



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2020

**DESCARACTERIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ANTE A
IMPOSSIBILIDADE DE SUA FORMA IRRESTRITA**

EDIMEIRE GONÇALVES VIEIRA – edimeirevieira@gmail.com

ALEXANDRE RIBEIRO DA SILVA - profalexandreriroadv@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisará as relações trabalhistas de empregados terceirizados após o advento da Reforma Trabalhista, englobando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, notadamente ante o entendimento firmado pela Corte no sentido de permitir a terceirização irrestrita (Tema 725).

Também há enfoque nos aspectos que balizaram a decisão da Suprema Corte no julgamento que declarou Constitucional a terceirização de qualquer atividade.

O objetivo principal é abordar a problemática que surgiu ante a necessidade de se cumprir certos requisitos de forma a se evitar a caracterização de relação de emprego ente tomador e empregado.

Os estudos abordarão os aspectos evolutivos do assunto no Direito Brasileiro e comparado e englobará suas implicações no setor privado. Tal tema se torna relevante, sobretudo em tempos de recessão econômica em que as empresas buscam por diversos meios reduzir seus custos, encontrando na terceirização uma opção prevista em lei e chancelada pelo Judiciário.

Palavras-Chave: Terceirização, Irrestrita, Impossibilidade.

ABSTRACT

The present work will analyze the labor relations of outsourced employees after the advent of the Labor Reform, encompassing the position of the Supreme Federal Court on the subject, notably in view of the understanding made by the Court in order to allow unrestricted outsourcing (Theme 725).

There is also a focus on the aspects that guided the Supreme Court's decision in the trial that declared Constitutional the outsourcing of any activity.

The main objective is to address the problem that arose in view of the need to fulfill certain requirements in order to avoid the characterization of employment relationship between policyholder and employee.

The studies will address the evolutionary aspects of the subject in Brazilian and comparative law and will encompass its implications for the private sector. This theme becomes relevant, especially in times of economic recession when companies seek in various ways to reduce their costs, finding outsourcing an option provided by law and approved by the Judiciary.

Keywords: Outsourcing, Unrestricted, Impossibility.

INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra no Brasil foi sem dúvidas um dos grandes debates dos últimos anos, seja porque envolve diversas ações no campo jurídico, seja porque tem reflexos econômicos diretos, ocupando assim espaços tanto nos estudos relacionados ao Direito, quanto no campo da economia. Até o ano de 2017, existia certo consenso no que se diz respeito às atividades passíveis de terceirização, já que no silêncio da lei o Tribunal Superior do Trabalho se posicionou, por muitos anos, com o entendimento de que apenas seriam possíveis as terceirizações de atividades meio, entendimento exalado na Súmula 331 – TST.

Porém, adveio a Lei de Terceirização (Lei 13439/2017) permitindo a terceirização de qualquer atividade. Não bastasse, em 2018 o STF no julgamento da ADPF 324 e RE 958252 (Tema 725 - STF) se posicionou no sentido permissivo à terceirização de qualquer atividade. Tal entendimento manteve-se no julgamento da ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735 ao confirmar a Constitucionalidade da Lei nº 13429/2017, chamada Lei de Terceirização.

Diante disso, surge a indagação: seria possível a terceirização de mão de obra de forma irrestrita e sem conseqüências? Esse é o problema que trataremos durante este trabalho, afinal as leis nº 13429/2017 e 13467/2017 se por um lado abrem um leque ao permitirem a contratação para atividades fins de empresa terceirizada, por outro lado reforçam as balisas por onde devem caminhar essas contratações de forma a se evitar a caracterização da relação direta de emprego perante o tomador.

Portanto, o presente trabalho se justifica tendo em vista a pertinência do atual tratamento dado ao tema na prática. Afinal, se por um lado não cabe mais ao judiciário dizer se determinada atividade é meio ou fim e então declarar, ou não, a relação direta de emprego entre tomador e empregado, caberá a intervenção do mesmo para sentenciar se determinada situação se caracteriza ou não como relação de emprego analisando se determinados requisitos foram ou não cumpridos o que em caso negativo evidenciará relação de emprego com o contratante.

Logo, o objetivo do presente trabalho será demonstrar ao leitor a problemática acerca das definições dos critérios necessários para a terceirização da atividade fim após a Reforma Trabalhista à luz do atual posicionamento do STF sobre o tema.

Para tratar de maneira condizente, no primeiro capítulo será abordada a conceituação, os elementos da terceirização e a sua evolução histórico normativa e um

paralelo com Direito comparado. No segundo serão informados os requisitos para a terceirização, bem como será abordada a atual jurisprudência sobre o assunto, com seus respectivos fundamentos e no terceiro capítulo será tratado mais especificamente das hipóteses que descaracterizam a terceirização válida, deixando clara a impossibilidade de terceirização irrestrita, ante a necessidade de cumprimento de certos requisitos, sendo esta, portanto, a problemática debatida no presente trabalho.

Será adotada a metodologia dialética baseada em estudo de bibliografia, jurisprudência e outros recursos sobre o tema.

Para embasar nosso trabalho utilizaremos como Marco Teórico os ensinamentos trazidos pelo professor Renato Saraiva na sua obra Direito do Trabalho, bem como o suporte de outras obras consagradas de Direito Trabalhista. O estudo abordará posicionamentos diversos sobre os conceitos ligados ao assunto, trazendo o entendimento prescrito do ponto de vista legal e ratificada pela mais alta corte do Judiciário Brasileiro. Cabendo maiores discussões os aspectos práticos de tal novidade, e, sobretudo os requisitos exigidos para sua correta aplicação, evitando-se deturpações.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

Primeiramente, importante esclarecer que o que seria a terceirização, mesmo que de atividade fim. É a contratação de mão de obra, de serviço, algo feito pelas mãos ou pelo intelecto de um ou mais seres humanos. Sobre o conceito, assim ensina Sérgio Pinto Martins:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. (MARTINS, 2003, P.23)

Pode-se conceituar terceirização como a designação dada à técnica utilizada por empresas com vistas ao aperfeiçoamento das técnicas de produção por meio do repasse de atividades da empresa a outras pormenorizadamente especializadas nessas atividades.

A figura principal como não poderia deixar de ser, é o empregado, o ser humano diretamente envolvido na história Essa pessoa deverá ser empregada devidamente

registrada e cumprir todos os requisitos inerentes a relação de emprego perante a segunda figura: a empresa contratada, também chamada de terceirizada, ou prestadora.

Essa por sua vez, conforme prevê o artigo 4º B da Lei nº 6019/74 deve ser pessoa jurídica devidamente constituída e registrada nos órgãos competentes, com a função de prestadora de serviços e deverá possuir capacidade financeira, condição essa que trataremos pormenorizadamente mais adiante.

A terceira figura envolvida é o Tomador, que pode ser pessoa jurídica ou pessoa física, também chamado de contratante. A ele se destinam os serviços que serão prestados pela contratada através da utilização da mão de obra dos seus empregados.

Portanto, temos a terceirização quando uma pessoa (física ou jurídica) contrata uma empresa especializada em determinada atividade, pra realizar algo dentro do seu empreendimento. Essa atividade pode ser de natureza duradoura (serviço de vigilância, limpeza, etc.) ou temporária (viagem de escolta, pintura do estabelecimento, etc.).

Tal atividade será realizada por uma ou mais pessoas empregados da contratada a quem devem cumprimento de todos os requisitos inerentes à relação de emprego. Quanto à tomadora o mesmo deve respeito ao cumprimento do objeto do contrato celebrado entre a mesma e a contratada.

No direito Comparado nota-se a presença da terceirização em quase todos os países, variando, contudo sua intensidade. Assim, nos ensina Sergio Pinto Martins,

[...] é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende para a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. (MARTINS, 2014, p.1)

Quando se analisa paradigmas internacionais do tema, vale trazer a lições de Gabriel Veríssimo da Luz Ferreira, no artigo: A Terceirização em Âmbito do Direito Comparado com Foco no Impacto da Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho (Revista âmbito jurídico nº 167, XX - 2017) onde menciona que na Alemanha não existe legislação regulamentadora de caráter geral, dessa forma utilizam os parâmetros eventualmente previstos em legislação Civil individual. Por outro lado, Suécia e República Theca, por exemplo, adotam a terceirização irrestrita. China e Japão também são amplamente permissivos quanto ao tema, sendo comum a terceirização ampla na Oceania e na maior parte dos países americanos.

A própria Organização Internacional do Trabalho não possui nenhuma norma regulamentadora sobre o tema, todavia é contrária a precarização do trabalho e considera que a terceirização deve ser uma exceção, deixando claro que o trabalho não deve ser tratado como uma mercadoria.

Neste sentido, em 2006, na Recomendação nº 198 e novamente em 2008 na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa a organização reitera sua visão restritiva sobre o tema.

No Brasil a terceirização surgiu por volta da década de 1950, com a instalação das multinacionais no país, sobretudo, as automobilísticas que terceirizavam a confecção de peças e faziam a montagem final dos veículos. E como fatos geram normas a partir daí surgiram alguns diplomas legais tratando da temática, todavia, como não trataram de maneira exaustiva o tema nos últimos anos ouve a necessidade de se lidar com o assunto tomando por base entendimento jurisprudencial sobre o tema, até o advento da Reforma Trabalhista e seus desdobramentos que serão objeto de ulterior explanação.

O primeiro diploma legal a abordar o assunto foi a Lei nº 6019/1974, criadora do chamado Trabalho Temporário. Naquela ocasião somente era permitida a terceirização em duas ocasiões, são elas: acréscimo extraordinário de serviço e substituição de empregado regular e permanente. Todavia, os artigos 34 e 455 da CLT já traziam a previsão de empreitada e subcontratação de mão de obra que são, na verdade, espécies de terceirização:

Art. 34 - Tratando-se de serviço de profissionais de qualquer atividade, exercido por empreitada individual ou coletiva, com ou sem fiscalização da outra parte contratante, a carteira será anotada pelo respectivo sindicato profissional ou pelo representante legal de sua cooperativa.

(...)

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. (BRASIL, 1974).

No âmbito jurídico a primeira referencia é a Súmula 256 do TST que estendia um pouco o leque ao determinar a possibilidade de contratação de terceirizados também para a atividade de vigilância.

Posteriormente a Súmula 331 do TST veio a se tornar a maior referencia no Estado Brasileiro sobre o assunto e permitia a contratação em qualquer atividade meio,

ou seja, que não se referisse as atividades que tenham a tomadora por objeto. A súmula também estabelecia a responsabilidade subsidiária das tomadoras de serviços (salvo se forem da Administração Pública, ocasião em que respondem em caso de culpa) (TST, 2020, on-line):

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 131. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 31/05/2011. Lex: Súmula nº 331. Índice de Súmulas do TST. Brasília, 2011.

Finalmente em 2017 foi aprovada a PEC da terceirização, Lei 13.429/2017. Todavia, com texto lacunoso e com pouca aceitação precisou a mesma ser “retificada” com a Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista que expressamente passou a prever a possibilidade de terceirização de qualquer atividade.

Confirmando tal entendimento, agora recentemente em 2020 o STF no julgamento das ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735 declarou a constitucionalidade da Lei de Terceirização, colocando ponto final na temática da possibilidade da contratação de terceirizados para qualquer atividade (STF, 2020, on-line):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. LEI FEDERAL 13.429/2017. TRABALHO TEMPORÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIROS. 3. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-MEIO E DA ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PRECEDENTES: ADPF 324, REL. MIN. ROBERTO BARROSO, E RE-RG 958.252, REL. MIN. LUIZ FUX. 5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. A C Ó R D Ã O VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM

SESSÃO PLENÁRIA, SOB A PRESIDÊNCIA DO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI, NA CONFORMIDADE DA ATA DE JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO DIRETA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5685. Relator: Gilmar Mendes. Brasília – 20/10/2020. Lex: Portal do STF.

Todavia, o que aparentemente seria pacífico ainda é hábil a trazer discussões no mundo jurídico, pois o termo “terceirização irrestrita” não pode ser confundido com terceirização sem requisitos, pois, em que pese a terceirização de atividades meio ou fins ser possível, a mesma deve obedecer a diversos requisitos, sob pena de incidência de multa prevista no artigo 19-A da Lei 13429 de 2017 e caracterização direta de relação de emprego entre tomador e empregado. É o que se passará a tratar.

2. OS REQUISITOS ESSENCIAIS DA TERCEIRIZAÇÃO E O ATUAL POSICIONAMENTO SOBRE O ASSUNTO

Conforme já apresentado anteriormente, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é de permitir a terceirização de qualquer atividade. Diferentemente do vigorava por meio da Súmula 331 do TST, o STF em 2018 e agora em 2020 confirmou ser possível a terceirização da atividade fim na iniciativa privada.

Outrossim, além da cancela jurisprudencial há em vigor a Reforma Trabalhista que trás em texto literal a permissão à terceirização de qualquer atividade.

Em ordem cronológica, cumpre primeiro trazer em resumo da decisão dada pelo STF em 2018, eis eu trata do julgado Tema nº 725 (ADPF nº 324 e RE 958252) onde o referido Tribunal mediante exposição de relevantes motivos considerou válida a terceirização “irrestrita” como instrumento necessário à moderna dinâmica do mercado de trabalho, salvaguardada a responsabilidade da tomadora. No trecho abaixo o Tribunal expõe as inúmeras vantagens da terceirização (STF, 2018, on-line):

(i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais

de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 324. Relator: Roberto Barroso. Brasília – 06/09/2019. Lex: Portal do STF.

Novamente provocando em 16/06/2020 por meio de sessão virtual o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei 13.429, por meio do julgamento das ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735, colocando fim à tentativa de mudança e novamente reforçando a necessidade da terceirização ampla (STF, 2020, on-line):

(...) aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão freqüentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade. A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5685. Relator: Gilmar Mendes. Brasília – 20/10/2020. Lex: Portal do STF.

Logo, não se discute mais no judiciário o fato de determinado colaborador terceirizado estar exercendo atividade fim. A vedação é que ele exerça tal atividade sem que isso esteja devidamente anotado. Tal raciocínio vale quando presentes pessoalidade e a subordinação. Ambas irão descaracterizar a terceirização e formar vínculo direto entre tomador e empregado. O mesmo se diga quando comprovada a incapacidade econômica da empreiteira.

Então, não sendo mais possível se restringir a terceirização, estaremos diante, de fato, da possibilidade da terceirização irrestrita? É certo que não, afinal, já como era antes, subsiste a obrigatoriedade de obediência aos requisitos necessários à terceirização.

O primeiro requisito é a inexistência de vinculação pessoal com o trabalho a ser realizado, denominado de Impessoalidade. Assim sendo a tomadora pode exigir da contratada que determinada atividade seja realizada, mas não pode determinar por quem será feita. Para melhor elucidar o tema trataremos do conceito de pessoalidade, ensinado por Renato Saraiva:

O serviço tem de ser executado pessoalmente pelo empregado, que não poderá ser substituído por outro.

O contrato de empregado é *intuitu personae* em relação ao empregado. A relação de emprego, no que atine ao obreiro, reveste-se de caráter de infungibilidade, devendo o laborante executar os serviços pessoalmente. (SARAIVA, 2008, p. 75):

Então, pode - se entender que a impessoalidade implica no exercício de tarefa revestida de infungibilidade e como já dita, o tomador pode apenas exigir que seja feita, mas sem determinar por quem (empregado). Se uma empresa, por exemplo, é contratada para a execução de serviços de limpeza, o tomador pode exigir que estejam presentes tantos funcionários conforme o contratado, mas nada impede que a terceirizada em um dia mande A, B e C e no outro mande C, D e E. Sob pena de ficar caracterizada a impessoalidade que pode gerar por consequência, relação de emprego entre ela e o empregado da contratada. Afinal, o que pode se exigir é que estejam disponíveis tantos empregados quantos foram contratados, podendo se dizer que se contrata números e não pessoas.

O segundo requisito essencial é que não haja subordinação entre o empregado e a tomadora. Necessariamente, para entendermos melhor, se faz necessário saber o que é subordinação, para isso nos valem das palavras de Renato Saraiva:

Em função do contrato de emprego celebrado, passa o obreiro a ser subordinado juridicamente ao patrão, devendo o trabalho acatar as ordens e determinações emanada, nascendo para o empregador, inclusive, a possibilidade de aplicar penalidades ao empregado (advertências, suspensão disciplinar e dispensa por justa causa), em caso de cometimento de falta ou descumprimento das ordens emitidas. (SARAIVA, 2008, p.76):

Portanto, não pode o tomador se vestir dos poderes inerentes ao empregador e querer exercer suas faculdades de cobrar, punir, etc. Sua relação é mais de natureza civil que trabalhista e em relação à contratada e não em relação ao empregado. Assim, não pode dar ordens ou punir o empregado da contratada, mas pode reportar a essa eventuais descumprimentos de tarefas por parte do empregado que podem afetar a relação entre as duas, como multas, rescisão contratual etc. Sobre o tema, escreve Carlos Eduardo Amaral de Souza e Gabriel Junqueira:

“Em seu § 1, a lei prevê que "a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços", ficando bem claro o objetivo de impedir que a empresa contratante (tomadora de serviços)

interfira de modo direto nos serviços executados pela empresa terceirizada, bem como remunerar diretamente o emprego terceirizado pelos serviços prestados.” (AMARAL DE SOUZA; JUNQUEIRA, 2018, n.p.)

Por exemplo, se a tomadora contratou com a terceirizada o serviço de limpeza deve exigir que mesmo seja feita de maneira correta seguindo os parâmetros da tomadora. Logo a responsabilidade pela execução da tarefa deve ser cobrada da contratante e não do empregado que se apresenta no local combinado.

O terceiro critério, de natureza econômica, é que a terceirizada possua capacidade econômica suficiente para suportar os encargos assumidos. A Lei nº 13 467/17 (Reforma Trabalhista) alterou o artigo 4º - A da lei nº 6019/74 que passou então a determinar que a prestadora possua capacidade econômica compatível com a sua execução:

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, 1974)

Do contrário, o contrato de terceirização poderá ser considerado nulo. O artigo 4º - B da lei ao trazer os requisitos formais que deve cumprir a prestadora prescreve que a mesma deve ter capital social compatível com o número de empregados:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

- I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- II - registro na Junta Comercial
- III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:
 - a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
 - b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
 - c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
 - d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);
 - e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais. (BRASIL, 1974)

O objetivo da previsão legislativa é trazer mais segurança ao empregado, evitando-se a precarização da mão de obra. Uma vez constatado que a prestadora não cumpre os requisitos previstos no artigo transcrito acima, ocorre o disposto no art. 9 da

CLT – intermediação ilícita de mão de obra, podendo ensejar multa e caracterizar relação direta de trabalho entre Empregado e Tomador.

Portanto, o contrato pré-celebrado entre tomadora e empreiteira deve ser seguido à risca, sendo o mesmo, inclusive, um dos requisitos legais para a validade da terceirização. Assim, sendo é dever das três partes envolvidas zelarem para o restrito cumprimento do que fora previamente pactuado.

3. HIPÓTESES QUE DESCARACTERIZAM A TERCEIRIZAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Nem todas as pessoas sabem bem o que a terceirização significa e as possíveis consequências de sua má utilização. Tal conduta gera consequências para a relação triangular existente. Todavia, caberá ao empregado fazer prova da mesma. Nesse sentido é o que prevê o artigo 818 da CLT:

Artigo 818 - O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

A descaracterização da terceirização ocorre quando se descumpre os requisitos exigidos para a efetivação da mesma. Assim, ocorrendo a pessoalidade, a subordinação ou se por ventura for comprovada a incapacidade econômica da prestadora estaremos diante da descaracterização da terceirização. Ocorre que existe outra conduta que se tomada pela contratante enseja a mesma consequência, qual seja: o desvio de finalidade. Sobre essa forma de utilização indevida da terceirização prescreve o artigo 5º - A, §1º da Lei 13429/2017:

(...) § 1º é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (BRASIL, 2017).

Essa situação se figura necessária de esclarecimentos, por ser a mais corriqueira. Veja que se pode terceirizar atividade fim, mas não é possível simplesmente destinar colaborador terceirizado contratado para uma atividade meio para execução de uma atividade fim, pois o objeto do contrato tem que ser totalmente respeitado. Isso exige

contrato específico prevendo a prestação de tal serviço pela contratada à tomadora. Além, de exigir a correta anotação da atividade exercida pelo trabalhador em sua CTPS.

Nesse ponto, entramos no cerne da questão abordada no presente trabalho. Pois, como já dito, atualmente é permitida a terceirização de qualquer atividade no setor privado, então não há que se falar em responsabilidade da tomadora quando se utiliza de um terceirizado em atividades fins.

Porém, está longe de se dizer que se trata de uma abertura totalmente irrestrita a inovação legal que permitiu a terceirização de atividade fim. Conforme o julgado do STF abaixo transcrito poderá ocorrer à terceirização, desde que respeitados os parâmetros previstos na própria Lei de Terceirização (Lei 13.429/2017):

Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego. (BRASIL, 2018).

3.1 – Consequências da Terceirização Ilegal

Uma vez que resta claro que não se discute mais a possibilidade de terceirização de qualquer atividade na iniciativa privada, e que de fato o que se discute no presente

trabalho são as situações que descaracterizam a terceirização, em função do descumprimento dos seus requisitos ensejadores se faz necessário esclarecer quais são as conseqüências de tal conduta. Nesse sentido, vale trazer a Jurisprudência abaixo (TRT 24ª Região, 2020):

AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA, CPC/1973. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ILICITUDE. Constatado possível equívoco na decisão agravada, dá-se provimento ao agravo para determinar o reexame do recurso de revista quanto ao tema em epígrafe. RECURSO DE REVISTA. CPC/1973. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. FRAUDE. SUBORDINAÇÃO DIRETA AO TOMADOR DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT. HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELO TEMA Nº 725 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Não obstante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o caso dos autos revela distinção capaz de afastar a tese fixada no Tema nº 725 de repercussão geral, considerando que o fundamento da decisão regional foi não apenas a impossibilidade de se terceirizar atividade-fim, mas também a constatação de que o autor era subordinado jurídica e hierarquicamente ao tomador de serviços, fato que atrai a disciplina dos artigos 20,30, e 9º da CLT. Recurso de revista não conhecido BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. RR nº 24086-73.2016.5.24.0004. Relatora: Dora Maria da Costa. Campo Grande 24/04/2019. Lex: Jurisprudência em Revista.

Como se vê, no Julgado transcrito acima, a caracterização de relação direta de emprego entre a empresa tomadora e o empregado surgiu não porque o mesmo estava exercendo atividade principal da empresa, mas sim porque ficou comprovada a existência de subordinação direta (diferente de subordinação estrutural). O descumprimento dos requisitos necessários à terceirização nada mais são do que uma tentativa de desvirtuar, criar empecilho ou fraudar normas protetivas do trabalhador, tais atos geram a nulidade do contrato, nesse sentido é o que prevê o artigo 9º da CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL, 1943).

Basicamente temos como conseqüências oriundas da descaracterização da terceirização a formação de vínculo direto entre o empregado da contratada e o tomador de serviços, conforme prevê a Súmula do TST já transcrita anteriormente. Outrossim, vale ressaltar que para fatos ocorridos após o advento da Lei de Terceirização é cabível também a aplicação de multa aos infratores, conforme preceitua o artigo 19 da lei 6.019/74.

CONCLUSÃO

A terceirização é sem dúvida, um importante instrumento que vem dinamizar o mercado de trabalho no Século XXI. Acompanhando a revolução tecnológica que troca mão de obra por máquinas a terceirização vem trocar a mão de obra genérica por uma mais especializada, proporcionando maior competitividade empresarial.

É uma tendência do mercado de trabalho global a contratação de serviços por meio de prestadores de forma a dinamizar o trabalho e diminuir custos. Conforme bem escreve o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735 a prova de que o mercado mundial passa por profunda transformação é o fato de que a maior prestadora de serviço de transporte do mundo não possui nenhum carro e a maior empresa de hospedagem não é proprietária de nenhum apartamento, referindo-se respectivamente à Uber e a BeB.

Todavia, como já dito a terceirização não pode implicar em precarização da mão de obra. Deve ser um instrumento que favorece os custos da empresa sem deixar de lado as garantias do trabalhador. Nesse sentido, a terceirização deve seguir a risca as normativas existentes, especialmente por se tratar de situação incomum à regra.

Notadamente, deve-se observar que não podemos usar o termo terceirização irrestrita, pois tal expressão transmite a idéia de algo sem qualquer limitação, contudo, como já dito, a previsão incluída pela Lei de Terceirização não faz distinção entre atividade meio e fim, mas prescreve os limites para sua ocorrência sob pena de multa e a jurisprudência prevê também a caracterização de relação direta de emprego entre tomador e empregado quando descumpridos os requisitos.

Assim, a função dos terceirizados deve corresponder ao objeto do contrato entre a tomadora e a prestadora. Logo se a empresa A contrata a empresa B para prestar serviços de limpeza do estabelecimento, os trabalhadores dessa terão compromisso com a limpeza, sendo descabido, por exemplo, ao tomador solicitar que algum dos mesmos fique por conta de serviços de recepção ou servir “coffee break”. Todavia, se o objeto do contrato comportar mais de uma atividade será possível a migração que deverá ser promovida pela empresa contratada mediante anotação na CTPS do empregado.

Correto então dizer que a terceirização não serve como fuga para a tomadora que busca burlar Lei, haja vista que esse instituto não impede a caracterização de vínculo

direto - relação direta de emprego - entre o empregado e a mesma, quando não respeitado os requisitos.

Portanto, devemos nos atentar para o fato que não se pode mais acessar o judiciário buscando denunciar uma terceirização de atividade fim. Todavia, permanece o constitucional direito de acesso pra questionar a ocorrência do descumprimento dos requisitos necessários ao correto funcionamento da terceirização, bem como para peticionar relativamente à ocorrência do desvio de finalidade. Afinal, o Judiciário deve estar sempre disponível para evitar a precarização da mão de obra.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL DE SOUZA C. E. e JUNQUEIRA, G., **Terceirização Irrestrita: Efeitos da Decisão do STF**. Migalhas, set/2018. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/286899/terceirizacao-irrestrita-efeitos-da-decisao-do-stf>> Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Lei 5452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Planalto, Rio de Janeiro, mai/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 6019, de 03 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências**. Planalto, Brasília, jan/1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 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**. Planalto, Brasília, mar/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 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**. Planalto, Brasília, jul/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 724. **Portal do STF**. Brasília, 2018. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TCC&tese=5900>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 958252. **Portal do STF**. Brasília, 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5685. **Portal do STF**. Brasília, 2020. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5163507>>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. RR nº 24086-73.2016.5.24.0004. **Jurisprudência em Revista**. Campo Grande, 2019. Disponível em: < <http://www.trt24.gov.br/documents/20182/1486732/07+-+ABRIL+-+16+a+30.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. **Índice de Súmulas do TST**. Brasília, 1986. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. **Índice de Súmulas do TST**. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 10 out. 2020.

FERREIRA, G. V. L., **A Terceirização em Âmbito do Direito Comparado com Foco no Impacto da Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho**, Âmbito jurídico, nº 167, XX – dez/2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-167/a-terceirizacao-em-ambito-do-direito-comparado-com-foco-no-impacto-da-aplicacao-das-normas-internacionais-do-trabalho/>> Acesso em: 08 out. 2020.

MARTINS, Pinto Sérgio, **Fundamentos de Direito Processual do Trabalho**, 5ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003.

MARTINS, Pinto Sérgio, **Fundamentos de Direito Processual do Trabalho**, 5ª Ed., São Paulo, Atlas, 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Recomendação nº 198. **Recomendação OIT 198 – Relativa à Relação de Trabalho**. Legistrab. Genebra, 2006. Disponível em: < <https://www.legistrab.com.br/recomendacao-oit-198-relativa-a-relacao-de-trabalho/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

SARAIVA, Renato, **Direito do Trabalho Versão Universitária**, 2ª Ed., São Paulo, Método, 2008.