CAPÍTULO 5

TERCEIRIZAR ATIVIDADE-FIM É ALUGAR TRABALHADOR

Vanessa Patriota da Fonseca[1]

1 INTRODUÇÃO

A terceirização teve origem na administração com o regime de acumulação de capital pós-fordista e o objetivo de melhorar a produtividade das empresas ao propor o repasse para terceiros de suas atividades periféricas e o foco nas atividades inerentes ao seu objeto social, com vistas à racionalização das operações.

No Brasil, entretanto, iniciou-se um processo de contratação de mão de obra por meio de terceiros para laborar nas atividades essenciais da empresa tomadora de serviços, desvirtuando o instituto mencionado. Nesse processo, não há repasse das atividades finalísticas para terceiros. Repassa-se apenas a contratação do trabalhador. Terceirizar atividade-fim não é terceirizar. É intermediar mão de obra.

Este estudo trata dos equívocos conceituais que giram em torno da terceirização e objetiva apresentar os prejuízos causados aos trabalhadores pela intermediação de mão de obra, com a discussão de casos práticos. Ainda, analisa as possíveis consequências que a Lei nº 13.429 e a Lei nº 13.467, ambas de 2017, podem apresentar.

2 OS CONTORNOS DA TERCEIRIZAÇÃO E OS EQUÍVOCOS CONCEITUAIS

A terceirização teve origem na administração com o regime de acumulação de capital pós-fordista e o objetivo de melhorar a produtividade das empresas ao propor a racionalização de suas operações. Partiu-se da premissa de que, focando nas atividades diretamente relacionadas ao seu objeto social e repassando para terceiros as atividades periféricas, sobre as quais não detêm *know how*, as empresas otimizariam a sua produção. É a ideia de empresa enxuta.

A título de exemplo, podemos citar o caso de uma fábrica de brinquedos que decide fornecer almoço para seus empregados. A empresa se propôs a fabricar brinquedos e possui conhecimento sobre esse processo produtivo. Mas não tem *know how* na fabricação de refeições, e decide repassar o serviço a uma empresa

1. Procuradora do trabalho do Ministério Público do Trabalho (MPT). Vice-Coordenadora Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret)/MPT. Currículo: <http://www.prt6.mpt.mp.br/procuradorias/ptm-petrolina/procuradores-ptm-petrolina>.

especializada no assunto, que vai conduzir todo o processo produtivo com os seus próprios empregados e meios de produção.

Como principal vantagem, a terceirização permite que a tomadora de serviços se dedique apenas à atividade para a qual foi constituída e nela se aprimore. Por isso, a terceirização é um contrato de prestação de serviços firmado entre duas empresas que acordam o fornecimento de dado produto, e não um contrato de fornecimento de mão de obra. Trata-se da contratação de serviços, e não de trabalhadores.

No Brasil, entretanto, iniciou-se um processo de contratação de mão de obra por meio de terceiros para laborar nas atividades essenciais da empresa tomadora de serviços, como o caso da linha de produção da fábrica de brinquedos, que dirigirá a prestação do serviço, uma vez que detém o conhecimento sobre o processo produtivo.

Ilustrando, seria como se o proprietário da fábrica de brinquedos pedisse à prestadora de serviços que, de forma semelhante ao aluguel de uma máquina que possa lhe ser posta à disposição em troca de pagamento pelo uso, coloque-lhe à disposição trabalhadores em troca de uma remuneração pela locação ou intermediação da mão de obra – reduzindo o trabalhador a coisa. Se não bastasse o aspecto imoral da locação, ela só pode ser viável com a sonegação de direitos, como se verá adiante.

Com essa ilustração, pretendemos evidenciar que não há repasse para terceiros daquilo que a empresa sabe fazer – de sua atividade finalística. Ela repassa apenas a contratação do trabalhador. Terceirizar atividade-fim não é terceirizar. É intermediar mão de obra, *merchandage*. É alugar ser humano, o que é repudiado em todos os cantos do planeta. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) não aceita a *merchandage*, como ficou explícito na Declaração de Filadélfia, pois o homem não é mercadoria.

No mesmo sentido, para Beltran, terceirização "É, pois, um processo de transferência, para terceiros especializados, que têm a incumbência da realização de atividades acessórias ou de apoio, liberando a empresa tomadora para maior aperfeiçoamento e concentração em sua atividade-fim" (Beltran, 1997, pp.494).

Maurício Godinho Delgado não pensa diferente:

> Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial econômico. São, portanto, as atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (Delgado, 2004, pp.440-441).

Todavia, é cristalino que a fraude na terceirização se proliferou nos últimos tempos no país. Assim, da acepção inicial, restrita aos serviços especializados, passou-se, numa interpretação equivocada, a partir de paradigmas puramente

econômicos, à extensão a todas as atividades, inclusive finalísticas, e, nesse caso, convertendo-se em mera locação ou intermediação de mão de obra.

A intermediação de mão de obra leva, inevitavelmente, à sonegação de direitos trabalhistas, como dito. O raciocínio é muito simples. Se a nossa fábrica de brinquedos contratar diretamente os trabalhadores que laboram em sua linha de produção, nos seus custos estarão inseridos remuneração, benefícios e impostos. Caso ela contrate tais trabalhadores através de terceiros, ela incluirá nos custos, também, o lucro da empresa contratada. Assim, a legítima terceirização implica, em primeiro plano, aumento de custos diante da dificuldade operacional da tomadora de serviços de realizar diretamente a atividade.

Portanto, a terceirização se justifica apenas quando são repassados para terceiros serviços que a contratante não sabe desenvolver. Tal opção é uma decisão em prol da especialização, e não da redução direta de custos. A redução de custos pode ocorrer indiretamente como consequência de a tomadora de serviços focar seus esforços nas suas atividades finalísticas e reduzir prejuízos com operações que ela não sabe desenvolver adequadamente. É o caso do fornecimento de refeições para os empregados da fábrica de brinquedos, como já mencionado.

A contratação de trabalhadores por meio de terceiros para desenvolver atividades finalísticas da contratante só pode implicar diminuição de custos se a contratada não investir em prevenção de acidentes e em equipamentos de proteção coletiva e individual, pagar salários menores, não pagar horas extras, não depositar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), deixar de conceder os intervalos para descanso para que o trabalhador labore mais etc. A tomadora de serviços arca com o lucro da terceirizada, mas, com a redução de salários e benefícios, a contratação finda sendo vantajosa para ela. Do contrário, a conta não fecharia. Que vantagem teria a fábrica em contratar um trabalhador por meio de terceiros para fazer o serviço que ela sabe como deve ser feito?

Não é outra coisa senão sonegação de direitos e precarização do trabalho que o MPT constata nas suas inúmeras investigações, em que fica evidente a contratação de trabalhadores através de empresas interpostas para o desenvolvimento de atividades essenciais da tomadora de serviços.

3 O DESMONTE DO DIREITO DO TRABALHO: UM ESTUDO DE CASO

As provas colhidas nos inquéritos civis públicos do MPT vão ao encontro de estudo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), segundo o qual o trabalhador terceirizado, em dezembro de 2013, recebia cerca de 24,7% menos que o trabalhador diretamente contratado; tinha uma jornada

de trabalho de cerca de três horas a mais por semana, sem contar as horas extras e banco de horas; e contava um tempo de permanência de três anos menos na empresa aproximadamente. Além disso, de cada dez acidentes fatais, oito acontecem com terceirizados. Tal estudo não separa a terceirização lícita da intermediação de mão de obra, estando nele abrangidos os trabalhadores que laboram tanto na atividade finalística quanto em atividade-meio das tomadoras de serviços (CUT, 2014).

As consequências da intermediação de mão de obra são as mais nefastas possíveis. Iniciam-se pela redução de salários e benefícios, posto que as tomadoras de serviço que repassam a terceiros a contratação de trabalhadores são aquelas que têm de obedecer a normas coletivas que estabelecem patamares salariais e benefícios maiores. Podemos citar o caso de uma instituição financeira, atrelada à convenção coletiva dos bancários, que estabelece melhores patamares salariais e mais benefícios, repassando a contratação do trabalhador que irá desenvolver todo o trabalho de atendimento e orientação do cliente por telefone para uma empresa de *telemarketing*, cujo sindicato profissional não conseguiu emplacar as mesmas conquistas, inclusive o mesmo nível remuneratório.

Não se deve olvidar que os prejuízos à classe trabalhadora vão muito além, a saber:

- criam-se duas espécies de trabalhadores: os que têm mais direitos e os que têm menos direitos, muitas vezes, convivendo em um mesmo ambiente de trabalho. Exsurge um terreno fértil para assédio moral, discriminação, sensação de injustiça, insatisfação;
- o poder de barganha dos trabalhadores é afetado pela fragmentação da categoria em diferentes sindicatos;
- a cota de contratação de pessoas com deficiência e beneficiários reabilitados, prevista no art. 93 da Lei nº 8.213 de 1991, é reduzida, podendo até mesmo ser dispensada. Isso porque, segundo tal dispositivo legal, a cota é calculada com base no total de empregados da empresa. Com cem ou mais empregados é obrigatória a contratação. Caso o total de empregados seja diminuído com o repasse para terceiros da contratação de parte dos trabalhadores, a base de cálculo será afetada, implicando prejuízo a milhares de pessoas que estão alijadas do mercado de trabalho por fatores como discriminação e falta de informação dos empregadores;
- a cota de contratação de aprendizes, prevista no art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelos mesmos motivos, será afetada, em prejuízo a milhões de jovens que estão fora do mercado de trabalho por falta de experiência prática;

- o número de integrantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa) será reduzido, uma vez que sua base de cálculo é o número de empregados da empresa, ao sabor da Norma Regulamentadora nº 5 do Ministério do Trabalho (MTB); e
- o número de componentes do Serviço Especializado em Medicina e Segurança do Trabalho (SESMT) também será reduzido, pois é igualmente calculado com base no total de empregados. É esse total que definirá se é preciso contratar médico do trabalho, técnico de segurança do trabalho, engenheiro de segurança do trabalho etc., conforme dispõe a Norma Regulamentadora nº 4 do MTB.

Dessa forma, embora no ambiente laboral permaneça a mesma quantidade de trabalhadores, aqueles contratados por terceiros não compõem a base de cálculo da Cipa e do SESMT, prejudicando a fiscalização do cumprimento de normas de segurança e saúde no trabalho e favorecendo o aumento dos índices de acidentes.

Ademais, em 25 de março de 2017, a Fundação Jorge Duprat e Figueiredo (Fundacentro), durante um congresso por ela promovido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), citou um estudo que apontou que 82% dos trabalhadores encontrados em situação análoga à de escravo eram terceirizados (Oliveira, 2015).

O elevado número de acidentes de trabalho decorrentes da terceirização ilícita é uma das razões por que o MPT elaborou e implementou o Projeto Alta Tensão, cujo objetivo é combater a precarização do trabalho fruto da intermediação de mão de obra em empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica.

Já foram instaurados procedimentos investigatórios contra 62 empresas do ramo no país. Constatada a ilicitude, uma parte das empresas firmou Termo de Ajuste de Conduta perante o órgão ministerial obrigando-se a primarizar a contratação de inúmeros trabalhadores. Outras recusaram a proposta de regularização da situação, e foram acionadas judicialmente. Por fim, há as que ainda estão sob investigação. Do total de 41 ações civis públicas ajuizadas pelo MPT, foi reconhecida a ilicitude da terceirização, com a procedência dos pedidos do órgão ministerial, em 80,48% dos casos. Em 14,65% dos casos, foi firmado acordo judicial por meio dos quais as rés se obrigaram a pôr fim à ilicitude. Apenas no caso de duas empresas os pedidos do *Parquet* foram julgados improcedentes – 4,87% (Fonseca, 2016).

Os "terceirizados" das empresas de geração e distribuição de energia elétrica, em sua maioria eletricistas e ajudantes de eletricista, estavam laborando em atividades como leitura de consumo em medidores de energia elétrica; corte, ligação e religação de energia; cadastramento da rede de iluminação pública e unidades consumidoras; serviços de manutenção relativos à normalização do fornecimento de energia elétrica; projetos e construção de redes de distribuição urbanas e rurais;

manutenção em linhas de transmissão; identificação, notificação e regularização de ligações clandestinas; inspeção em unidades consumidoras e outros.

Observou-se que muitas das concessionárias de energia elétrica expandiram a sua rede de usuários ao mesmo tempo que diminuíram a quantidade de trabalhadores diretamente contratados e aumentaram o número de "terceirizados". Em um dos casos, processo nº 0001554-25.2011.06.0023, a proporção dos terceirizados passou de 30% do total de trabalhadores, em 1997, para cerca de 60% em 2000, chegando a ultrapassar os 75% de toda a mão de obra contratada pela empresa em 2010. Entre os que trabalhavam diretamente no sistema de distribuição de energia elétrica exercendo a função de eletricista ou ajudante de eletricista, apenas 15% era diretamente contratado pela concessionária.

No caso em comento, a tomadora de serviços, embora tenha repassado a contratação de trabalhadores a terceiros, continuou estabelecendo metas de produtividade para os terceirizados, inclusive para eletricistas que desenvolviam atividade perigosa. E essas metas são difíceis de ser atingidas – o que aumenta a pressão em cima dos trabalhadores. A pressa faz que o trabalhador se descuide dos procedimentos de segurança, aumentando o risco da atividade. Ademais, a situação se agrava pela fadiga, pois os eletricistas precisam percorrer grandes distâncias, subir em postes e escadas, quer chova quer faça sol, com a utilização de pesados equipamentos de proteção individual e laborando em jornadas excessivas, até mesmo exaustivas.

A análise dos registros eletrônicos do banco de dados da concessionária demonstrou absurdos excessos de jornadas dos eletricistas intermediados por terceiros, entre eles, o trabalho em jornadas superiores a dez horas e a doze horas em milhares de ocorrências nos anos de 2009 e 2010; constatou o trabalho em jornadas exaustivas, acima de vinte horas, em 225 ocorrências em 2010; e, ainda, verificou-se o trabalho sem concessão de intervalo para refeição em 31.172 ocorrências em 2009 e em 49.765 ocorrências em 2010, algumas vezes em jornada superior a doze horas.

Observou-se a existência de alojamentos precários, onde dormiam trabalhadores intermediados que laboravam na construção e na expansão de rede no interior do estado. Esses trabalhadores chegavam a permanecer 26 dias seguidos trabalhando sem folga semanal, só retornando às suas residências uma vez por mês para um descanso de quatro dias. Sequer possuíam local para refeições e local adequado para armazenamento de alimentos, tendo sido verificado o uso de marmitas danificadas e acondicionadas em local impróprio, em geral nas cabines dos veículos, sob o calor do sol, prejudicando a conservação dos alimentos ali guardados por várias horas. Foram constatados alojamentos sem janela e sem ventilação; camas sem colchão ou com colchões danificados e mofados. Portanto, é de clareza solar

que tais trabalhadores contratados por terceiros se encontravam em condições análogas à de escravo.

Nesse sentido, dispõe o Código Penal:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

O tipo penal alude a jornadas exaustivas. É certo que tal conceito é um tanto quanto subjetivo, mas, no afã de delimitar o que está nele compreendido, é preciso ponderar, por um lado, que, por razões óbvias, alguns trabalhos levam à exaustão mais rapidamente que outros. O trabalho no subsolo de mineradoras, evidentemente, é mais desgastante do que o trabalho desenvolvido em uma pequena loja de um shopping center pouco frequentado. Sendo assim, se faz mister perquirir a respeito das condições em que o trabalho está sendo desenvolvido. Por outro lado, é imperioso aferir a intensidade com que se extrapola a jornada além do limite que o legislador, amparado por estudos na área de saúde, entendeu como suportável para ao trabalhador.

Ciente de que o art. 58 da CLT estipula como jornada normal de trabalho aquela que dura no máximo oito horas por dia; como jornada extraordinária admissível a que acresce às oito horas mais duas; e como jornada extraordinária suportável, mas admissível apenas no caso de necessidade imperiosa, para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, aquela que se estende até doze horas de trabalho no dia, pode-se supor, como dedução lógica, que trabalhar acima desse limite tende a levar o trabalhador à exaustão. Acrescendo-se a esse quadro o fato de o labor ocorrer em atividade perigosa, na qual se exige mais atenção e cuja carga de tensão e estresse é elevada em função do risco e do consequente temor de acidentes, não restam dúvidas de que laborar acima de doze horas por dia, em vários dias do mês, mormente sem equipamentos de proteção individual, em condições satisfatórias, dormindo em alojamentos precários, alimentando-se mal e buscando atingir altas metas de produtividade caracterize a jornada exaustiva, atraindo o tipo penal aludido. Se isso não caracteriza a jornada exaustiva, a que estaria se referindo o art. 149 do Código Penal?

Para tornar o quadro ainda mais gravoso, foi constatada a substituição ilegal de eletricistas por ajudantes de eletricista, a ausência de treinamento para vários trabalhadores e a existência de eletricista analfabeto – o que é proibido pela Norma Regulamentadora nº 10 do Ministério do Trabalho (MTB).

A análise de dados extraídos de documentos da empresa ou obtidos no *site* da Fundação Comitê de Gestão Empresarial (Coge)[2] demonstrou que o índice de acidentes de trabalho é maior entre os trabalhadores contratados por empresas interpostas em relação àqueles diretamente contratados pela concessionária e que os acidentes mais graves ocorrem com maior frequência entre os terceirizados.

Restou evidenciado que, embora a contratação dos trabalhadores tenha sido transferida para outras empresas, a concessionária de energia elétrica possuía conhecimento de todas as irregularidades por elas praticadas, já que controlava a jornada de trabalho dos empregados intermediados; formatava a rotina de trabalho e os procedimentos operacionais; interferia na seleção de empregados; determinava a dispensa de trabalhadores que não mais lhe interessavam; fornecia grande parte dos materiais e equipamentos utilizados pelas empresas contratadas (veículos, computadores, impressoras e monitores colocados nos estabelecimentos das contratadas, nos quais estavam instalados sistemas informatizados da tomadora de serviços etc.); estabelecia quantos empregados deviam compor cada equipe; elaborava os sistemas informatizados utilizados pelas prestadoras de serviço; fiscalizava os trabalhos; controlava o tempo gasto nas tarefas; e mantinha o cadastro de todos os trabalhadores intermediados.

Causa espanto as diferenças nas condições de trabalho dos empregados diretamente contratados pela concessionária e daqueles contratados por terceiros. Os terceirizados trabalhavam em jornadas mais elevadas, recebiam menores salários, tinham mais descansos suprimidos e utilizavam veículos em piores condições (com pneus absolutamente carecas e estofados abertos e com molas expostas), às vezes, sem manutenção, faltando instrumentos e equipamentos de proteção adequados, sem água potável suficiente, carregando peso em excesso; além disso, muitas vezes, não gozavam de férias.

No que tange aos salários e benefícios, os recebidos pelos trabalhadores diretamente contratados eram significativamente maiores que os recebidos pelos terceirizados, posto que os acordos coletivos firmados pela concessionária com o Sindicato dos Urbanitários estabelecia patamares civilizatórios mais elevados: além de piso salarial maior, previa participação nos lucros e resultados, férias com adicional de 50% além do terço constitucional, garantia de emprego para quem tinha mais de cinco anos de serviço e estava há 24 meses da aposentadoria, plano de saúde, custeio integral da assistência médico-hospitalar para acidentados, indenização por acidente de trabalho em caso de morte ou invalidez, auxílio funeral e redução do percentual de desconto do vale-transporte, vale-alimentação e transporte noturno.

2. Entidade de direito privado que atua na promoção e no aprimoramento da gestão empresarial e técnica do setor elétrico por meio de atividades de pesquisa, ensino, consultoria e desenvolvimento institucional, da qual participam todas as distribuidoras de energia elétrica do país.

A análise desse e de inúmeros outros casos investigados pelo MPT revela, com nitidez, que a intermediação de mão de obra fere de morte o direito à vida com saúde, à não discriminação, ao pleno emprego e, consequentemente, atinge a dignidade do trabalhador, pilar sobre o qual se alicerça o Estado constitucional e do qual se irradiam todos os demais direitos fundamentais. No caso, em vez de o trabalho dignificar o homem, reduzia-o à condição de coisa.

4 A INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA E A PIRÂMIDE DAS NORMAS

Ferindo de morte a dignidade do trabalhador, como demonstrado claramente, a intermediação de mão de obra afronta princípios do direito internacional do trabalho proclamados quando da criação da OIT, em 1919, tais como a justiça social e a proteção do trabalhador.

A Declaração da Filadélfia, de 1944, adotada pela OIT como anexo à sua constituição, também tem seus princípios atingidos, entre eles, o de que trabalho não é mercadoria.

É igualmente atingido o princípio do não retrocesso social, prescrito pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador"), tendo em vista a precarização do trabalho.

No plano interno, é feita vista grossa a vários princípios constitucionais, tais como da dignidade (art. 1º, inciso III), do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), da não discriminação (art. 5º, *caput*), da progressividade dos direitos trabalhistas (art. 7º, *caput*), da valorização do trabalho humano (art. 170), entre outros.

A legislação infraconstitucional também é atingida, abalando os pilares sobre os quais é erguida toda a CLT, a saber, os arts. 2º e 3º, que conceituam o que vem a ser empregador e empregado: o primeiro, aquele que dirige a prestação pessoal de serviço em função dos riscos da atividade econômica que assumiu; o segundo, aquele que presta serviço de natureza não eventual ao empregador, sob sua dependência, em sentido amplo, e mediante salário.

E não se diga que tais artigos podem ser alterados por norma de hierarquia superior, como a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), de modo a precarizar a relação trabalhista e a afastar direitos dos trabalhadores, posto que tal alteração violaria o princípio da proibição do retrocesso social, anteriormente mencionado, e afetaria cláusula pétrea da CF/1988, como a que estabelece a relação de emprego protegida (art. 7º, inciso I).

Assim como essas lesões trabalhistas têm a aptidão de criar um padrão social negativo que vai se alastrando por toda a sociedade, de um setor para outro da atividade econômica, elas também têm a capacidade de afetar a pirâmide das normas

na integralidade. Cabe, portanto, aos órgãos que compõem o sistema de garantias trabalhista, como o Ministério Público (MP) e o Poder Judiciário, frearem essa avalanche que pretende derrubar a pirâmide.

Ocorre que, na contramão do combate à fraude na terceirização e, portanto, do combate à sonegação de direitos através da intermediação de mão de obra, os poderes Legislativo e Executivo propuseram legitimar, com a edição de lei, a precarização do trabalho.

5 ANÁLISE DA LEI Nº 6.019/1974 COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.429/2017 E PELA LEI Nº 13.467/2017

Em meio a uma pauta precarizante, em que se discutiam a reforma da Previdência, a reforma trabalhista, a alteração do conceito de trabalho escravo, entre outros assuntos que afetam negativamente direitos sociais, a Câmara dos Deputados ressuscitou o Projeto de Lei (PL) nº 4.302/1998, de autoria do Poder Executivo à época do governo Fernando Henrique Cardoso, apesar de o próprio Poder Executivo, em 2003, durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, ter solicitado a sua retirada.

Além de ir de encontro ao pedido do Executivo, autor do projeto, o texto foi encaminhado às pressas para votação, denotando atitude antidemocrática, uma vez que desrespeitou o processo de discussão com a sociedade e com diversos atores sociais. Aprovado, foi, na sequência, sancionado pelo presidente Michel Temer e convertido na Lei nº 13.429/2017, tudo sob o argumento de que se pretendia modernizar, gerar empregos e reduzir a insegurança jurídica. Mas tais argumentos são falaciosos, como se demonstrará. Primeiramente, no entanto, cabe a análise da referida lei.

De início, importa observar que os defensores da nova lei divulgaram amplamente que o seu objetivo era viabilizar o que vem sendo chamado de "terceirização sem limites" – aquela que supostamente englobaria tanto as atividades-meio quanto as atividades finalísticas das empresas tomadoras de serviço. A aprovação e a sanção se deram com tal intenção. Ocorre que, ao que parece, os porta-vozes da terceirização sem limites não se debruçaram suficientemente sobre o texto que estavam aprovando – texto esse, inclusive, permeado de inconsistências teóricas e obscuridades. Vejamos.

A Lei nº 13.429/2017 altera dispositivos da Lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e inclui dispositivos sobre a prestação de serviços a terceiros. Em relação ao trabalho temporário, entre as alterações apresentadas, observam-se: *i*) a ampliação dos motivos justificadores de tal sorte de contrato para abarcar a demanda complementar de serviços que, nos termos do art. 2º, §2º, é aquela oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, a que possui natureza intermitente, periódica ou

sazonal; e *ii*) a ampliação do prazo do contrato de trabalho temporário para 180 dias, prorrogáveis por mais noventa dias, consecutivos ou não, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (art. 10, § 2º).

As críticas à inclusão da demanda complementar de serviços no rol de motivos que justificariam o contrato de trabalho temporário e à ampliação do prazo de duração serão apresentadas mais adiante. No momento, cumpre analisar, no que se refere ao trabalho temporário, o que o legislador preceituou no §3º do art. 9º para fazermos uma comparação com o que foi disposto em relação ao contrato de prestação de serviços.

No referido dispositivo legal, resta previsto que o contrato de trabalho temporário pode versar tanto sobre o desenvolvimento de atividades-meio quanto de atividades-fim da empresa tomadora de serviços. Ora, em termos práticos, não se vislumbram mudanças. Desde os idos de 1974, com a edição da Lei nº 6.019 na sua versão inicial, já estava prevista a possibilidade de contratação de trabalhador temporário para a substituição transitória de pessoal permanente da tomadora de serviços. E, assim, temporários sempre foram contratados para substituírem empregados em gozo de férias, de licença-maternidade, entre outros, quer tais empregados laborassem em atividades-meio, quer não. A essência do contrato de trabalho temporário não demanda a distinção entre um e outro tipo de atividade, tendo sido tal distinção uma das imprecisões teóricas apresentada pela nova lei a que nos referimos anteriormente.

Todavia, ao dispor sobre o contrato de prestação de serviços nos arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B – terceirização, o legislador não fez qualquer citação a atividades--fim e meio. Ao conceituar o que vem a ser empresa prestadora de serviços, no *caput* do art. 4º-A, observa-se tão somente menção ao fornecimento de serviços determinados e específicos, o que, de modo algum, induz ao entendimento de que esses se refiram à atividade finalística. Por determinado e específico, entende-se o serviço certo, delimitado no contrato de prestação de serviços, não decorrendo qualquer conclusão lógica de que tal serviço possa ter relação com a atividade-fim da contratante. Certo e específico pode ser, por exemplo, o fornecimento de refeições para os empregados da tal fábrica de brinquedos, mencionada anteriormente, ou o fornecimento de serviço de manutenção de elevadores da mesma fábrica.

É sabido que a Lei nº 13.429/2017 foi editada em meio a um intenso e consolidado debate jurídico acerca das definições de atividade-meio e atividade-fim, de modo que, conhecendo os conceitos, o legislador poderia tê-los utilizado no caso do contrato de prestação de serviços, como o fez em relação ao contrato de trabalho temporário, mas não foi o que ocorreu. Portanto, em que pese a defesa da terceirização sem limites durante o trâmite do famigerado PL nº 4.302/1998, ela não vingou no texto aprovado e sancionado.

Ocorre que, como diz o ditado, nada é tão ruim que não possa piorar. Eis, então, que, menos de quatro meses depois da publicação da referida norma, a Lei nº 13.467/2017 altera novamente a Lei nº 6.019/1974 nos seguintes termos:

> 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.

Nesse sentido, a inconsistência da alteração salta aos olhos. As atividades finalísticas, como dito, por essência, pressupõem a subordinação à dinâmica empresarial – subordinação estrutural, no mínimo, sob pena de colocar em xeque a própria manutenção da atividade econômica. Não é racional supor que uma empresa possa investir em equipamentos, maquinário, instalações, publicidade e delegar para outrem o total controle do seu processo produtivo, concedendo-lhe autonomia para dirigir a prestação pessoal de serviços.

Quando se permite a terceirização total das atividades de uma empresa, admite-se que ela possa funcionar sem possuir um empregado sequer, e assim surgiriam hospitais sem contratar médicos, escolas sem contratar professores, restaurantes sem contratar garçons, bancos sem contratar bancários, empresas de transporte sem contratar motoristas etc.

No entanto, é importante observar que, no mesmo sentido da já consolidada interpretação jurisprudencial acerca do parágrafo único do art. 442 da CLT, não foram revogados os arts. 2º e 3º da CLT, tampouco o art. 9º do mesmo diploma legal, o que faz que a terceirização só seja legítima se não estiverem presentes os pressupostos da relação de emprego e se a prestadora de serviços contratar, remunerar e dirigir os trabalhos desenvolvidos, nos termos do art. 4º-A, §1º da Lei nº 6.019/1974.

Resta saber como será possível a contratação de terceiros para prestarem serviços finalísticos da tomadora sem que esta dirija, ainda que indiretamente, os trabalhos; sem que, portanto, ocorra algum tipo de subordinação a sua dinâmica estrutural.

Por outro lado, ainda que se tenha propagado intensamente que o PL mencionado abarcava a prestação de serviços na administração pública, o texto convertido na Lei nº 13.429/2017 também não traz qualquer dispositivo que autorize a prestação de serviços em contraposição à regra do concurso público, preceituada pelo art. 37, inciso II da CF/1988. Aliás, sequer há menção ao termo administração pública em todo o texto legal.

No entanto, a referida lei permite que a prestadora subcontrate a execução dos serviços, permissão essa também possibilitada à subcontratada e assim su-

cessivamente, levando a uma cadeia de contratações que fragmenta a categoria profissional e precariza direitos.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Não se confunde com a sub-concessão a mera contratação de terceiros, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25 da Lei nº 8.987 para o "desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados", sempre obedientes "às normas regulamentares da modalidade do serviço concedido". É certo que nisto não poderá absorver parte importante ou significativa da prestação do serviço, sob pena de tal "terceirização" desvirtuar o caráter intuitu personae da concessão e fraudar o sentido da licitação que a tenha precedido (Mello, 2011, p. 732-733).

A Lei nº 13.429/2017 também lança seu fel sobre o contrato de trabalho temporário, como dito, ao ampliar demasiadamente seu prazo de vigência, que passa a ser de 180 dias, prorrogável por mais noventa dias, consecutivos ou não, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (§2º do art. 10). Ora, o contrato de trabalho temporário surgiu para atender a situações de necessidade transitória da empresa. Como se pode dizer que há transitoriedade em algo que pode durar praticamente todo o exercício financeiro?

Mas a nova lei vai além da alteração no prazo de contratação, uma vez que atinge também as suas hipóteses justificadoras ao admitir o trabalho temporário para suprir demanda decorrente de fatores previsíveis que tenham natureza intermitente, periódica ou sazonal (§2º do art. 2º). A preocupação que emerge de tal mudança vai da vagueza dos conceitos de intermitência, periodicidade e sazonalidade – que gera insegurança jurídica – ao repasse, ao trabalhador, do risco da atividade econômica que apresenta demandas com tais características.

E mais, se em um mesmo ambiente de trabalho, sob as ordens de uma mesma pessoa, durante longos e indetermináveis períodos e desenvolvendo as mesmas atividades podem laborar trabalhadores próprios e contratados por terceiros, nada justifica que ambos não tenham um tratamento isonômico – os mesmos direitos trabalhistas. No entanto, não é assim que pensa o legislador.

A Lei nº 6.019/1974, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017, só assegura aos trabalhadores temporários o direito a atendimento médico, ambulatorial e de refeição se existente nas dependências da contratante ou em local por ela designado.

Em relação aos trabalhadores contratados pelas prestadoras de serviço, desde que laborem nas dependências da tomadora, são asseguradas as mesmas condições de trabalho dos empregados diretamente contratados condições de alimentação, quando realizadas no refeitório; utilização de serviço de transporte; atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou em local por

ela designado; treinamento adequado, quando a atividade o exigir; e sanitárias, de medida de proteção à saúde e segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Assim, se o trabalhador contratado por prestadora de serviços não laborar nas dependências da tomadora, ele não terá direito aos benefícios citados. Por sua vez, se ele laborar nas referidas dependências mas, em vez de fornecer refeição e atendimento médico a seus empregados, a tomadora fornecer vale-refeição e plano de saúde, nada obriga que a prestadora de serviços conceda tais benefícios ao trabalhador por ela contratado.

Por fim, ainda quanto às alterações prejudiciais ao trabalhador, se faz mister abordar as questões que giram em torno do pagamento dos créditos trabalhistas dos terceirizados.

É notório o grande número de demandas levadas à apreciação do Judiciário em função da falta de pagamento de créditos trabalhistas, principalmente de verbas rescisórias, por empresas prestadoras de serviço – fato muito comum, inclusive, em relação a empresas contratadas pela administração pública de forma irregular. É certo, ainda, que desses, uma boa parcela finda firmando acordo judicial no qual aceita o recebimento de apenas parte do valor que lhe é devido. Há, ainda, aqueles que não recorrem ao Judiciário porque permanecem laborando para a tomadora de serviços por intermédio de outras empresas por ela contratadas. Temem alguma sorte de represália então. Dessa feita, apenas uma parcela reduzida dos valores devidos é efetivamente paga ao trabalhador terceirizado.

Quanto à causa, basta nos reportarmos ao disposto no capítulo 1 deste estudo, no qual demonstramos que a terceirização de atividade-fim ocorre com a sonegação de direitos. No que diz respeito às alterações estabelecidas pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017, nenhuma delas vem a minorar a lesão mencionada tanto em função de a responsabilidade solidária do contratante não estar garantida quanto em função de não haver previsão de mecanismos que assegurem que as contratadas tenham capital suficiente para arcar com os créditos trabalhistas, nem de mecanismos de fiscalização eficazes.

O capital social mínimo de R$ 10 mil para empresas com até dez empregados estabelecido pelo art. 4º-B, inciso III, alínea "a" da Lei nº 13.429/2017 não tem o condão de proteger os trabalhadores contratados pela prestadora de serviços, pois não é suficiente para cobrir uma folha de pagamento mensal sequer. Ademais, nada garante que o capital declarado seja efetivamente mantido no patrimônio da empresa, tampouco que corresponda à realidade. Portanto, o capital social mínimo previsto na lei não se confunde com a capacidade econômica exigida à prestadora de serviços nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/74. A capacidade econômica deve

ser aferida a partir do patrimônio líquido da empresa, que corresponde à diferença entre ativos e passivos. Mas quem fiscalizará a observância do referido requisito?

Nesse sentido, em relação à responsabilidade pelos créditos trabalhistas, a Lei nº 13.429/2017 prevê, como regra, a responsabilidade subsidiária da contratante. À exceção, estabelece a solidariedade apenas em relação ao meio ambiente do trabalho, mas, ainda assim, apenas quando o labor for desenvolvido em suas dependências ou em local com ela acordado.

No entanto, a interpretação dos seguintes dispositivos legais levam, inevitavelmente, ao reconhecimento da responsabilidade solidária no caso em apreço:

> Código Civil:
>
> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> (...)
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
>
> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.
>
> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
>
> Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.
>
> Convenção 155 da OIT:
>
> Art. 17. Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção.

Por outro viés, é importante dizer que o debate sobre a terceirização não se encerra com a edição da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017. Resta aguardar o posicionamento do Judiciário sobre o que fora legislado, tendo em vista o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

Por fim, cumpre ressaltar que é alardeado aos quatro ventos pelos defensores da nova lei que ela contribuirá para a redução dos índices de desemprego, para o desenvolvimento social e econômico e que trará segurança jurídica, diminuindo o número de reclamações trabalhistas. Tais argumentos são falaciosos, porquanto não há base de sustentação.

Nesse contexto, quanto ao argumento de que a regulamentação da terceirização gerará segurança jurídica diante do fato de que não havia no país uma lei

tratando do assunto, se faz mister dizer que, por um lado, os limites da terceirização já estavam delineados pelos arts. 2º e 3º da CLT. Por outro, com tantas fragilidades e inconstitucionalidades, a tendência é que as demandas trabalhistas tenham um incremento ímpar em seu quantitativo.

Quanto ao aumento do número de postos de trabalho, Amorim e Delgado (2015, p. 27) relatam que,

> Segundo dados divulgados pelo Ministério do Trabalho do México, no ano de 2013, após a regulamentação da terceirização no país, as taxas de desemprego não diminuíram, como esperavam os defensores da reforma trabalhista; pelo contrário, foram mais altas do que em relação a quase todos os mesmos meses no ano anterior.

Do mesmo modo, de acordo com matéria veiculada pela NippoBrasil, o *Relatório da Economia Trabalhista* do ano fiscal de 2010, divulgado pelo Ministério da Saúde, Trabalho e Bem-Estar Social do Japão, aponta que a desregulamentação do setor de trabalho promovida naquele Estado na década de 2000 ocasionou o aumento do número de mão de obra terceirizada e o aprofundamento da desigualdade social. O relatório tece críticas à indústria por ter elevado a proporção de terceirizados e sugere que, para reverter essa situação, o governo deve centrar esforços na estabilização da economia para que as empresas comecem a investir mais na capacitação dos empregados e a contratar de forma planejada empregados efetivos.[3]

O que gera emprego é a demanda por bens e serviços, é o aquecimento da economia. O empresário não aumentará o número de postos de trabalho se não houver necessidade em função do aumento da venda. Assim, supõe-se que as alterações legislativas propostas devam levar apenas à substituição de empregos diretos por empregos intermediados, com subtração de direitos trabalhistas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, é notório que houve equívocos conceituais em torno do instituto da terceirização que o confundiram com a mera intermediação de mão de obra. Na chamada terceirização de atividade finalística, não há repasse de serviços para terceiros. Transfere-se tão somente a contratação do trabalhador.

Esse desvirtuamento do instituto da terceirização provoca inúmeros prejuízos ao trabalhador, ao movimento sindical e à sociedade, sendo responsável pela fragmentação da categoria profissional, elevação dos índices de acidentes de trabalho e de trabalho em condições análogas às de escravo, ampliação do fosso da exclusão social, redução salarial e de benefícios, entre outros.

---

3. Governo critica sistema de mão de obra terceirizada. Nippo Brasil. Disponível em: <https://goo.gl/ePGdkR>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Experiências internacionais demonstram que o incentivo à terceirização e à intermediação de mão de obra pretendido pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017 provoca a substituição de contratos de trabalho com mais garantias por contratos de trabalho precários, sem a geração de empregos. As inconstitucionalidades e inconsistências da lei e do projeto de lei em comento devem aumentar a insegurança jurídica e elevar o número de demandas judiciais, indo de encontro aos argumentos dos defensores da alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

AMORIM, H. S.; DELGADO, G. N. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BELTRAN, A. P. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.

CUT – CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Terceirização e Desenvolvimento**: uma conta que não fecha – Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: CUT, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/DSBSq2>. Acesso em: 16 fev. 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr., 2004. p. 440-441.

FONSECA, V. P. **Relatório Anual do Projeto Alta Tensão**. Recife: MPT, dez. 2016.

OLIVEIRA, C. Dos trabalhadores em situação análoga à escravidão, 82% são terceirizados. **Rede Brasil Atual**, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/grMzE6>. Acesso em: 31 mar. 2017.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.