

A TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA: ASPECTOS RELEVANTES E SEUS ATRASOS*

O UTSOURCING AND REFORM: RELEVANTS ASPECTS AND THEIR DELAYS

Luiza Sabino Queiroz**

RESUMO

O presente artigo possui o objetivo de estudar aspectos relevantes da nova referência legal sobre a terceirização, cuja disseminação se deu à revelia da norma heterônoma estatal por mais de 40 anos. Discute-se e reflete-se sobre pontuais previsões e lacunas das novas Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, consideradas importantes para a prática, à luz dos princípios constitucionais e entendimentos doutrinários. O estudo nos leva a concluir que a novel legislação possui inadequadas permissões, como a terceirização irrestrita e em cadeia, bem como inconvenientes lacunas, como a impossibilidade de terceirização da atividade-fim da Administração Pública e a responsabilização por acidentes de trabalho. O resultado natural é o atraso no trato da relação triangular.

* Artigo enviado em 01.02.2019 e aceito em 09.03.2019.

**Advogada e sócia do Escritório de Advocacia Marra Teixeira Sabino. Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Graduada em Direito pela UFMG. Graduada em Administração Pública pela Escola de Governo, Fundação João Pinheiro. Lâurea acadêmica por esta última.

Palavras-chave: Terceirização. Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017. Atrasos.

ABSTRACT

The article aims to study relevant aspects about the new outsourcing law, whose dissemination occurred for more than 40 years ago. It discusses and reflects about punctual forecasts and gaps in the news Laws 13.429/2017 and 13.467/2017, considered important for the practice in outsourcing. This review is based on the constitutional principles and doctrine. The study leads us to conclude that the novel legislation has inadequate permissions, such as unrestricted and chain outsourcing, as well as inconvenient gaps, such as the impossibility of outsourcing the essential-activity of the Public Administration and the liability for work accident. Delays are the natural results.

Keywords: Outsourcing. Laws 13.429/2017 and 13.467/2017. Delays.

INTRODUÇÃO

O esgotamento do modelo fordista de produção, ao lado da globalização e da crise econômica - mais especificamente a crise do petróleo de 1973 - tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competição entre as empresas. Tais fatores culminaram na ascensão da chamada terceirização.

Segundo Delgado (2016), a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário e interveniente. Bomfim (2013) explica que terceirização é a relação trilateral formada entre o trabalhador, o intermediador de mão de obra e o tomador de serviços. A ideia está associada ao modelo toyotista, que preza a produção da medida certa (*just in time*) e tem como fundamento o princípio constitucional da livre iniciativa (CRFB/1988, art. 1º, IV, e art. 170).

A primeira referência legal sobre a sistemática terceirizante ocorreu com a reforma administrativa, especificamente com a publicação do Decreto-Lei n. 200, de 1967 (art.10), que estimulava a subcontratação de tarefas executivas acessórias. No segmento privado, em 1974, foi publicada a Lei do Trabalho Temporário (6.019), que tratava de contratos de curto prazo, seguida pela Lei n. 7.102, de 1983, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária, e pela inclusão do parágrafo único ao art. 442 da CLT, em 1994, que presumiu a ausência de vínculo entre os associados da cooperativa e os tomadores de serviços.

Como a legislação trabalhista brasileira não proibia e nem regulamentava a prática, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Súmula 256 (que apenas permitia a terceirização nos moldes da Lei n. 6.019/1974 e da Lei n. 7.102/1983) e editou a Súmula 331 em 1993. Esta representou incansável esforço do Tribunal Superior para evitar a precarização dos direitos trabalhistas, que necessariamente a terceirização desvirtuava causa.

A disseminação da prática no Brasil não se deu por ser um fenômeno inevitável, mas por ser insustentável para as empresas concorrerem em condições desiguais no mesmo mercado, já que a terceirização reduz custos. Conforme ensina Delgado (2015), o estímulo ou a resignação ao crescimento das práticas terceirizantes exprimem muito mais a desvalorização do trabalho e do emprego - e do trabalhador, evidentemente - do que uma fatal consequência de algum determinismo econômico.

Após mais de 40 anos de a terceirização se propagar no País, a omissão legislativa foi suprida em 2017 com a modificação da Lei n. 6.019/1974, por meio das Leis n. 13.429 e n. 13.467, que passaram a regular o instituto. Ocorre que a Lei n. 13.467/2017 expressamente permitiu a terceirização na atividade-fim da empresa, sem, no entanto, ressaltar a Administração Pública, o que pode dar margem ao entendimento de que tal previsão não se restringe ao âmbito privado. Já a Lei n. 13.429/2017 não dispôs sobre a responsabilização dos prestadores ao permitir a terceirização em cadeia, o que pode sugerir indevidamente a ausência do obrigar

jurídico do tomador final ou dos prestadores intermediários. Ademais, nenhuma das duas novas leis explicitamente tratou da responsabilidade nos acidentes de trabalho envolvendo empregados terceirizados, cuja celexuma é antiga.

Busca-se, nesse contexto, analisar as permissões e as omissões dos novos marcos regulatórios, e se isso culminou ou não em atrasos no trato da terceirização. Para tanto, foi realizada uma revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o tema, além de uma breve recapitulação histórica e principiológica. Algumas conclusões foram exemplificadas com recentes fatos envolvendo a relação trilateral.

O artigo foi dividido em cinco seções, embora não se tenha pretendido exaurir os aspectos controversos do assunto. A primeira parte tratou da permissão legal da terceirização na atividade-fim. Em seguida abordou tal possibilidade no âmbito estatal. Em um terceiro momento analisou a responsabilidade na terceirização em cadeia e em seguida a responsabilidade em caso de acidente de trabalho. Por fim, efetuaram-se algumas considerações finais.

TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA

No âmbito internacional, a terceirização surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias norte-americanas de armamento se depararam com aumento excepcional da demanda por armas e decidiram concentrar esforços na atividade principal, transferindo as atividades de suporte para terceiros. Antes desse marco histórico não era possível falar em terceirização porque, apenas a partir dele, houve verdadeira interferência na sociedade e na economia (CASTRO, 2000).

Nota-se, pois, que o fenômeno da terceirização nunca objetivou transferir para outrem a atividade principal, mas tão somente as consideradas secundárias, exatamente para ser possível concentrar o máximo de esforços e de recursos humanos na atividade-fim. A partir desse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho cuidadosamente editou e aperfeiçoou com o tempo a

Súmula 331, buscando não desvirtuar o alcance originário da prática. Assim, estabeleceu-se como regra a terceirização na atividade-meio e, excepcionalmente, na atividade-fim.

Embora não haja consenso, a atividade-fim pode ser entendida como a tarefa intimamente relacionada ao propósito social da empresa, muitas vezes identificado em seus estatutos constitutivos (MARTINEZ, 2018). Já a atividade-meio pode ser conceituada como sendo os serviços especializados auxiliares ao processo produtivo, de bens ou serviços, que não produzem isoladamente proveito econômico, por não estarem ligados diretamente aos fins sociais da tomadora (CASTRO, 2000).

Diante da dificuldade de se distinguir com segurança a atividade-meio da atividade-fim, Homero da Silva (2015, p. 123) propõe o critério da especialização. Para o jurista, a terceirização somente seria válida se o prestador fosse uma empresa especializada na atividade de apoio,

[...] se a prestadora é efetivamente uma empresa dedicada àquela função, presume-se válida a terceirização [...]. Trata-se do critério da especialização e não do critério da fragmentação das atividades.

Porém, em 2017, a Lei n. 13.467, ao incluir o art. 4º-A à Lei n. 6.019/1974, expressamente permitiu a terceirização na atividade principal da empresa, em claro descompasso com o histórico do próprio instituto e dos princípios basilares do Direito do Trabalho. Conquanto tenham emergido inúmeras discussões contrárias à inovação legislativa, em 30 de agosto de 2018, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958252, ser possível a terceirização irrestrita, isto é, tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim.

Com o devido respeito, tal decisão somente corroborou para a chamada “terceirização de conveniência”, pois não necessariamente o empresariado precisa concentrar esforços na consecução do seu objeto social, já que se permite contratar a atividade fundamental indiscriminadamente. “Houve, portanto,

uma desnaturação, uma desfiguração, uma adulteração, uma descaracterização daquilo que era da natureza da terceirização.” (MARTINEZ, 2018, p. 333).

Assim, no atual contexto, a discussão da diferença entre as atividades essenciais e secundárias de uma empresa parece ter se tornado vazia. Ademais, esse quadro pode culminar no estranho futuro de

[...] empresas tomadoras sem empregados ou com alguns poucos em atividades de comando que ela, por tratamento diferenciado, quisesse proteger, e, num mundo paralelo, outra empresa - a prestadora - cheia de especialistas que - por alguma razão inimaginável - estarão vinculados a uma entidade que nada produz, mas apenas oferece mão de obra para que outra empresa produza. (MARTINEZ, 2018, p. 357).

Conforme acentua Dallegrave Neto (2018), permitir que o setor estratégico, finalístico e essencial do empreendimento seja terceirizado é deformar o próprio conceito de empresa, visto como o ente que congrega quatro elementos, quais sejam, insumo, tecnologia, capital e mão de obra. Portanto, terceirizar a atividade-fim é, além de desvirtuar o próprio instituto, desnaturar a aliança necessária para a configuração estrutural de uma empresa.

Ainda que a Lei n. 6.019/1974 atualmente preveja capital mínimo para o funcionamento de uma prestadora de serviços terceirizados (art. 4º-B, III), bem como, no julgamento conjunto supracitado, o Supremo Tribunal Federal tenha atribuído à contratante averiguar a idoneidade e a capacidade econômica dessa empresa, a prática mostra que o fenômeno dificulta o adimplemento do crédito trabalhista. Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2016, p. 105) ensina que as prestadoras de serviços,

[...] como ficam na inteira dependência das empresas tomadoras de serviços e enfrentam a concorrência, nem sempre leal, de outras empresas do ramo, dificilmente experimentam crescimento próprio ou solidez econômica, sendo frequentes as insolvências.

Além da possível dificuldade em receber o que é devido, assevera Delgado (2015, p. 45) que, embora a terceirização trabalhista não seja, obrigatoriamente, redutora de postos de trabalho, “[...] ela é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho”, propiciando, portanto, ao menos em um momento inicial, considerável redução das garantias e ganhos do trabalhador. Outrossim, Martinez (2018) explica que, na qualidade de técnica de organização do processo produtivo, a terceirização não visa nada mais do que à irrefletida redução de custos mediante o sacrifício dos direitos sociais.

Nesse contexto, são apontados pela doutrina como efeitos da terceirização, dentre outros: (i) precarização dos direitos trabalhistas - haja vista a recorrente impontualidade no recebimento das verbas, a discriminação remuneratória e o menoscabo pelas condições do labor, conforme se depreende dos dados do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho, segundo o qual “[...] 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo contemporâneo envolviam empregados terceirizados.” (MARTINEZ, 2018, p. 357); (ii) enfraquecimento do associativismo - a multiplicidade de empregadores dificulta o exercício de pressão eficaz, tornando quase impraticável o direito de greve e de outras formas coletivas de solução de conflito; (iii) ausência do sentimento de pertencimento do terceirizado - afinal, “[...] os empregados mal se conhecem e a rotatividade é altíssima, apesar de em sua origem a terceirização carregar a ideia do prolongamento dos contratos de trabalho.” (SILVA, 2015, p. 127); (iv) criação de “castas” entre empregados e terceirizados, já que os direitos e o tratamento não são isonômicos.

Quanto ao último efeito, recente episódio exemplifica essa desvalorização do empregado terceirizado dentro do seu próprio local de trabalho. No dia 30 de novembro de 2018, foi divulgado em todo o País notícia sobre um funcionário de uma famosa rede de hipermercado que haveria cometido um crime contra um animal durante o seu horário de trabalho. Posteriormente, essa empresa emitiu nota de esclarecimento reconhecendo a gravidade do ato e

deixando claro que o trabalhador era terceirizado e já havia deixado a empresa: “[...] Desde o início da apuração, o funcionário de empresa terceirizada foi afastado.” (VejaSP, 2018).

Sem entrar no mérito da atitude do trabalhador e tampouco se houve ou não ordem da tomadora para tanto, o que se busca mostrar é que a empresa pretendeu utilizar como álibi o fato de o empregado ser terceirizado. Porém, a invocação velada de equivocada exculpante acabou transparecendo que o empregado terceirizado é tratado como um trabalhador alheio à organização, além de totalmente descartável e substituível. Na nota de esclarecimento, de forma oculta, o hipermercado quis ressaltar que o terceirizado não faz parte do *dream-team* da empresa, como atualmente costumam dizer no âmbito organizacional.

Destarte, a autorização irrestrita da prática apenas aumenta o número de trabalhadores vulneráveis, sujeitos a não receberem seu crédito, coletivamente desorganizados e sem vínculo com o ambiente laboral. A possibilidade legal, chancelada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, de terceirização ampla traz à tona uma fórmula de gerenciamento da força obreira que tem o histórico brasileiro de reduzir os ganhos do trabalho no mundo capitalista.¹

Enquanto há gradativa busca mundial pela concretização da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades no âmbito laboral (princípios garantidos na CRFB/1988, art. 1º, III e IV; art. 3º, III), a permissão da terceirização ilimitada representa atraso.

¹ Processualmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal também tem importante repercussão, já que o § 5º do art. 884 da CLT, à semelhança do § 12 do art. 525 do CPC/2015, permite a declaração de inexigibilidade do título executivo fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Isso significa que os títulos judiciais fundados em decisões sobre a proibição de terceirização em atividades-fim são inexigíveis se a execução se der após transitar em julgado a decisão do Supremo Tribunal Federal ou são passíveis de ação rescisória se anteriores ao referido trânsito. Vale lembrar que o prazo dessa ação rescisória é de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo (CPC/2015, art. 525, § 15).

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal pode levar à errônea conclusão de que a Administração Pública também está autorizada a terceirizar suas atividades-fim ou que as concessionárias contratadas poderão fazê-lo. Consoante abordado brevemente na introdução, o setor público inseriu a ideia da terceirização no ordenamento jurídico nacional ao permitir a descentralização de suas atividades acessórias, não havendo permissão para tal prática em suas atividades essenciais, *ex vi* Decreto-Lei n. 200, de 1967 (art. 10), c/c a Lei n. 5.645, de 1970 (art. 3º).

Embora a Lei n. 6.019/74 tenha silenciado sobre a terceirização na Administração Pública, outra não pode ser a conclusão, haja vista o inciso II do art. 37 da CRFB/1988, que exige a prévia aprovação em cargo ou emprego público para a investidura no serviço público. Assim, ainda que haja contratação de terceiros para a execução da atividade-fim estatal, não há falar em formação de vínculo com o tomador, ante o óbice constitucional. Nesse sentido permanecem intactos o item II da Súmula 331 e a Súmula 363, ambas do Tribunal Superior do Trabalho.

O tema se faz relevante em principal porque tramita no Supremo Tribunal Federal a ADC 26, que trata da possibilidade ou não de terceirização da atividade-fim pelas concessionárias de serviços públicos e dos serviços de telefonia, haja vista a expressão “inerente” no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/1995 e no inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/1997. Sobre a terceirização na atividade-fim ou atividade típica, ensina Marcos Villela Souto (1997 *apud* NETO, 2007, p. 138):

Em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividade típica do Poder Público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso da força ou independência no controle podem (e muitas vezes devem) ser terceirizadas.

O Decreto Presidencial n. 9.507, de 2018, que trata da terceirização na Administração Pública federal, parece ter seguido essa linha ao expressamente ressaltar da execução indireta, na administração direta, autárquica e fundacional, os serviços típicos do Estado (art. 3º). Em contrapartida, serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios poderão ser subcontratados (§§ 1º e 2º). Já no caso das empresas estatais, a possibilidade de terceirização é mais ampliada, mas, ainda assim, incabível em atividades inerentes (art. 4º).

Quanto à responsabilização da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, em 30 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 760.931, com repercussão geral reconhecida, confirmou o entendimento da ADC 16, que decidiu pela constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Com isso, somente é permitida a condenação automática do ente público se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva na fiscalização do contrato, o que vai ao encontro do item V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.²

Na situação ora analisada, duas normas fundamentais se confrontaram, as verbas trabalhistas dos terceirizados (que cumprem o valor social do trabalho e garantem a dignidade da pessoa humana - CRFB/1988, art. 1º, III e IV) e a higidez do erário (que é um interesse difuso). Nesse caso, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, oriundo do direito alemão, que se desdobra em 03 subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com a devida *venia*, conquanto o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 seja adequado para a preservação da higidez do erário, entendemos que ele não é necessário, pois é possível adimplir o passivo trabalhista contingente por outros meios que não sacrificam

² Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a decisão no RE 760.931 substituiu a eficácia da tese fixada na ADC 16. Processualmente isso significa que não é mais possível a utilização da Reclamação Constitucional direta ao Supremo Tribunal contra decisão de 1º grau que reconhece a responsabilização automática da Administração Pública pelo crédito trabalhista dos terceirizados mesmo sem culpa, pois primeiro devem ser esgotadas as instâncias inferiores (CPC/2015, art. 988, § 5º, II).

sobremaneira as verbas dos terceirizados. São exemplos dessas medidas: a utilização de parâmetros de elaboração do edital nos moldes do art. 19-A da revogada IN 02/2008 do MPOG; a demonstração de quitação das obrigações trabalhistas como condição do empenho da despesa; a glosa do valor a ser repassado para pagamento direto dos valores devidos aos trabalhadores terceirizados; a imposição de rígidos requisitos para o caso de subcontratação, dentre outras precauções.

A desnecessidade da responsabilização subsidiária condicionada do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 - para garantir a hígidez do erário em detrimento do pagamento das verbas trabalhistas - dispensa a análise do último subprincípio, pois o sacrifício de um dos valores em favor do outro já se mostra desproporcional.

A omissão legislativa quanto à impossibilidade de terceirização ampla no setor público e quanto ao estabelecimento de requisitos mínimos que o ente deve cuidadosamente cumprir para justificar sua responsabilização subsidiária representa atrasos para a garantia da terceirização virtuosa nos governos. Ademais, a condicionante reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal à responsabilização estatal pelos créditos dos trabalhadores terceirizados (somente se conduta omissiva na fiscalização dos contratos) deve ser aplicada de forma restrita, isto é, apenas à Administração Pública, não se estendendo a qualquer outro tomador, ainda que se trate de terceirização em cadeia no setor privado, sob pena de outros atrasos.

TERCEIRIZAÇÃO EM CADEIA

No setor público, a subcontratação foi permitida pela Lei n. 8.666/1993 (art. 72) e, no setor privado, não foi proibida expressamente, o que levava à aplicação do princípio da legalidade (CRFB/1988, art. 5º, II), embora sempre tenha sido objeto de discussão, haja vista seus possíveis efeitos nefastos para os terceirizados.

A Lei n. 13.429, de 2017, incluiu à Lei n. 6.019/1974 o § 1º do art. 4º-A, que passou a permitir que a empresa prestadora de serviços subcontrate outras empresas para a realização das atividades que lhe foram incumbidas pelo tomador. Com isso, autorizou-se de forma expressa a chamada terceirização em cadeia, mas não há qualquer menção quanto à responsabilização das empresas que subcontratam e do tomador final.

Conforme ensina Martinez (2018, p. 336), na terceirização em cadeia,

[...] uma empresa prestadora de serviços a terceiros que foi contratada para oferecer, por exemplo, o serviço de limpeza (empresa A) subcontrata outra empresa do mesmo setor de limpeza (empresa B) para fazer exatamente aquilo que era sua atribuição originária. O problema da terceirização em cadeia é que ela pode não ter fim: a empresa A subcontrata a empresa B, que, por sua vez, subcontrata a empresa C e esta a D, e assim sucessivamente, até que a responsabilidade da empresa que deu início à cadeia se esmaça e se torne difícil a sua responsabilização patrimonial.

A ausência de limites legais para a subcontratação, que pode ser *ad infinitum*, não exime a empresa contratante da responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas eventualmente inadimplidas pelas subcontratadas. Isso se dá por alguns motivos: (i) a distância da figura do empregador da do empregado não pode ser usada para o contratante se esquivar do dever de cumprir o crédito trabalhista, sob o manto do desconhecimento ou ignorância. Para tanto, usa-se a chamada teoria da cegueira deliberada, oriunda do direito penal; (ii) essa concepção se torna ainda mais robusta quando se invoca a teoria do domínio do fato, conforme abordada na Ação Penal 470, mais especificamente a teoria da autoria mediata por domínio da organização, desenvolvida por Claus Roxin (2011, p. 16), segundo a qual “[...] o domínio exercido pelo autor imediato que executa o fato com suas próprias mãos não exclui o domínio exercido por aquele que controla o aparato.” Assim,

em uma organização se presume que o superior domina ou deveria dominar determinada prática que nela ocorre - no caso da terceirização em cadeia, o desrespeito aos direitos trabalhistas; (iii) ademais, cabe ao contratante internalizar as externalidades negativas do seu processo de produção, o que inclui a frustração de obrigações trabalhistas, à luz do princípio da *ajenidad*.

Conforme bem pondera Homero da Silva (2015, p. 126),

[...] o que precisa ficar bem claro é que no campo do direito do trabalho jamais o beneficiário da atividade laboral pode ficar de fora da responsabilidade. [...] Diante do cenário de banalização da terceirização - em que se terceiriza tudo, a toda hora, mesmo sem necessidade - a responsabilidade subsidiária encontra grande importância e representa a única e pequena garantia de recebimento dos haveres trabalhistas. Vozes bastante autorizadas do direito do trabalho preconizam que se passe de uma vez por todas da responsabilidade subsidiária diretamente para a solidária.

Nesse sentido, a saudosa Alice de Barros (2016, p. 303), que assim ensina: “[...] mais conveniente teria sido a edição de lei atribuindo ao tomador dos serviços a responsabilidade de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, para assegurar ao obreiro maior garantia”, à semelhança do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

Portanto, a melhor forma que o tomador final tem de se precaver da responsabilidade por créditos trabalhistas de subcontratados que ele nem mesmo tinha conhecimento é controlar energicamente o adimplemento dessas obrigações, o que pode ser facilitado com previsão contratual de restrição de número de subcontratações, já que a lei não a faz. Com esse tipo de fiscalização e limitação, a tomadora final tem consideráveis chances de preservar não apenas o seu patrimônio, mas também a sua imagem.

Exemplifica essa conclusão recente notícia divulgada na mídia em que conhecida marca nacional foi acusada de confeccionar roupas com trabalho escravo. Nas redes sociais (*facebook* e *instagram*), a empresa reconheceu o erro e esclareceu:

[...] faz parte das nossas práticas exigir documentação atualizada, de acordo com a legislação trabalhista, para a contratação de fornecedores. Mas reconhecemos ter errado na fiscalização rotineira das oficinas terceirizadas. (@amissimaoficial, 2018).

Esse não é o primeiro episódio de divulgação de famosa marca de vestuário ser acusada de praticar trabalho escravo moderno por meio de seus subcontratados. A repercussão não é boa e pode culminar inclusive no boicote da compra. Os consumidores estão cada vez mais atentos, e já é possível encontrar aplicativo de celular e tablete, chamado Moda Livre, que traz lista dos principais varejistas de roupa no País e empresas que, mesmo menores, foram flagrados em casos de trabalho escravo moderno. Portanto, faz-se urgente a diminuição do número de subcontratados para o devido monitoramento.

A omissão legal quanto aos limites da subcontratação e quanto à responsabilização do tomador final causam atrasos não apenas ao princípio da plenitude da ordem jurídica, mas também ao próprio processo. A subcontratação irrestrita dificulta ao terceirizado e ao operador do direito (seja o advogado, seja o magistrado) a identificarem e responsabilizarem o tomador final, o que atrasa sobremaneira a marcha processual e o adimplemento do crédito trabalhista.

Ressalta-se que, embora tenham a mesma origem, a terceirização em cadeia não se confunde com a quarteirização, que consiste na contratação de uma empresa para que ela fiscalize ou gerencie a prestação de serviços de outra empresa. Nesse sentido,

[...] a quarteirização vem a ser a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas, as parcerias. Normalmente se contrata uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista num mercado determinado de serviços ou de administração de serviços. Esta empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante, em função do grande número deles [...] A quarteirização também vem a ser uma

parceria entre a empresa que quer terceirizar e a empresa que vai gerenciar a terceirização, o que acaba por melhorar a eficácia do referido processo (MARTINS, 1996, p. 19).

A quarteirização não foi contemplada na recente modificação da Lei n. 6.019/1974, mas não há razões para ser proibida, pois, por se tratar de uma delegação da gestão de contratos, não causa, por si só, prejuízos aos trabalhadores. Ao revés, pode ser positiva para o controle do adimplemento das verbas trabalhistas e até para a supervisão de diversos episódios, como a substituição de terceirizados em razão de acidente de trabalho.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ACIDENTE DE TRABALHO

Conforme o mais recente Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho (AEAC), apenas em 2016 foram registrados 578.935 acidentes do trabalho no Brasil, dos quais 2.265 resultaram em morte do trabalhador. O Anuário computou os eventos que tiveram a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) registrada no INSS e aqueles que, embora não tenham sido objeto de CAT, deram origem a benefício por incapacidade de natureza acidentária. Nota-se, pois, que o número de acidentes do trabalho no País é alarmante, em principal porque não representa a realidade, já que milhares de acidentes não são comunicados ao órgão responsável, conforme se extrai da seguinte análise:

Uma pesquisa recente do IBGE em conjunto com o Ministério da Saúde, divulgada em 2015, apontou surpreendente estatística projetada de quase 5 milhões de acidentes do trabalho por ano no Brasil [...] enquanto a estatística oficial da Previdência Social aponta somente 116.601 acidentes. Com efeito, é imperioso concluir que ainda é muito alta a subnotificação dos acidentes do trabalho no Brasil (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

Embora o AEAC não identifique especificamente o número dos trabalhadores terceirizados que sofreram acidente do trabalho,

a defasagem no treinamento e o ineficaz acesso à informação sobre riscos ampliam a exposição a acidentes, adoecimentos e maior sujeição às condições insuportáveis de trabalho. Nesse sentido, Sebastião Oliveira (2016), segundo o qual a prática tem demonstrado que os serviços terceirizados são os que mais expõem os trabalhadores a riscos e, por consequência, a sofrer acidentes ou doenças ocupacionais, pois se referem a empregos de baixo nível remuneratório e pouca especialização, que normalmente dispensam experiência e treinamento.

Também ressaltam Tânia Franco e Maria da Graça de Faria (2013, p. 483), quanto à saúde mental dos empregados,

[...] resultados de pesquisa tem evidenciado que trabalhadores, outrora empregados (fordistas), eram capazes de recusar condições inseguras de trabalho e, hoje, terceirizados, não mais o fazem.

As autoras concluem que os terceirizados são os que mais se sujeitam aos riscos coletivos, propalados como inevitáveis em face da competitividade.

Conquanto o § 5º do art.5º-A da Lei n. 6.019/1974 estabeleça a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, a responsabilidade civil pelas obrigações acidentárias não se depreende dessa previsão, já que não abrange as obrigações civis e indenizatórias, mas se subtrai do § 3º do mesmo artigo.

O § 3º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974 dispõe que é responsabilidade do 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. Logo, não residem dúvidas e é imperioso concluir pela responsabilidade solidária no caso de o terceirizado sofrer acidente de trabalho. Isso porque seria bastante contraditório incumbir ao tomador a responsabilidade pela observância da segurança, higiene e saúde na prestação de serviços

e retirá-la no caso de acidente do trabalho ou desvinculá-la do seu real empregador, a prestadora, e atribuí-la apenas ao contratante.

No mesmo sentido o inciso II do art. 4º-C da atual Lei n. 6.019/1974, segundo o qual são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços as mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. Ora, se a nova lei impôs ao tomador garantir iguais circunstâncias seguras e hígidas para o exercício do trabalho terceirizado, a responsabilidade daquele que não providencia tal ambiente laboral é manifesta, ao lado do prestador por culpa *in vigilando*.

À luz da teoria do diálogo das fontes, continuam a corroborar para a solidariedade passiva supracitada os arts. 942, 932 e 933 do CC/2002, que tratam da responsabilidade por ato de terceiro, além das Convenções n. 155 (art. 17) e 167 (art. 8º) da OIT, ratificadas pelo Brasil em 1992 e 2006, respectivamente, bem como o Enunciado 44 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que sempre foram invocados nos julgamentos dos Tribunais para superar o item IV da Súmula 331 do TST. Afinal, conforme antiga alegoria *qui habet commoda ferre debet onera*, nada mais justo que o beneficiário efetivo responda solidariamente pelo infortúnio do trabalhador terceirizado que lhe prestava valiosos serviços.

A necessária integração jurídica para preencher a lacuna normativa verificada no recente ordenamento da terceirização reforça o atraso legislativo de 40 anos no trato de celeumas trabalhistas antigas. Conquanto a omissão não seja capaz de impedir a evolução da discussão, o avanço para a simples subsunção deixou de acontecer.

CONCLUSÃO

A terceirização no Brasil se insere no bojo da pressão pela flexibilização dos direitos trabalhistas e consiste numa relação trilateral de emprego, contrariando, pois, a ligação bilateral clássica

entre empregado e empregador. Essa subcontratação de empregados sempre foi interpretada de forma restritiva pela jurisprudência e doutrina exatamente porque, ao menos em um momento inicial, significa redução das garantias e ganhos obreiros. Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que foi alterada ao longo dos anos para melhor se adequar às constantes mudanças e exigências do mercado de trabalho e do próprio setor público.

Em 2017, mais de 40 anos após a sua disseminação, a lacuna legislativa foi suprida com a mudança da Lei n. 6.019/1974, que passou a regular o instituto. À revelia de todo o histórico e de toda a construção jurisprudencial sobre a prática, e sob o questionável manto de recuperação do crescimento econômico, a novel legislação autorizou determinados desdobramentos da terceirização, sem, no entanto, fazer as devidas ressalvas e imputar as devidas responsabilizações, instigando, portanto, a chamada terceirização predatória, em detrimento do possível viés virtuoso que o instituto é capaz de gerar.

Assim, atualmente, há permissão legal para a terceirização irrestrita, o que, no entanto, não pode ser estendido para a Administração Pública, que permanece impedida de executar indiretamente as suas atividades-fim. Também há aval para a terceirização em cadeia, o que não exime o tomador principal de responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas de qualquer dos subcontratados. Já a responsabilização solidária em acidente de trabalho é extraída implicitamente do novo § 3º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974, não havendo falar em subsidiariedade no caso.

Tais conclusões buscam amenizar os efeitos danosos causados pela terceirização desvirtuada, à luz dos limites constitucionais explícitos ao processo terceirizante, quais sejam: dignidade da pessoa humana; valorização do trabalho; busca pela sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais; função social da propriedade; busca do pleno emprego (CRFB/1988, art. 1º, III e IV; 3º, II, III e IV; 170).

Atraso significa demora, falta, carência, privação. As permissões irrefletidas e a conservação de lacunas sobre aspectos relevantes da terceirização culminam em atrasos no correto desenvolvimento da prática. As suas consequências continuam a ser predominantemente suportadas pelos terceirizados, mas também podem ser divididas com os tomadores, que, convencidos a atuar de forma menos responsável, deparam-se com sentenças procedentes e custos processual e de imagem agregados.

REFERÊNCIAS

@AMISSIMAOFICIAL. Instagram, 2018. Disponível em: https://instagram.com/amissimaoficial?utm_source=ig_profile_share&igshid=qwh7996fo574. Acesso em: 29 dez. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. rev. São Paulo: LTr, 2016.

BOMFIM, Vólia. *Direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 26. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3836252>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 324. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 760.931. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 15 dez. 2018.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A amplitude da terceirização instituída pela reforma trabalhista e seu impacto no mundo do trabalho. In: *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 08, n. 72, p. 29-50, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO, Tania Maria de Almeida; FARIA, Maria da Graça Druck de. A terceirização/subcontratação do trabalho no Brasil e sua interconexão com a saúde mental no trabalho. In: FERREIRA, Januário Justino (org.). *Saúde mental no trabalho*. Goiânia: Cir. Gráfica, 2013.

MARTINEZ, Luciano. A terceirização de 2017. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (org.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2016.

ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado* [livro eletrônico]: parte 1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VEJASP. Abril: São Paulo, 2018, 07 de dezembro. Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/cidades/seguranca-cachorro-carrefour-confissao/>. Acesso em: 29 dez. 2018.

