|  |
| --- |
| **TESE:** **É inconstitucional a terceirização da atividade permanente da empresa, excetuada a hipótese do trabalho temporário. A teor do art.5º-A da Lei n. 6.019/1974, a terceirização de atividade-meio torna-se igualmente ilícita quando: (a) a prestadora de serviços não exerce atividade empresária típica (p. ex., “laranjas”); (b) a prestadora de serviços não é sociedade empresária ou não pode exercer atividade empresária típica (p. ex., associações civis e cooperativas em geral); e (c) a prestadora de serviços não detém idoneidade econômica para suportar os encargos trabalhistas e previdenciários ordinários decorrentes da atividade contratada. Em todos esses casos, tomadora e prestadora responderão solidariamente pela reparação de ofensa ou violação a direitos laborais.** |

**FUNDAMENTAÇÃO**

 A Lei n. 13.467/2017 alterou o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, inovando o que já era absolutamente novo no ordenamento legal brasileiro (à vista da Lei n. 13.429/2017), para registrar o seguinte:

**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. (*g.n.*)

Logo a seguir, tratando da figura do *contratante* nas relações de terceirização, alterou o art. 5º-A para registrar o seguinte:

**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. (*g.n.*)

À vista disso, é preciso compreender que, sob a nova regência legal, a terceirização de serviços passa a se submeter a um novo padrão de legalidade. A *“mens legislatoris” ─* ou, ao menos, a do relator do PL n. 6.787 na Câmara dos Deputados, o Deputado Rogério Marinho ─ era a de que a terceirização estaria absolutamente liberada para quaisquer atividades, fossem “principais” (atividades-fim, na expressão da Súmula n. 331/TST) ou não (atividades-meio), sem maiores limitações.

Será essa, porém, a *“mens legis”*, mercê do sistema jurídico em que os novos preceitos se inserem? Vejamos.

Até o advento da Lei n. 13.429/2017, trabalhadores terceirizados tinham, sim, uma estrutura de proteção a seus direitos sociais mínimos, não por lei, mas pela jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Essa jurisprudência está sintetizada na Súmula nº 331 do TST, pela qual a terceirização é lícita em apenas quatro hipóteses: (a) na contratação de trabalhadores por empresa de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 1974), mesmo em atividades-fim da empresa; (b) na contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983); (c) na contratação de serviços de conservação e limpeza; e (d) na contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Se o Parlamento pretendia "positivar" essa proteção, bastaria editar lei que reproduzisse e especificasse esses critérios.

Em todo caso, explicita-se o óbvio: se desde Adam Smith a riqueza se produz com força de trabalho, capital e natureza (matéria-prima), é salutar que a empresa, nas suas atividades-fim (isto é, naquilo que perfaz a sua atividade econômica principal e a situa no mercado), mantenha força de trabalho própria, sob sua subordinação e responsabilidade. Para as atividades-fim, deveriam ter empregados próprios. Do contrário, consagraríamos a mercancia de mão de obra: para produzir bens ou serviços, bastaria "comprar" força de trabalho oferecida por interpostas empresas, sob regime de comércio. Empresas que, ao cabo e ao fim, lucram "emprestando" pessoas.

Se essa possibilidade agora se abre francamente, à luz do novo art. 4º-A da Lei 6.019/1974, é algo que caberá discutir à luz da Constituição, e que não é objeto desta tese. A rigor, entendemos que, se dois trabalhadores executarem as mesmas funções, sob mesma jornada, em um mesmo contexto produtivo, deverá receber o mesmo salário, independentemente de quem seja o seu empregador; do contrário, haverá malferimento crasso ao princípio constitucional da isonomia. Para mais, representa violação direta ou oblíqua a diversas convenções internacionais das quais o Brasil é parte, como a Convenção 111, que repudia o tratamento discriminatório entre trabalhadores, e as Convenções 98 e 151 da OIT, que tratam da proteção contra atos antissindicais e da sindicalização no serviço público. A contratação de empregados e funcionários terceirizados enfraquece os sindicatos, ao retirar dos trabalhadores a sua unidade e capacidade de mobilização, além de sua própria consciência de classe. Afinal, trabalhadores nas metalúrgicas já não serão metalúrgicos, assim como trabalhadores em bancos já não serão bancários; tornar-se-ão, paulatinamente, trabalhadores em empresas de locação de mão de obra.

Os defensores da novidade dizem que a nova regra calará as cortes trabalhistas, porque já não haverá a margem de insegurança jurídica ditada pela dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio. Falso, pois o litígio apenas migrará. As cortes trabalhistas não discutirão mais se a atividade terceirizada é, para a empresa tomadora de serviços, finalística ou acessória. Discutirão se de fato ela é fornecida por uma empresa "especializada", que detenha "know-how" diferenciado para aquela atividade, ou se é apenas um simulacro de empresa, sem qualquer especialização técnica, que existe basicamente para fornecer mão de obra comum à(s) tomadora(s). E, mais, à luz do novo texto, se as empresas prestadoras de serviço têm *capacidade econômica* para prestá-lo. Trata-se de *interpretação literal* do que agora consta do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, como *condição de validade* do fenômeno jurídico da terceirização.

Por outro lado, a se considerar a redação dos arts. 3º-A e 5º-A da mesma lei, agora pela via da interpretação sistêmica, é certo que apenas *pessoas jurídicas empresárias* poderão prestar serviços para terceiros tomadores, o que *exclui*, nos termos do Código Civil brasileiro, cooperativas de toda ordem (sejam cooperativas de serviço, sejam cooperativas de mão-de-obra), porque, no rigor da lei, cooperativas são necessariamente *sociedades não-empresárias.*

Daí se extrair, como tese, que a contratação de mão-de-obra por interposta pessoa (= terceirização de serviços) é irregular ─ e, portanto, ilícita ─ se **(a)** a prestadora de serviços não exercer atividade empresária típica, na acepção do art. 966 do Código Civil (assim, p. ex., “laranjas”, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que não desempenhem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços); ou se **(b)** a prestadora de serviços não for sociedade empresária ou não puder exercer atividade empresária típica (assim, p. ex., associações civis e cooperativas em geral, *ut* arts. 53 e 982, par. único, *in fine*, do Código Civil); ou ainda se **(c)** a prestadora de serviços não detiver idoneidade econômica para suportar os encargos trabalhistas e previdenciários ordinários, como decorrentes da atividade a cuja execução se propôs (assim, p. ex., nas hipóteses da Súmula TST n. 331, IV).

Em todos esses casos, como consectário legal necessário, se da prestação terceirizada irregular decorrer prejuízo para os trabalhadores da contratada, tomadora e prestadora responderão solidariamente pela reparação da ofensa ou da violação do direito, nos termos do artigo 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, aplicável às relações de trabalho *ut* art. 8º/CLT.

\*\*\*\*\*\*\*\*