Trabalho à época, Ronaldo Nogueira, era a de que dois milhões de vagas seriam criadas nos dois primeiros anos. Entretanto, ao contrário do propagado, após pouco mais de um ano de vigência, o que ocorreu foi a diminuição da renda dos trabalhadores e o aumento da precariedade nas relações de trabalho.¹⁶ Esse é resultado até então

¹⁶ “Um ano da reforma trabalhista: medida reduziu renda, não gerou emprego e precarizou trabalho”. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-ano-da-reforma-trabalhista-medida-reduziu-renda-nao-gerou-emprego-e-precariizou-trabalho/>. Acesso em: 08 jan. 2019.

verificado em relação à tão propagada “modernização” da legislação, que, na prática, mais se assemelha a um retrocesso (vale lembrar que, em 1837, havia um molde regulatório de locação de serviços - Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837).

6 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Por fim, cabe ressaltar que, no dia 30 de agosto de 2018, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e o Recurso Extraordinário em repercussão geral n. 958.252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades das empresas. O que ocorreu foi que, enquanto se aguardava a revisão da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o legislador assumiu seu papel, inserindo na ordem jurídica o marco legal da terceirização.

O STF entendeu, na oportunidade, que não houve perda do objeto da ADPF pela superveniência das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, sob o argumento de que o julgamento se dirigia a situações anteriores ao advento das duas leis. De tal modo, por maioria de sete votos favoráveis (quatro votos contra), o Tribunal decidiu ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim.

Nesse sentido, a modificação realizada pela Reforma Trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, e a decisão, por ter sido declarada sua repercussão geral, tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário. Como resultado desse julgamento, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Segundo José Alberto Couto Maciel (MACIEL, 2018, *on-line*), foi decidido pelo STF que a terceirização nunca foi proibida em

nenhuma atividade, ou seja, nem no presente, nem no passado. Nesse sentido, segundo o autor, os Tribunais Trabalhistas teriam condenado ilegalmente várias empresas a pagamentos indevidos, mediante teses contrárias a diversos princípios constitucionais (tais como: a legalidade, artigo 5º, II; a separação de poderes, artigo 2º; o devido processo legal, artigo 5º, LV; e a livre iniciativa, artigos 1º, IV e 170 *caput* e parágrafo único). Diante disso, em seu artigo, ele indaga como ficaria a aplicação do § 5º do artigo 884 da CLT, que dispõe: “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” Seriam cabíveis embargos à execução alegando a inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST? Seria possível a interposição de ação rescisória?

Ao analisar o julgamento, o professor Henrique Correia¹⁷ ressalta que o STF assegurou o respeito às decisões já transitadas em julgado. Nesse caso, segundo ele, os processos pendentes de julgamento, bem como os inquéritos em trâmite no Ministério Público do Trabalho e os Termos de Ajuste de Conduta (TACs) firmados no Ministério Público do Trabalho serão afetados e passíveis de discussão a fim de se ajustarem ao posicionamento do STF (que gera efeitos *erga omnes*). Entretanto, no que diz respeito aos processos que já transitaram em julgado, ele afirma não ser possível a modificação da decisão. A base para o seu posicionamento está na própria decisão de julgamento da ADPF 324:

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste

¹⁷ Aula postada em formato de vídeo em 31 de agosto de 2018 pelo professor e procurador do trabalho Henrique Correia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WecaWkx6exU>. Acesso em: 27 jan. 2019.

juízo não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30/08/2018. (grifos nossos)¹⁸

De forma diversa da supracitada, entende o autor José Alberto Couto Maciel. Senão vejamos:

Concluo que, nos casos de execução, será sempre viável o cabimento da ação rescisória, no prazo de dois anos após o trânsito em julgado do acórdão da decisão da Suprema Corte, seja a coisa julgada anterior ou posterior à publicação do acórdão da decisão ora em destaque, bem como possível será a declaração de inexecutibilidade do título executivo se executado após o trânsito em julgado do acórdão do Supremo Tribunal sobre a tese [...] Nem é mesmo possível entender que o Supremo Tribunal Federal, em embargos de declaração, possa declarar a impossibilidade de rescisória, ou de inexecutibilidade do título executivo, baseado em decisão inconstitucional, porque seria, certamente, manter decisões contrárias à Constituição, o que não se espera da Corte Suprema que zela pelo primado da Constituição no país. (MACIEL, 2018, *on-line*).

7 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

E quanto à terceirização na Administração Pública?

Insta observar que, no julgamento dos referidos feitos que ensejaram a tese de repercussão geral (a ADPF n. 324 e o Recurso Extraordinário em repercussão geral n. 958.252), o STF não enfrentou a questão dos limites da terceirização no âmbito da Administração Pública, e sequer mencionou o artigo 37 da Constituição, que dispõe sobre a exigência de concurso público (CF/1988, artigo 37, II) para investidura de cargo ou emprego público. Sabe-se que o concurso público atende aos princípios da impessoalidade, da moralidade e garante a formação de um quadro profissional e especializado.

¹⁸ ADPF n. 324. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 27 jan. 2019.

Assim, a Lei n. 13.467/2017, ao alterar a Lei n. 6.019/1974, no tema da contratação temporária e da terceirização de serviços, não serve como marco regulatório para a administração pública direta ou indireta, tendo em vista o disposto na Constituição Federal (artigo 37, *caput* e incisos II e IX), hierarquicamente superior à legislação ordinária, tanto na forma quanto no conteúdo.¹⁹

Ocorre que, após o Supremo Tribunal Federal ter julgado constitucional a terceirização irrestrita no âmbito privado, conforme já visto, o então Presidente da República editou, em 21 de setembro de 2018, o Decreto n. 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta (leia-se terceirização), mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Esse decreto regulamenta o disposto no § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei n. 200/1967²⁰, em substituição ao Decreto n. 2.271/1997, que disciplinou a matéria nos últimos 20 anos (o referido decreto dispunha, de forma expressa, quais atividades poderiam ser terceirizadas. Eram elas: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações).

Vale observar que o Decreto n. 9.507/2018, que entrou em vigor no dia 21 de janeiro de 2019, ou seja, 120 dias após a sua publicação, é um decreto autônomo do Poder Executivo, previsto no artigo 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição²¹, que

¹⁹ Entendimento consubstanciado no Enunciado 75 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho já mencionada neste artigo.

²⁰ Art. 10 § 7º: “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

²¹ Art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...]”

vale somente para a União - administração pública federal direta, autárquica, fundacional e empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União - e no âmbito do Poder Executivo (em respeito ao princípio da separação dos poderes), ou seja, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, bem como os poderes legislativo e judiciário não estão abrangidos por esse decreto.

Além disso, o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, continua sendo a regra geral que deve ser respeitada. A não observância da regra geral (exceto se tiver exceção expressamente prevista em lei) implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

O novo Decreto (n. 9.507/2018), ao contrário do Decreto anterior, n. 2.271/1997 (que listava, de forma restrita, as atividades que poderiam ser objeto de execução indireta), elenca as atividades que não permitem a terceirização na administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Assim, o legislador parece ter pretendido admitir a contratação indireta das atividades não elencadas no referido dispositivo.

Conforme o disposto no artigo 3º do Decreto n. 9.507/2018, não estão sujeitos à terceirização, na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; as atividades que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade; as atividades que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e, por fim, aquelas que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, a liberalização foi ainda maior, pois o único

limite imposto a essas empresas diz respeito à impossibilidade de terceirizar atividades que constituam atribuições inerentes àquelas dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários (inteligência do artigo 4º). Regra que, ainda assim, é passível de exceção quando se tratar de serviços de caráter temporário (inciso I), de incremento temporário do volume de serviços (inciso II), de atualização de tecnologia ou especialização de serviço (inciso III) e para superar impossibilidade de competir no mercado concorrencial (inciso IV).

Na prática, o que se conclui é que há permissão legal para terceirização nas hipóteses de atribuições inerentes às dos cargos integrantes dos Planos de Cargos e Salários nas empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União desde que a situação se encaixe nas hipóteses expressamente excetuadas. Senão vejamos os comentários da professora Gabriela Neves Delgado e do Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim:

Trata-se de disciplina com traço liberalizante intenso, que elimina praticamente todos os limites que a regulamentação anterior impunha à terceirização de atividades no âmbito da administração pública federal, inovando ao admitir a possibilidade de terceirização de atividades de todas as naturezas, acessórias ou principais, no âmbito das empresas estatais da União. (DELGADO; AMORIM, 2018, *on-line*).

Cabe ressaltar, por fim, que, assim como na terceirização no âmbito privado, o Decreto n. 9.507/2018 dispõe que não pode haver pessoalidade e subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante (artigo 7º, inciso IV).

CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo analisar de maneira crítica a regulamentação da terceirização no Brasil. Observou-se, durante o estudo dos pontos relevantes da legislação, a predominância dos valores de mercado sobre os valores sociais. Diante disso, pretendeu-

se despertar no leitor um exercício interpretativo que priorize o bem-estar humano e os direitos sociais garantidos na Constituição Federal. Para isso, é preciso reatar a inspiração da Declaração de Filadélfia, que dispõe que a economia e a finança devem estar a serviço dos princípios da dignidade humana e da justiça social e não o contrário. Esse é um momento propício para discussões e lutas contra a exploração desmedida do trabalho humano.

Vivemos em uma sociedade de incertezas no âmbito do trabalho. A principal delas refere-se ao emprego. O capitalismo de viés neoliberal aproveita-se da reserva de desempregados para implementar medidas precarizadoras, sem resistência. Na esfera da necessidade, não há liberdade de fato. O ser humano que trabalha precisa de proteção integral e de um Direito do Trabalho que lhe garanta dignidade.

É preciso ter em mente que reformar não pode significar se adaptar às injustiças do mundo, mas, sim, providenciar meios para fazê-las retroceder. Dessa maneira, apesar de a legislação atual ser motivo de preocupação, é importante destacar que ela não está isolada no ordenamento jurídico. Dessa forma, por meio de uma interpretação sistemática, que pressupõe a unidade e a ausência de incompatibilidades no ordenamento, é possível encontrar, na solução de casos concretos, aquela resolução que seja mais coerente com o conjunto de leis já existentes, principalmente com as normas hierarquicamente superiores (a exemplo da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Afinal, o Direito existe como um sistema harmônico, e não pode uma lei isolada pôr fim ao princípio da sistematicidade.

REFERÊNCIAS

BORBA, Joselita Nepomuceno. Terceirização. Lei n. 13.467/17. Os novos contornos da terceirização. *In*: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (org.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018. p. 42-50.

BOSI, Alfredo. O tempo e os tempos. *In*: NOVAES, Adauto (org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 19.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.429 de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 31 mar. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 14 de jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 9.507 de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.302/1998. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/1998/msg344-980319.htm. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 331*. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT. Data de Publicação: 27, 30 e 31 de maio de 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 30 jan. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. Breves comentários à lei n. 13.429/17 que altera a redação da lei n. 6.019/74 - Terceirização ampla e irrestrita? Disponível em: <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas estatais. *Jota*. São Paulo/Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ameaca-da-terceirizacao-sem-limites-na-administracao-publica-e-nas-estatais-05102018>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ENTENDA posicionamento de ministros sobre terceirização. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-13/maioria-tst-terceirizacao-nao-unanimidade>. Acesso em: 11 jan. 2019.

FERNANDES, Wilson. *In*: BOEHM, Camila. Lei da terceirização vai precarizar trabalho, diz presidente do TRT-2. *Agência Brasil*. Brasília: EBC, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/lei-da-terceirizacao-vai-precarizar-trabalho-diz-presidente-do-trt-2>. Acesso em: 11 jan. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 02 abr. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>. Acesso em: 16 jan. 2019.

GONÇALVES, Reginaldo. Terceirização precariza o trabalho e reduz salários. *Estadão - Portal do Estado de S. Paulo*. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/terceirizacao-precariza-o-trabalho-e-reduz-salarios/>. Acesso em: 29 jan. 2019.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2, 2018. Brasília, DF. *Anais...* Brasília: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, 2018.

MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário. *Consultor Jurídico - Conjur*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita-apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 16 jan. 2018.

MACIEL, José Alberto Couto. Título executivo judicial inexequível, a rescisória e a terceirização. *Migalhas*. Ribeirão Preto, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286764,21048-Titulo+executivo+judicial+inexequivel+a+rescisoria+e+a+terceirizacao>. Acesso em: 14 jan. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho*. Filadélfia, PA: OIT, 1944.

PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. *Rev. TST*, Brasília, vol. 74, n. 4, out/dez 2008. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/5386/006_pastore.pdf?sequence=5. Acesso em: 11 jan. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A hora da sensatez*. 20 nov. 2018. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-hora-da-sensatez7523688>. Acesso em: 07 jan. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O abuso das dispensas coletivas e a reação corretiva do direito do trabalho*. 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-abuso-das-dispensas-coletivas-e-a-reacao-corretiva-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 14 jan. 2019.

UM ano da reforma trabalhista: medida reduziu renda, não gerou emprego e precarizou trabalho. *Diário do Centro do Mundo*, 2018. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-ano-da-reforma-trabalhista-medida-reduziu-renda-nao-gerou-emprego-e-precarizou-trabalho/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. São Paulo: LTr, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. *Poluições no ar: o clima que nos afeta e a terceirização*. Aportes teóricos para aplicação do direito do trabalho após a reforma trabalhista. Belo Horizonte: Arraes, 2018.