

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 53

p. 1 - 344

jul./dez.

2018

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E A TERCEIRIZAÇÃO

THE BRAZILIAN LABOUR REFORM AND OUTSOURCING

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos*

Resumo: O presente artigo objetiva posicionar juridicamente a figura da intermediação de mão de obra assalariada de caráter dependente (terceirização), desde os parâmetros gerais estabelecidos pelo ordenamento trabalhista nacional e comparado, refinados sob a ótica particular delineada pela Lei n. 13.467/2017, denominada Lei da “reforma trabalhista”.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Intermediação de mão de obra. Terceirização. Lei n. 13.467/2017. Reforma trabalhista.

Abstract: The present article aims to legally position the outsourcing, from the general parameters established by the national and comparative labor laws, refined under the view delineated by Law 13.467/2017, known as the “labor reform law”.

Keywords: Labor law. Labor intermediation. Outsourcing. Law 13.467/2017. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

Parece claro que, no mundo contemporâneo das relações de trabalho de caráter dependente, o fenômeno da intermediação de mão de obra é um dos maiores desafios a ser enfrentado.

*Desembargador do Trabalho, Diretor da Escola Judicial do TRT da 15ª Região Campinas-SP. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP.

A complexidade do tema já se revela na própria nomenclatura a ser face a ele adotada: terceirização, subcontratação, externalização, *outsourcing*, delegação, descentralização. São rótulos que não necessariamente espelham ou se reportam a um mesmo tipo de delegação da atividade empresarial. Em alguns casos, a ideia ou a conceituação que os envolve restringe-se à prestação de serviços, sem vinculação a um resultado específico; em outros, abrange total ou parcialmente a consecução de uma obra; e, em ambas perspectivas, poder-se-á estar tratando de aspectos permanentes ou meramente temporários do negócio desenvolvido pelo empreendedor contratante.

Quando se examina esse assunto desde a ótica do direito comparado, o que via de regra se encontra é uma razoável dose de **insegurança jurídica**, a qual se desdobra, precisamente, da **multiplicidade de efeitos práticos** que a delegação de atividades ordinariamente ocasiona. A assim denominada “relação de emprego” ou o seu equivalente formal - o contrato de trabalho - tornam-se verdadeiros **reféns** da figura em exame.

De fato: conquanto seu maior impacto seja, indiscutivelmente, no plano do direito individual do trabalho, o direito coletivo e o direito processual também são fortemente afetados. É que, como a categoria ou a **condição profissional** do trabalhador define-se a partir de quem seja seu empregador, a figura do intermediário poderá deslocar - como de fato desloca - a posição jurídica do empregado para um universo completamente distinto daquele em que presta habitualmente seus serviços, onde o sindicato que irá negociar em seu nome poderá não ter identidade alguma com a sua realidade laboral específica. E, em havendo conflito, sua configuração envolverá, sempre, uma identidade tríplice: trabalhador, empresa intermediária, empresa tomadora dos serviços, o que, no plano processual, ocasionará, quase sempre, a configuração de litisconsórcio passivo, que sendo ou não reputado necessário, trará de qualquer modo maior complexidade para a resolução judicial do impasse nestes termos concretizado.

No Brasil, o trato desse aspecto particular do gerenciamento empresarial tem se revelado, ao longo das últimas décadas, particularmente polêmico e dificultoso. Na medida em que a legislação não enfrentava o tema de modo global, mas apenas desde uma abordagem setorializada ou meramente pontual, coube à jurisprudência a tarefa de buscar estabelecer limites ou parâmetros mínimos para a sua consecução, com resultados pouco satisfatórios. E nestes termos o assunto se manteve até o ano passado, quando, em um clima de **verdadeiro tumulto institucional e aguda polarização política**, o legislador interveio diretamente no assunto, através de duas normativas publicadas com poucos meses de distância uma da outra: a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, e a Lei n.

13.467, de 13 de julho de 2017, ambas voltadas a transformar ou acrescentar preceitos no âmbito da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

De sorte que, hoje, o tema em apreço está regulamentado em nosso país pela conjugação de preceitos advindos de três leis distintas: as Leis n. 6.019, n. 13.429 e n. 13.467. Nosso objetivo central será examiná-los dentro da molduragem geral do ordenamento positivo brasileiro, em ordem a averiguar quais poderão ser seus efeitos práticos e jurídicos em uma realidade que, se desde sempre foi **complicada e desditosa**, agora quiçá venha a sê-lo ainda mais.

2 ANTECEDENTES RELEVANTES

Como assinala Mauricio Godinho Delgado, foi na década de 70 do século passado que o legislador nacional passou a se ocupar explicitamente do tema da intermediação de mão de obra, positivando situações específicas a tal respeito, através da edição do Decreto-Lei n. 200/1967 e das Leis n. 5.645/1970 e n. 6.019/1974, aos quais se seguiu, em 1983, a Lei n. 7.102. Os dois primeiros diplomas autorizaram a descentralização de atividades que seriam supostamente **instrumentais** no âmbito da administração pública direta e indireta; a Lei n. 6.019 cuidou do trabalho temporário e a Lei n. 7.102 do serviço de segurança patrimonial armada ou ostensiva, restringindo-se inicialmente ao setor bancário, com ampliação posterior de seu espectro de abrangência, mediante a Lei n. 8.863/1994. Outras referências legislativas dignas de nota são, já na década de 90, as Leis n. 8.987/1995 (concessionárias e permissionárias) e n. 9.472/1997 (telecomunicações) (DELGADO, 2017, p. 506-510).

A Lei n. 6.019 é a que aqui mais nos interessa, até porque foi sobre ela, ou sobre sua base, que o legislador de 2017 buscou edificar a nova realidade jurídica da terceirização no Brasil.

Ao contrário de suas contemporâneas, a Lei n. 6.019 não focou na atividade desempenhada pelo empregado, mas sim no caráter potencialmente **transitório** ou meramente **circunstancial** do trabalho ou das tarefas a serem realizadas, deixando claro, de outro lado, que tinha por seu **objetivo precípua** suprir necessidades relacionadas ao **pessoal regular e permanente** da empresa, ademais de atender a um eventual “acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º). Logo, ela nunca teve por desiderato restringir-se a atividades que poderiam ser consideradas não essenciais, como limpeza e conservação, alimentação ou transporte. Seu escopo, desde sempre, foi atingir o núcleo mesmo da atividade empresarial, desde que isso ocorresse por um lapso certo ou determinado no tempo. Sua limitação, portanto, vinculava-se ao **tempo**, não à **índole** do serviço.

De outra parte, precisamente porque estava lidando com trabalhadores que se ativariam lado a lado com empregados da empresa tomadora, executando as mesmas atribuições, cuidou a Lei n. 6.019 de assegurar aos primeiros uma **remuneração equivalente** àquela percebida pelos segundos (art. 12, “a”). Além disso, estabeleceu que, em ocorrendo a falência da empresa de trabalho temporário, a empresa cliente seria solidariamente responsável, “no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens”, pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como pela remuneração e pela indenização rescisória a ele devidas (art. 16).

Era este, por conseguinte, o contexto legal antecedente ao ano de 2017. E diante dele, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se através de duas Súmulas, a n. 256 e a n. 331. A primeira, de 1986, taxativamente declarava ilegal qualquer intermediação de mão de obra que não se reportasse às hipóteses previstas pelas Leis n. 6.019 e n. 7.102; a segunda, do ano de 1993, sob a justificativa de revisar o entendimento sufragado pela Súmula n. 256, estabeleceu a ideia de **atividades meio e atividades fim**, é dizer, de atividades meramente **auxiliares** ou **secundárias**, e de atividades **fundamentais** ou **principais**, somente admitindo a intermediação de mão de obra nas primeiras e “desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

O conteúdo da Súmula n. 331, na verdade, já prenunciava a principal dificuldade a ser superada quando se trata de procurar impor restrições ou balizamentos à cessão de trabalhadores: ao mesmo tempo em que ela abolia a limitação clara e objetiva traçada pela Súmula n. 256, abrindo caminho para a terceirização de toda e qualquer atividade empresarial que se pudesse reputar de **cinho instrumental**, ela igualmente referia-se a dois requisitos informadores da relação de emprego típica - a pessoalidade e a subordinação - para tentar com isso impor alguma sorte de **restrição conceitual** ao cenário multifacetário que ela própria criara. Em outras palavras, se esses dois requisitos acaso se fizessem presentes - e imaginando-se que também, sempre, lógica e naturalmente, com eles estariam os outros dois previstos pelo art. 3º da CLT, a saber, a habitualidade e a onerosidade - a intermediação seria considerada **ilícita** ou **fraudulenta**.

De certo modo, a Súmula n. 331, ao explicitar a cautela em questão, revelava uma **contradição intrínseca**: afinal, atividades tidas como hipoteticamente acessórias ou complementares, porque pretensamente menos importantes que aquelas reputadas essenciais, não deveriam, a rigor, demandar pessoalidade ou subordinação. Aliás, a razão principal de serem elas terceirizadas residiria justamente na circunstância de dispensarem **relação pessoal específica** ou **poder de comando direto**. Se na prática isso ocorresse, a conclusão a se extrair seria de que tais atividades,

na realidade, não seriam meramente instrumentais, mas igualmente integrantes do **núcleo finalístico** do empreendimento, ou seja: seriam, também elas, parte indissociável da atividade fim da empresa.

Na verdade, a “batalha” que a Súmula n. 331 tentou vencer estava de antemão perdida. Como bem demonstra a experiência colhida do direito comparado, notadamente aquela refletida nas realidades argentina (Lei de contrato de trabalho, art. 30) e espanhola (Estatuto dos trabalhadores, art. 42), definir atividades principais ou “próprias” dentro do espectro de um negócio empresarial sempre, ou quase sempre, irá colidir com complexidades de ordem prática virtualmente insuperáveis. Assim, e para ficarmos apenas em um exemplo dentre tantos, o trabalho de limpeza em um hospital, ordinariamente considerado apenas instrumental, é na verdade tão necessário quanto o labor médico propriamente dito, na medida em que, sem o primeiro, o segundo simplesmente não logrará atingir seu resultado a contento. Neste diapasão, o faxineiro e o médico são igualmente importantes, pelo que ambos - e não somente este último - deveriam ser considerados juridicamente vinculados ao tomador de seus serviços.

Ademais, porque ampliara o espectro da terceirização, a Súmula n. 331 estipulou uma outra **modulação indireta**: a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando, mesmo em se tratando de uma intermediação regular, houvesse o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. O que também não deixava de ser algo contraditório: se a contratação da empregadora interposta fora legítima, a tomadora, a princípio, não deveria responder pelos débitos daquela, como, aliás, ocorre na Argentina e na Espanha. Mais coerente seria, então, manter-se o critério da Súmula n. 256, que objetivamente estipulava a responsabilidade direta da empresa principal. O que parece extrair-se desse aspecto é que o Tribunal Superior do Trabalho sabia que aquela “caixa de Pandora” que estava a abrir iria revelar sérios problemas - como efetivamente acabou mesmo ocorrendo - e, para tanto, algum **antídoto preliminar** desde logo se fazia necessário.

3 A LEI N. 13.467/2017

A Lei n. 13.467, almejando complementar ou aprimorar as modificações que foram previamente realizadas na Lei n. 6.019 através da Lei n. 13.429, buscou, à partida, deixar bastante claro que a terceirização da mão de obra assalariada poderia realizar-se em qualquer parte ou setor da atividade empresarial. É o que facilmente se observa da redação atribuída aos arts. 4º-A, 4º-C e 5º-A da Lei n. 6.019 (destaques nossos):

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.

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, **que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante**, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições. [...]

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a **quaisquer de suas atividades**, inclusive sua **atividade principal**.

Os dispositivos em questão, ao menos, tiveram a virtude de deixar para trás um **estrambótico imbróglho técnico** instaurado pela Lei n. 13.429, que, a pretexto de tudo permitir, acabara, na verdade, tudo proibindo (TOLEDO FILHO, 2017).

Aqui, o modelo brasileiro equiparou-se, dentre outros, aos modelos uruguaio (Lei n. 18.251, art. 1º, “A”) e chileno (Código do Trabalho, art. 183-A), os quais tampouco estabelecem restrições ou distinções quanto à terceirização por conta do setor ou parte da atividade empresarial que seja pela mesma atingida.

Sob a ótica da responsabilização do tomador de serviços, as Leis n. 13.429 e n. 13.467, em síntese, e **inclusive quanto à hipótese de trabalho temporário**, estabeleceram:

a) como regra geral, a **responsabilidade subsidiária** da empresa principal quanto às “obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços” (art. 5º-A, § 5º, e art. 10, § 7º, da Lei n. 6.019). Segue existindo, para o trabalhador temporário, a responsabilidade solidária da tomadora no tocante à remuneração e à indenização rescisória, no caso de falência de sua empregadora (que poderíamos, sem dificuldade, mediante **interpretação extensiva**, remeter para toda hipótese de **inadimplemento evidente ou contumaz** de quaisquer **direitos salariais ou rescisórios**, de pura **insolvência**, enfim (DELGADO, 2017, p. 535);

b) a equiparação obrigatória entre as **condições gerais de trabalho** (de alimentação, de transporte, médicas e ambulatoriais) entre os empregados das empresas intermediárias e os empregados da empresa principal (art. 4º-C e art. 9º, § 2º - embora, no caso específico do trabalhador temporário, não se faça menção a “transporte”, parece lógico inferir que não haveria tal exclusão, até porque seria ela obviamente

discriminatória). No concernente ao **delicado aspecto** da remuneração, a Lei n. 13.467 introduziu uma inócua “equiparação facultativa” que dificilmente se tornará realidade na prática (art. 4º-C, § 1º). Porém, segue vigente o direito à igual remuneração no caso específico do trabalhador temporário (Lei n. 6.019, art. 12, “a”);

c) a **responsabilidade principal** da empresa tomadora no tocante à segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores terceirizados (arts. 5º-A, § 3º, e 9º, § 1º). Isso significa que todos aqueles direitos relacionados a tais temas poderão, se necessário, ser judicialmente exigidos **diretamente da tomadora**, sem prejuízo da natural responsabilidade solidária da empresa intermediária (CC, art. 942).

Neste aspecto, a legislação brasileira apartou-se dos citados modelos uruguaio (Lei n. 18.251, art. 6º) e chileno (Código do Trabalho, arts. 183-B e 183-D), em que a **regra geral** é a **responsabilidade solidária** da empresa principal, a qual, sem embargo, converter-se-á em **responsabilidade subsidiária** caso a tomadora comprove ter exercido regularmente seu direito de fiscalização da atividade da empresa intermediária.

4 O PARADOXO ESTRUTURAL

A terceirização, enquanto fenômeno social e/ou fato econômico, atendeu a uma necessidade do mercado, que fora impulsionada pelo aprimoramento da tecnologia e pela intensificação da comunicação e do intercâmbio de informações.

Uma vez superado o modelo de produção de matiz fordista, as empresas passaram a concentrar-se em tarefas ou atividades que se supunha fossem intrínsecas ao seu objetivo central, externalizando ou subcontratando todas aquelas outras cuja consecução não se revelasse, *a priori*, fundamental ao atingimento de seu escopo estrutural.

Essa nova realidade, contudo, colidiu com duas barreiras sólidas e umbilicalmente associadas: a **complexidade dos fatos** e a **disciplina legal** a eles correlativa.

No campo fático, o desafio a superar fora, e segue sendo, identificar onde estariam os limites para tal deslocamento de atividades. Quando se trata de tarefas de caráter meramente ocasional ou transitório, não há maiores dificuldades: a terceirização, nestes casos, justifica-se pelas circunstâncias mesmas em que ela ocorre. Quando, todavia, a delegação de serviços assume um caráter **contínuo** ou **ininterrupto**, o paradoxo apresenta-se: se a atividade em questão não é, a rigor, essencial, por qual razão, então, ela é realizada de forma **perene** ou **permanente**?

É neste aspecto que os ordenamentos que buscam disciplinar o fenômeno costumam encontrar seu “Waterloo”. E, para bem compreender

por que isso ocorre, é necessário retroceder às origens mesmas do direito do trabalho.

Quando surgiram as primeiras normas trabalhistas, a comunidade jurídica não estava segura sobre que tipo de figura era aquela que então se estava formando. Na dúvida, classificou-a como um “contrato”. Esse enquadramento, nada obstante, era deveras questionável, pois a relação de trabalho dependente (*rectius*: relação de emprego) desde sempre caracterizou-se pela evidente e incontroversa preponderância de uma das partes sobre a outra. Neste diapasão, não haveria aí propriamente um contrato ou um ajuste de vontades, mas precipuamente uma **relação de fato**, onde quem trabalha amolda-se à realidade de quem lhe oferece uma ocupação assalariada. Quando muito, poder-se-ia cogitar de um contrato de adesão. Bem por isso, o professor chileno José Luis Ugarte Cataldo inteligentemente assinalou que a adoção do paradigma contratual no âmbito laboral mais não fora que “la colonización del Derecho del Trabajo por el Derecho Civil” (UGARTE CATALDO, 2008, p. 4).

A contradição em foco, como não poderia deixar de ser, veio a se refletir nas normas dos diversos países que tentaram definir a figura do empregado ou do empregador, como se pode conferir pelos preceitos a seguir reproduzidos (em tradução livre):

- **Argentina**: segundo a Lei de Contrato de Trabalho haverá “contrato de trabalho, qualquer que seja sua forma ou denominação, sempre que uma pessoa física se obrigue a realizar atos, executar obras ou prestar serviços em favor de outra e sob a dependência desta” (art. 21);

- **Brasil**: a CLT registra que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (art. 3º), disposição que se agrega ao conteúdo do *caput* de seu art. 442, segundo o qual “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”;

- **Chile**: o Código do Trabalho define como trabalhador “toda pessoa natural que preste serviços pessoais intelectuais ou materiais, sob dependência ou subordinação, e em virtude de um contrato de trabalho” (art. 3º, “b”);

- **Colômbia**: o Código Substantivo do Trabalho afirma que “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa natural se obriga a prestar um serviço pessoal a outra pessoa, natural ou jurídica, sob a continuada dependência ou subordinação da segunda e mediante remuneração” (art. 22.1);

- **Costa Rica**: o art. 18 do Código de Trabalho estabelece que “contrato individual de trabalho, seja qual for a sua denominação, é todo aquele em que uma pessoa se obriga a prestar a outra seus serviços ou a executar uma obra, sob a dependência permanente e direção imediata ou delegada desta, e por uma remuneração de qualquer classe ou forma”;

- **Espanha:** o Estatuto dos Trabalhadores prescreve que seu âmbito de aplicação estender-se-á aos “trabalhadores que voluntariamente prestem seus serviços remunerados por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário” (art. 1.1);

- **Itália:** o art. 2.094 do Código Civil esclarece que “é prestador de trabalho subordinado aquele que se obriga mediante retribuição a colaborar na empresa prestando o próprio trabalho intelectual ou manual, sob a dependência e direção do empreendedor”;

- **México:** a Lei Federal do Trabalho estabelece que “trabalhador é a pessoa física que presta a outra, física ou moral, um trabalho pessoal subordinado” (art. 8º);

- **Panamá:** o Código do Trabalho prescreve, em seu art. 62, que “se entende por contrato individual de trabalho, qualquer que seja sua denominação, a convenção verbal ou escrita mediante a qual uma pessoa se obriga a prestar seus serviços ou executar uma obra a favor de outra, sob a subordinação ou dependência desta”;

- **Portugal:** segundo o art. 11 do Código do Trabalho, “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”.

Como se denota, existe uma **preocupação universal** em vincular juridicamente o trabalhador àquela empresa em cujo contexto organizacional ele se insira (Espanha, Portugal), e da qual, por conseguinte, “dependa” habitualmente (Argentina, Brasil, Costa Rica) ou esteja diretamente subordinado (Chile, Colômbia, Itália, México e Panamá). Não por acaso, tais noções intuitiva e claramente se entrelaçam: quem está inserido em uma organização empresarial, segue naturalmente seus comandos e diretrizes de trabalho (subordinação) e dela irá receber a remuneração necessária ao seu sustento pessoal ou familiar (dependência). Essa **molduragem geral**, aliás, também se faz presente na doutrina anglo-saxônica do *joint employer*, como dá notícia Cássio Casagrande (CASAGRANDE, 2018).

E, neste passo, cabe perguntar: algo teria mudado a este respeito com o advento das Leis n. 13.429 e n. 13.467?

A resposta a esta indagação pode ser encontrada no conteúdo por elas conferido ao art. 4º-A da Lei n. 6.019, que a seguir se reproduz (destaque nosso):

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. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei n. 13.429, de 2017).

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei n. 13.429, de 2017).

O que desde logo se adverte do preceito destacado acima é que o empregado terceirizado, ademais de ser contratado e remunerado pela empresa intermediária, deverá igualmente ter o **seu trabalho dirigido por ela**. Isto significa que o poder diretivo ou de comando a que ele rotineiramente haverá de se sujeitar será, **necessária e exclusivamente**, aquele derivado da empresa prestadora de serviços. A empresa tomadora ou contratante, assim, não poderá interferir na sua rotina laboral cotidiana. Não lhe poderá dar ordens, fiscalizar suas tarefas, controlar seus horários, examinar sua apresentação ou asseio pessoal, aplicar-lhe sanções disciplinares, ou mesmo promovê-lo ou premiá-lo. Se o fizer, assumindo **habitualmente** a direção de seu labor, a empresa principal colocar-se-á na condição de empregadora **real ou material** do trabalhador terceirizado, cujo vínculo com a empresa intermediária, então, será de natureza meramente **formal**, ou, em outros termos, **materialmente fictício ou fraudulento**.

E é neste ponto que se apresenta o **paradoxo estrutural** a que fazemos referência no título do presente item. Como vimos, a legislação em vigor permite a transferência de qualquer uma das atividades da empresa cliente, inclusive de sua atividade principal. Mas conseguirá a empresa tomadora deixar de exercer o seu poder de direção em relação àqueles empregados cujas funções sejam **fundamentais** para o sucesso ou a realização de seu negócio? Seria logicamente viável renunciar ao comando da atividade fim empresarial, sem concomitantemente renunciar ao próprio empreendimento em si?

A nosso entender, a resposta é **negativa**.

Como colocado acima, é da própria essência do contrato ou da relação de trabalho a existência de uma organização de bens ou fatores de produção, a cujos comandos, rotinas, determinações e orientações os trabalhadores respectivos irão, em troca de uma remuneração, ordinariamente atender e sujeitar-se, de modo a atingir o objetivo final buscado pelo empreendimento. Empresa alguma faz sentido sem isso. De modo que, se houver, de modo contínuo ou permanente, a **efetiva delegação** do poder diretivo da atividade empresarial **principal ou nuclear** a um

terceiro, ele é quem intuitivamente passará a ser o verdadeiro dono ou titular do negócio.

Na realidade, mesmo em se tratando das atividades ditas **periféricas** ou **acessórias**, não raro a **completa delegação** do poder de comando demonstra-se, na prática, de **difícil viabilização**. Pense-se nos vigilantes terceirizados de um estabelecimento bancário: por um lado, sua presença é **crucial** para a **segurança mínima** do negócio e, por outro, quem comanda a agência, é dizer, quem irá fiscalizar sua atividade ou comportamento no dia a dia, a forma como ele atua, seu relacionamento com os clientes, será o gerente da empresa tomadora. Mesmo que a empresa intermediária ali mantenha **ininterruptamente** um empregado com atribuições de supervisão, não se poderá a ele delegar **integralmente** o controle de quem entrará, quando entrará, como entrará, e, havendo entrado, se ali permanecerá ou não. Aliás, é por conta mesmo de entraves práticos como esse que se tornou historicamente complicada a distinção entre atividades meio e atividades fim.

Note-se, ademais, que a **coerente restrição** legal criada para a **intermediação geral** não se apresenta na hipótese específica do **trabalho temporário**. É que, como é da natureza mesma do empregado temporário ombrear-se com os trabalhadores **regulares e permanentes** da empresa cliente, ou seja, desempenhar tarefas ou atribuições diretamente vinculadas à **atividade principal** desta, não faria sentido que ele não se sujeitasse ao seu poder diretivo. Como explicava a saudosa professora Alice Monteiro de Barros, “a empresa de trabalho temporário **delega** o poder de comando ao tomador, mas com ele o empregado não mantém relação de emprego” (BARROS, 2010, p. 448, grifo nosso). Mas, precisamente porque o trabalhador temporário sujeita-se ao poder de comando da empresa tomadora, o seu contrato requer cuidados ou garantias especiais: **necessidade de substituição** do empregado permanente ou de **demanda complementar de serviços** (Lei n. 6.019, art. 2º e art. 9º, inciso II), prazo certo de duração (art. 9º, inciso III, e art. 10, §§ 1º e 2º), isonomia de remuneração (art. 12, alínea “a”) e **garantia reforçada** contra a **insolvência** patronal (art. 16).

5 A RECENTE DECISÃO DO STF

Em 30.8.2018, o STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n. 958252 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324, em que se questionava a adequação jurídica ou constitucionalidade da Súmula n. 331 do TST, notadamente naquilo que se refere à possibilidade de terceirização da atividade fim do tomador de serviços.

A tese a tal respeito adotada, por maioria de 7 votos contra 4, conforme consta no sítio do STF, foi a seguinte:

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

Não foi esse, seguramente, um dos momentos mais gloriosos de nossa Suprema Corte. Os fundamentos externados nos votos vencedores centraram-se mais em **considerações reducionistas de cunho economicista** do que propriamente jurídicas, em nome de uma suposta preservação da competitividade e do lucro das empresas. Aparentemente, ao trabalhador restaria mesmo somente agradecer pela circunstância de possuir alguma fonte de renda.

De todo modo, em termos práticos, o resultado do julgamento mais não fez que consolidar o **paradigma** estabelecido pelas Leis n. 13.429 e n. 13.467. Ou seja, não cabe mais argumentar com uma suposta inconstitucionalidade da terceirização da atividade fim. Esta prática é agora, indiscutivelmente, em tese e *a priori*, constitucional. Caberá assim analisar se, nos casos concretos externados ou nas situações específicas examinadas, estariam devidamente atendidas as premissas estabelecidas pela legislação infraconstitucional, em especial aquela referente à delegação da direção do trabalho (*rectius*: poder de comando) da empresa tomadora para a empresa intermediária.

6 CONCLUSÕES

As Leis n. 13.429 e n. 13.467, de 2017, para nada representaram normativas de qualidade.

A primeira delas resultou de um projeto de lei antigo que estava há anos paralisado - ou, quiçá, em uma sorte de **estado catatônico** - no Parlamento, e que já inclusive havia sido ali superado por outro bem mais debatido e coerente. Foi **ressuscitado** não pela excelência de seu conteúdo, mas por conta dos avatares políticos do momento.

A segunda foi objeto de um debate apressado, onde bem pouco se preocupou com a consistência das normas que se estava a produzir.

Ambas conjugaram-se para desconfigurar a Lei n. 6.019, esta sim, uma normativa organicamente coerente - por criticável que fora seu conteúdo - e que, agora, se há transformado em uma Lei **confusa e esquizofrênica**.

O objetivo primordial das alterações, claro está, foi ampliar ou facilitar a possibilidade de terceirização das atividades empresariais.

Em certa medida, este objetivo foi atingido: como tentamos demonstrar, terceirizar a atividade principal da tomadora é, sim, hoje, legalmente possível, **sempre e quando** ela efetivamente renuncie ao seu poder de direção quanto a essa mesma atividade. Esta inferência não se altera pelo julgamento recente ocorrido no âmbito do STF - que teve motivação anterior ao advento das Leis n. 13.429 e n. 13.467 - cujo resultado, aliás, ratificou o **paradigma geral** estabelecido pelo legislador ordinário.

Significa isso dizer que, se a empresa cliente - exceção feita à hipótese específica do trabalho temporário - terceirizar alguma de suas atividades, mas seguir comandando os trabalhadores respectivos, haverá **fraude**, formando-se o vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados diretamente com ela, mediante aplicação combinada do art. 4º-A, § 1º, da Lei n. 6.019/1974, e os arts. 3º, 9º e 442 da CLT.

Como, na prática, em regra, tal superação de paradigma não será factível, a conclusão final que se extrai é que, a rigor, ao fim e ao cabo, a situação da **intermediação permanente** da mão de obra, no Brasil, está da mesma maneira que sempre esteve: restrita às chamadas atividades meio, e mesmo assim, desde que não exista, quanto a elas, exercício de poder de comando pela empresa tomadora.

Como registramos em outro trabalho recente sobre esse mesmo tema, parafraseando-se Lampedusa,

O legislador brasileiro tudo mudou para que tudo permanecesse igual. Mas até que a comunidade jurídica tome plena consciência desse fato, muita confusão seguramente haverá e muitos corpos - principalmente de trabalhadores, mas de empregadores também - ficarão pelo caminho. (TOLEDO FILHO, 2018, p. 90).

Nosso eventual erro nessa **funesta premonição** será motivo de júbilo também para nós.

7 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. revisada e atualizada. São Paulo: LTr, 2010.

CASAGRANDE, Cássio. Terceirizados do Reino Unido lutam por igualdade de direitos. **ANPT**, Brasília, 4 maio 2018. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/artigos/3312-terceirizados-do-reino-unido-lutam-por-igualdade-de-direitos>>. Acesso em: 1º set. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2017.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario; GAUTHIER, Gustavo. **Tercerizaciones: teoría y práctica del régimen legal uruguayo**. 3. ed. Montevideo: FCU, 2017.

MONTOYA MEDINA, David. **Trabajo en contratas y protección de los trabajadores**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RASO DELGUE, Juan (Dir.); CASTELLO, Alejandro (Coord.). **Derecho del trabajo: conceptos fundamentales, sujetos, contrato de trabajo y su dinamismo**. Montevideo: FCU, 2012.

ROJAS MIÑO, Irene. **Subcontratación laboral: suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores**. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011.

THAYER ARTEAGA, William. **Texto, comentario y jurisprudencia del código del trabajo**. 3. ed. atualizada. Santiago: Ediciones UC, 2013.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. La intermediación de la mano de obra en el contexto de la reforma laboral brasileña. **Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo**, v. 6, n. 2, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://adapt.it/wp/wp-content/uploads/2018/06/revista_n2_2018_def.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Nova lei impede terceirização permanente da atividade-fim. **Justificando**, São Paulo, 5 abr. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/05/nova-lei-impede-terceirizacao-permanente-da-atividade-fim>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

UGARTE CATALDO, José Luis. **La subordinación en el derecho laboral chileno**. Santiago: Legal publishing, 2008.