

*Atividade-Meio e Terceirização Lícita:  
diretrizes para o enquadramento do trabalho terceirizado no âmbito de  
atividade-meio da empresa tomadora dos serviços*

Secondary Activities and Legal outsourcing: norms for the classification of  
outsource work within the secondary activities of the borrower

*Sergio Torres Teixeira\**

**Resumo:**

O presente artigo se destina a desenvolver um estudo crítico acerca do enquadramento do trabalho desenvolvido por um trabalhador terceirizado como atividade-meio do tomador dos respectivos serviços. O principal critério de aferição impõe um exame crítico do objeto social da empresa tomadora dos serviços, segundo as letras do seu estatuto, para medir o grau de relevância do serviço objeto da terceirização para a consecução dos objetivos empresariais do respectivo empreendimento. Para desenvolver tal exame crítico, o intérprete poderá promover uma análise "atomizada" dos serviços executados por todos os trabalhadores que, de alguma forma, contribuem para o funcionamento da empresa na consecução dos seus objetivos, dividindo ou reduzindo a empresa a pequenas "partículas" representativas de cada atividade desenvolvida, para então, após selecionar aqueles "átomos" (serviços) que realmente podem ser consideradas prescindíveis ao objeto social, classificar estes como próprios de uma atividade-meio da entidade, uma vez que a sua eliminação não prejudica irremediavelmente a dinâmica operativa empresarial nem põe em risco a própria sobrevivência mercantil da empresa. Ou, por outro caminho, é possível desenvolver um estudo "molecularizado" de tais serviços, identificando quais as moléculas (serviços/atividades) que precisam colidir (ser desenvolvidos em conjunto) para alcançar os objetivos sociais da empresa (reação desejada). A terceirização será válida se o respectivo serviço puder ser enquadrado como uma atividade periférica e meramente instrumental, de apoio à respectiva atividade empresarial principal da tomadora dos serviços, que, mesmo sendo considerada relevante dentro de tal âmbito complementar, não se revela imprescindível à criação ou ao fornecimento do produto/serviço/atividade que constitui a essência da existência da entidade empresarial. A terceirização será ilícita se o respectivo serviço puder ser classificado como uma

\* Sergio Torres Teixeira é desembargador do TRT6, professor adjunto da FDR/UFPE e UNICAP, doutor em direito pela UFPE e membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

atividade absolutamente indispensável à consecução dos objetivos institucionais da empresa, própria do seu objeto social, conforme estatutariamente previsto e, eventualmente, em outros regulamentos normativos aplicáveis à respectiva atividade empresarial.

**Palavras-Chave:**

Terceirização. Atividade-Meio. Serviço Especializado.

**Abstract:**

This article is intended to develop a critical study of the method of classification of the service of an outsource worker as secondary activities of the borrower of those services. The main criteria requires a critical examination of the social object of the borrowing firm, according to their social contract, to measure the degree of relevance of the service object of outsourcing in order to achieve the business objectives of their enterprise. To develop such a critical examination, the interpreter could promote an "atomized" analysis of the services performed by all workers who, in some way, contribute to the operation of the company in achieving its goals, dividing or reducing the company into to small "particles" representative of each activity performed, and then, after selecting those "atoms" (services) that can actually be considered expendable to the purpose, classify these as a secondary activity of entity, since its deletion does not irreparably harms dynamic business operating or endangers the survival of commercial company. Or, another way, it is possible to develop a "molecular" study of such services, identifying which molecules (services / activities) that need to collide (being jointly developed) to achieve the social objectives of the company (desired reaction). Outsourcing is valid if the respective service can be framed as a peripheral and purely instrumental activity, supporting its main business activity of the receiver of services, which, although considered relevant within such additional context it does not seem essential to the creation or the supply of the product /service/activity that constitutes the essence of existence of the business entity. Outsourcing will be unlawful if their service can be classified as an activity absolutely essential to the achievement of institutional goals of the company, its own corporate purposes, as statutorily provided for and eventually other normative regulations applicable to its business activity.

**Keywords:**

Outsourcing. Secondary Activities. Specialized Service.

**SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Caracterização da Terceirização Lícita; 3. Serviços Especializados Ligados à Atividade-Meio do Tomador e Atividade-Fim da Empresa; 4. Critérios para o Enquadramento do Serviço Especializado como Atividade-Meio do Tomador de Trabalho Terceirizado. 5. Conclusões. 6. Referências.**

## **1. Introdução**

O trabalho terceirizado corresponde hoje a um dos principais ramos de atividades no cenário sócio-econômico do Brasil, absorvendo uma parte considerável da mão-de-obra nacional. Apesar da forte resistência levantada por aqueles que combatem a precarização laboral que frequentemente as acompanham, as relações trilaterais de trabalho desenvolvidas por meio da terceirização de serviços têm florescido com grande intensidade no cenário socioeconômico brasileiro desde a década de 80 do século passado.

Uma das mais destacadas manifestações da chamada "flexibilização" ou "flexibilidade laboral", a terceirização se apresenta como reflexo direto de um processo de reengenharia empresarial ocorrida nas últimas décadas do Século XX, decorrente do declínio do modelo *taylorista/fordista* de organização do trabalho e o crescimento de um novo modelo organizacional de produção (o *toyotismo*), ao lado de outras modificações estruturais geradas pelas inovações tecnológicas e suas repercussões nas formas de desenvolvimento do trabalho e as alterações nas próprias fórmulas de gestão de trabalhadores (BARROS, 2008, p. 445; MARTINEZ, 2012, p. 220).

Os liames laborais triangulares de tal gênero, surgindo como contraponto ao clássico vínculo bilateral entre empregado e empregador aglutinam três relações distintas que se desenvolvem num feixe de múltiplos elos, reunindo em seu bojo duas relações de trabalho autônomo e um elo de emprego.

Há, pois, um complexo de relações na terceirização, da qual se extrai, além da natural aproximação entre seus sujeitos, um distanciamento no plano abstrato de vínculos usualmente entrelaçadas, como leciona DELGADO:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (2011, p. 426).

Na sua versão (já) tradicional com três sujeitos (existem relações plurilaterais em moldes semelhantes com quatro ou mais sujeitos), a terceirização envolve as seguintes relações: a) uma relação de trabalho autônomo (usualmente de prestação de serviços) entre uma empresa tomadora dos serviços e uma empresa interposta (prestadora de serviços), com os empregados desta prestando serviço para aquela; b) uma relação de trabalho autônomo (em sentido amplo) entre a tomadora de serviços e o empregado da empresa interposta que realiza a respectiva atividade laboral (usualmente seguindo a mesma natureza da relação entre as duas empresas); e c) uma relação de emprego entre a empresa interposta e o empregador que desenvolve o trabalho em favor da empresa tomadora de serviço.

Em cada uma das três relações, dois dos sujeitos da terceirização assumem posições distintas. Em cada um dos três vínculos, uma disciplina jurídica diferente em virtude da natureza do respectivo liame e do enquadramento jurídico dos respectivos sujeitos.

Não é tal multiplicidade, no entanto, que representa a principal fonte de discussões acerca da terceirização. Prevalece como elemento gerador das maiores controvérsias envolvendo o respectivo fenômeno, na realidade, a discussão acerca da contribuição social que tal forma de trabalho proporciona para a sociedade contemporânea.

Para uns, se destacam os aspectos negativos da terceirização, permitindo a exploração de trabalhadores terceirizados e o afastamento destes de conquistas trabalhistas alcançadas por outras categorias, em contramão à busca pela garantia do direito ao trabalho decente. A terceirização seria um mecanismo de sonegação de direitos laborais, capaz de mascarar vínculos de emprego com os tomadores do serviço e marginalizar trabalhadores terceirizados, submetendo estes a condições indignas de trabalho.

Conforme apontado por DELGADO, a

dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e a relação empregatícia (firmada como a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares do Direito do Trabalho ao longo de sua história. (2011, p. 426).

Para outros, o trabalho terceirizado representa uma contribuição positiva à sociedade contemporânea por gerar milhões de empregos a trabalhadores que, sem a intermediação das empresas interpostas, encontrariam o desemprego e a marginalização social de fato. Representaria, ainda, um método de aumentar a eficiência empresarial e melhorar a qualidade do produto ou serviço oferecido pela entidade tomadora.

Herói ou vilão?

Ou talvez um pouco dos dois?

A discussão sobre qual posto deve ser ocupado pelo trabalho terceirizado não será o foco do presente texto. As diversas variáveis (tipo de serviços objeto da terceirização, direitos assegurados aos trabalhadores terceirizados, idoneidade das empresas interpostas e das empresas tomadoras de serviços, etc.) não permitem uma análise crítica de tal natureza em poucas linhas.

O objeto será outro, mais específico, mas igualmente controverso: as diretrizes para o enquadramento como atividade-meio do trabalho desenvolvido pelo trabalhador no âmbito de uma terceirização lícita.

Tema central de centenas de ações trabalhistas processadas na seara da Justiça do Trabalho nos últimos anos, com os mais variados resultados (considerando tanto as diferentes posições de cada julgador, mas, igualmente, as peculiaridades de cada caso), a questão acerca da licitude ou ilicitude das respectivas relações trilaterais tem gerado profundos debates entre magistrados, membros do ministério público e advogados, bem como acaloradas discussões entre os próprios protagonistas da relação triangular.

Como classificar o trabalho desenvolvido por um trabalhador terceirizado em uma dessas duas categorias: atividade-meio ou atividade fim da empresa tomadora dos serviços?

Um exame crítico dos elementos pertinentes será desenvolvido a partir da próxima seção com o objetivo de permitir uma resposta, se não definitiva, ao menos contextualmente conclusiva a tal indagação.

Antes de iniciar a respectiva missão, entretanto, é necessário destacar que ainda na fase de pesquisa e preparação da redação do presente artigo, os integrantes da Justiça do Trabalho e os jurisdicionados em geral foram "surpreendidos" pela notícia acerca da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 16 de maio de 2014, no sentido de reconhecer por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavaski; não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e

Cármem Lúcia), a repercussão geral da questão constitucional suscitada no Processo ARE 713.211-MG (Recurso Extraordinário com Agravo) ... exatamente os limites da terceirização lícita.

Como destacado pelo respectivo relator, o Ministro Luiz Fux:

*O thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

Já convivendo com as expectativas geradas pela tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei 4.330/2004 (conhecido como "PEC da Terceirização"), que prevê, dentre outras inovações (ou seriam "involuções"?), a admissibilidade de contratos de terceirização envolvendo serviços inerentes à atividade econômica da empresa tomadora dos serviços (ou seja, a terceirização de serviços próprios da atividade-fim da tomadora), o recente pronunciamento do STF acaba por provocar ainda mais ansiedade dentro de um clima de incerteza (ou mesmo insegurança) que paira sobre as relações de trabalho no Brasil contemporâneo.

Tal novidade no *front* do Judiciário nacional, assim, acaba por revestir de um caráter de condicionalidade as linhas que serão desenvolvidas nas próximas seções, pois a permanência das diretrizes normativas, jurisprudenciais e doutrinárias ora adotadas está submetida a um elo de dependência com a futura decisão do órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro.

Mesmo diante de tal quadro de "vulnerabilidade" dos pressupostos que serão utilizados como fundamentos para as constatações que serão extraídas, a relevância da discussão de um tema tão inquietante, bem como a própria incerteza quanto ao momento da definição da polêmica e quanto ao próprio resultado do julgamento, levam o autor dessas a linhas a prosseguir na análise crítica projetada para almejar alcançar, ao menos dentro dos limites do presente contexto de precariedade momentânea, constatações conclusivas ... mesmo que condicionadas.

Mas a vida é sempre "condicionada" ao momento no qual é vivida, não é mesmo?

À missão.

## 2. Caracterização da Terceirização Lícita

No ordenamento jurídico pátrio, podem ser identificadas duas espécies básicas de terceirização "tradicional" (em contraponto à terceirização no modelo sistemista ou de fornecimento global, comum no ramo automobilístico, quando várias empresas se reúnem num mesmo espaço físico), a que envolve a contratação de trabalhadores e a que tem por objeto a contratação de serviços. (MARTINEZ, 2012, p. 221-229).

A terceirização para contratar obreiros é, em princípio, proibido. Não é admissível utilizar uma empresa interposta para contratar trabalhadores, conforme destacado na (já cancelada) Súmula 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, aprovada em 1986:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Ainda na década de 1980 do século passado, assim, em virtude do crescente surgimento de relações trilaterais, o Tribunal Superior do Trabalho assumiu uma posição ativa e ao mesmo tempo conservadora das tradições do Direito do Trabalho pátrio, produzindo a sua Súmula 256, cujo texto estabelecia uma vedação genérica à nova modalidade de relação laboral.

Com o objetivo de preservar a índole tuitiva do ordenamento jurídico laboral, o TST inicialmente se posicionou de forma a resistir às primeiras formas de terceirização, adotando uma postura de proibição à formação de relações triangulares de trabalho envolvendo uma empresa tomadora de serviços, uma empresa interposta e um empregado desta que prestaria serviços àquela (salvo nos casos específicos envolvendo o trabalho temporário e o serviço de vigilância, regidos pelas Leis 6.019/74 e 7.102/83, respectivamente). A consequência pela inobservância da norma sumular seria o reconhecimento de um elo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora dos serviços, maculando a relação trilateral como uma fraude à legislação trabalhista consolidada, nos moldes do artigo 9o. da CLT, em franca violação à dignidade da pessoa humana do trabalhador (GARCIA, 2011, p. 354).

Em que pese a vedação à prática do *marchandage* (negociação) da força de trabalho de um trabalhador em particular entre duas empresas, a antiga Súmula 256 previa exceções, sendo que de acordo com a jurisprudência e doutrina contemporâneas,

há apenas uma exceção: a terceirização de contratação de trabalhador tipificada na Lei 6.019 de 1974, envolvendo o chamado trabalho temporário. Neste caso excepcional, permanece sendo considerada admissível a contratação por uma empresa (empresa cliente) de um trabalhador por meio de uma empresa interposta (empresa de trabalho temporário), nas hipóteses descritas na respectiva Lei.

A terceirização para contratação de serviços, por outro lado, apresenta uma realidade distinta. Tal modalidade é conceituada por MARTINEZ como

técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, transporte e alimentação. (2012, p. 223).

Similar é o pensamento da saudosa magistrada e professora da UFMG, Alice Monteiro de Barros, segundo a qual "o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal" (BARROS, 2008, p. 446).

Apesar de já estar enraizada na realidade laboral pátria há décadas, a terceirização de serviços, até o presente momento, não foi objeto de uma regulamentação legal própria, apta a disciplinar as consequências jurídicas de tal forma de execução de serviços.

Anos depois da edição da citada Súmula 256, amoldando o seu pensamento à realidade inafastável das novas formas de produção econômica e a consequente disseminação da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a sua posição inicial por meio da edição da sua Súmula 331 em 1994, originalmente dividida em quatro incisos:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

O inciso I da nova Súmula 331 repetiu, na maior parte, o texto da antiga Súmula 256, apenas retirando qualquer referência ao serviço de vigilância. A mensagem do TST, ainda com o escopo de preservar a relação de emprego nos seus moldes clássicos e com o protecionismo próprio da legislação laboral, passou a ser menos abrangente mas mais incisiva: subordinação jurídica direta e pessoalidade como traços de uma relação entre um trabalhador e um tomador dos seus serviços que não seja um empregador típico, somente nos casos excepcionalíssimos intermediados por uma empresa de trabalho temporário nos termos da Lei 6.019 de 1974.

A consequência jurídica pela desobediência ao comando jurisprudencial continuava o mesmo: com exceção do trabalho temporário, em qualquer outra hipótese de relação trilateral de trabalho executado pelo obreiro de forma *intuitu personae* e sob subordinação direta aos destinatários dos seus serviços, haverá fraude e será formado um elo de emprego direto entre o trabalhador e a empresa tomadora, salvo no caso de ser esta uma entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional, conforme destacado no inciso II da nova Súmula 331.

Esta última excepcionalidade foi justificada pela expressa menção ao artigo 37, inciso II, da Constituição da República, que condiciona o ingresso no serviço público a prévia aprovação em concurso público, e, assim, invalida a formação de um vínculo de emprego público entre o trabalhador e o ente da administração pública que atue como tomador dos serviços, quando decorrente simplesmente de uma relação trilateral fraudulenta. Mesmo havendo a irregularidade, a exigência constitucional veda a consolidação de uma relação de emprego como consequência da ilicitude na seara laboral.

O texto primitivo do inciso IV da Súmula 331 se destinou a disciplinar as consequências patrimoniais de uma relação triangular lícita, sendo posteriormente modificado no ano 2.000

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)

E, novamente, em 2011, chegando à sua atual redação e com o acréscimo de mais dois incisos:

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.

Em linhas gerais, havendo o inadimplemento de obrigações trabalhistas no âmbito de uma relação triangular de terceirização regularmente formada, a entidade tomadora dos serviços assumirá uma responsabilidade subsidiária (em comparação com a responsabilidade primária da empresa interposta empregadora do trabalhador terceirizado) pelos créditos devidos ao obreiro em relação ao período laboral no qual ocorreu a prestação de serviços à mesma, mas somente poderá ter seus bens sujeito às medidas de constrição judicial se tiver tido a oportunidade de participar da relação processual cognitiva e conste no título executivo como devedora. Quando a tomadora dos serviços for entidade da administração pública, por sua vez, a sua responsabilidade patrimonial subsidiária estará condicionada à efetiva demonstração de sua culpa (*in eligendo* ou *in vigilando*) pelo quadro de inadimplemento.

A discussão acerca das consequências patrimoniais de uma terceirização lícita, no entanto, não é o foco do presente texto.

Mas o estudo da disciplina do inciso III da Súmula 331, intacto desde a sua edição em 1994, é.

Novamente, o seu texto:

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

Tal dispositivo sumular estabelece a existência de três requisitos para a validade de uma relação triangular de terceirização de serviços, envolvendo os seguintes elementos: a) tipo de serviço prestado pelo trabalhador terceirizado; b) ausência de subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços; e c) ausência, no âmbito da relação entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, do caráter *intuitu personae* típico da relação de emprego.

Quanto a este último requisito, o inciso III da Súmula 331 é preciso ao exigir a inexistência da personalidade como característica da relação terceirizado-tomador. Tal natureza personalíssima da prestação de serviços, nos moldes exigidos pela Consolidação das Leis do Trabalho no seu artigo 2o. (e não, curiosamente, no seu artigo 3o., dispositivo este que apresenta o conceito legal de empregado), é própria da relação entre empregado e empregador, sendo apenas excepcionalmente admitida numa relação enquadrada como de natureza autônoma, da espécie prestação de serviços (quando, por exemplo, um cliente contrata para atuar na sua defesa em um processo judicial não um escritório de advocacia, mas sim um renomado advogado em particular). E, numa relação triangular na qual o vínculo de emprego é aquele existente o trabalhador e a outra empresa (a entidade interposta), não há como admitir a licitude do liame trilateral quando a personalidade é característico das duas relações envolvendo um mesmo trabalhador.

A índole *intuitu persone* da prestação de serviços do trabalhador terceirizado, por conseguinte, somente pode existir no âmbito da relação de emprego que o liga à empresa interposta, não podendo ser simultaneamente uma característica desta e da relação mantida entre o mesmo trabalhador e a empresa tomadora dos seus serviços terceirizados.

Tal dualidade na personalidade prestacional ... tal concomitância de uma característica única e peculiar (prestação personalíssima do serviço) ... macula a relação trilateral de forma a prejudicar a validade da terceirização, tornando esta ilícita. E, como consequência, gera a formação de um vínculo de emprego diretamente entre o obreiro e a tomadora (salvo na mencionada exceção envolvendo o ente da administração pública que atua como tomador dos serviços).

O inciso III da Súmula 331 também impõe a inexistência de subordinação jurídica do trabalhador terceirizado ao tomador dos serviços, como requisito para a licitude da terceirização.

Nada mais natural.

A subordinação jurídica, nos moldes estabelecidos pelo artigo 3o. da CLT, é peculiar à relação de emprego. E, como tal, não pode ser encontrada dentro de uma relação de prestação de serviços alheia à modalidade empregatícia.

Não há como admitir a validade de uma relação de trabalho autônomo, como aquela que deve existir entre o trabalhador terceirizado e o seu tomador de serviços, quando o prestador se encontra juridicamente subordinado ao tomador ... de forma a

transferir ao tomador o poder diretivo sobre a forma de realização de suas atividades laborativas. Assumindo o trabalhador uma posição de submissão ao poder de comando da entidade tomadora dos seus serviços, sujeitando-se a ordens e ao direcionamento inerentes a uma relação de poder empregatício, é evidente a natureza fraudulenta da respectiva relação de terceirização.

É permitida pela diretriz sumular do inciso III, por outro lado, a presença de uma relação de submissão secundária denominada de "subordinação indireta", comum em relações com múltiplos sujeitos.

Da mesma forma como, numa hipótese no qual o empregado de um empreiteiro contratado para fazer a reforma na sua cozinha, ao ingressar na sua residência para fazer o serviço, naturalmente se submete aos seus "poderes" naturais como "dono/dona da obra" (ou, no caso, como "dono/dona da casa"), somente agindo dentro de limites que as suas expressões faciais permitirem (e não duvidem do "poder" de tais impressões visuais sobre seus visitantes, operários ou não!), é igualmente natural que um trabalhador terceirizado, ao atuar na faxina de uma agência bancária, também se sujeite a uma certa "submissão" ao gerente da respectiva unidade. Não uma subordinação jurídica típica de uma relação de emprego, mas sim uma "subordinação indireta", pois submetida ao crivo, à prévia autorização, da empresa interposta.

Noutras palavras, o trabalhador terceirizado escuta e segue os direcionamentos feitos pelo responsável da empresa tomador dos serviços, mas em virtude das ordens oriundas da empresa interposta (sua empregadora). Ou seja, as "ordens" do tomador são obedecidas pelos terceirizados em virtude da existência de ordens prévias do verdadeiro empregador deste último, no sentido de seguir aquelas.

Agora, para se enquadrar como tal (subordinação indireta), é imprescindível a presença ativa da empresa interposta. O exercício do poder não admite vácuo ... e, assim, se a empresa interposta se revelar ausente, é provável que a subordinação se transforme de indireta em direta ... como o trabalhador terceirizado visualizando o representante da empresa tomadora como seu verdadeiro superior hierárquico. A submissão às ordens do tomador passa a ser algo natural e sem desvios ... uma vez que omissa a participação da empresa tomadora.

E, nesse caso, a presença da subordinação jurídica tornará inválida a relação de terceirização, gerando tal ilicitude a formação de vínculo de emprego diretamente entre o obreiro e o tomador dos seus serviços.

Mas ... e nas outras formas de manifestação da subordinação jurídica, além da modalidade clássica?

Segundo DELGADO (2011, p. 293), a subordinação jurídica do empregado ao seu empregador pode ser manifestar em qualquer uma de três dimensões, que não se excluem, mas se completam: a) a **subordinação clássica**, caracterizada pela sujeição do empregado ao poder diretivo patronal, quando o empregado admite ser dirigido na execução de suas atividades laborais pelo tomador de seus serviços em troca da contraprestação paga por este último; b) no **âmbito objetivo**, pela integração do empregado nos fins do empreendimento e nos objetivos empresariais do tomador dos seus serviços, mesmo que não venha a receber ordens diretas deste último; e c) na **dimensão estrutural**, pela inserção do empregado na estrutura e dinâmica da organização empresarial, de forma que o obreiro esteja estruturalmente ligado ao processo operativo do tomador, mesmo que não receba ordens diretas e mesmo que não se integre aos objetivos do empreendimento), a subordinação é um elemento essencial à relação de emprego e parte básica de sua estrutura.

A "subordinação indireta" autorizada pelo inciso III da Súmula 331 do TST abrange as dimensões objetiva e estrutural da subordinação jurídica?

O reexame dos conceitos de terceirização acima citados, de autores renomados da literatura especializada, levam à constatação de que a terceirização de serviços necessariamente envolve a execução, pelo trabalhador, de atividades laborativas de interesse da entidade tomadora dos serviços, que contribuem para a consecução da finalidade social da empresa. Nesse sentido, a visão de que a terceirização implica em "transferir para outrem atividades consideradas secundárias" (BARROS, 2008, p. 446). Noutras palavras, corresponde a uma técnica "por meio da qual uma empresa, visando concentrar seus esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais" (MARTINEZ, 2012, p. 220). E, por meio dela, "se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalista que lhe seria correspondente" (DELGADO, 2011, p. 426).

Dentro de tal contexto, é absolutamente inevitável que a atuação do trabalhador, na terceirização de serviços, envolva atividades laborativas que, em algum plano, de alguma maneira, mesmo de que forma meramente parcial ou de modo mitigado, sejam transcendentais ou ao menos paralelas às dimensões objetiva e estrutural da subordinação.

Se a finalidade maior, em tese, da terceirização é diminuir custos operacionais e melhorar a qualidade do serviço ou produto fornecido pela entidade tomadora (BARROS, 2008, p. 446), é lógico que o serviço prestado pelo trabalhador terceirizado será relevante para a consecução dos fins empresariais da tomadora, e, como consequência, o trabalho desenvolvido pelo obreiro, mesmo quando considerado de simples apoio ou de natureza meramente instrumental, estará vinculado à dinâmica operativa da atividade empresarial do tomador e contribuirá, mesmo de modo secundário, à realização dos objetivos da empresa.

Simplesmente não há como fugir a esta realidade: na terceirização de serviços haverá sempre, em algum nível de menor ou maior intensidade, a sobreposição do quadro fático configurador da subordinação objetiva (integração do obreiro nos fins e objetivos empresariais) e/ou do quadro empírico essencial à configuração da subordinação estrutural (inserção do trabalhador à dinâmica operativa do tomador) diante da situação concreta na qual se visualiza a respectiva relação triangular de trabalho.

Não é relevante, para o adequado funcionamento de uma instituição financeira, o serviço prestado pelo vigilante empregado de uma empresa de vigilância? Mesmo não executando uma atividade laboral diretamente vinculada ao objeto social da tomadora, é possível afirmar que a sua função não está integrada aos objetivos do empreendimento, notadamente a segurança imprescindível à consecução das atividades bancárias, inclusive a dos clientes que visitam a agência? A dinâmica operativa do banco não envolve, também, a prestação de serviços bancários em condições de segurança proporcionada pela atuação dos vigilantes?

Será que não há um *overlapping* ao menos parcial ou mitigada entre as atribuições do vigilante e as atividades empresariais que constituem o objeto social do banco, gerando uma inserção/integração de tal trabalhador no processo operativo da instituição bancária, de forma que é possível visualizar, mesmo que forma tênue, a subordinação nas dimensões objetiva e estrutural, nas lições de DELGADO (2011, p. 293)?

Não se está indagando se é um bancário típico o vigilante (terceirizado ou não) que presta serviços a uma instituição bancária. O próprio TST já consolidou o entendimento de que "O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário" (texto da Súmula 257, mantido intacto até os dias atuais). A indagação é no sentido de questionar se não há, mesmo que de modo

mitigado, integração do serviço prestado pelo vigilante no processo de concretização dos fins empresariais do tomador do serviço.

A resposta é evidente, ao menos quando examinada a questão com uma visão mais objetiva e menos parcial, destituída dos excessos típicos daqueles que, com os exageros naturais da paixão, desejam elevar o trabalho terceirizado ao status de "herói" ou reduzi-lo ao patamar de "vilão" no cenário contemporâneo das relações laborais no país.

Mesmo os serviços "meramente instrumentais", como destacado por MARTINEZ (2012, p. 220), implicam na integração e inserção do trabalhador dentro dos fins do processo produtivo do tomador e da estrutura empresarial. Em breve, diante da nova realidade do Processo Judicial Eletrônico (PJe), não será impensável a ideia de que o trabalhador de "TI" (tecnologia da informação) que atua na manutenção e funcionamento do sistema telemática se tornará uma peça tão essencial ao Judiciário que superará em prestígio ... o próprio julgador!

A relevância (e mesmo imprescindibilidade) dos serviços de apoio às atividades de consecução direta dos objetivos empresariais, portanto, necessariamente geram um quadro de integração/inserção do trabalhador terceirizado dentro do plano empresarial do tomador dos serviços, mesmo que de um modo menos intenso em comparação com aqueles trabalhadores que estão executando diretamente os serviços que materializam os fins empresariais da tomadora.

E se há tal integração/inserção do obreiro, há também, mesmo que forma tênue, a subordinação jurídica nas suas dimensões objetiva e estrutural.

Mas como compreender tal sobreposição de conteúdos à luz da Súmula 331 do TST, que expressamente admite a validade de uma terceirização quando satisfeitas as exigências previstas no seu inciso III?

São as próprias letras do citado dispositivo que revelam as diretrizes da hermenêutica que devem ser seguidas pelo intérprete.

É o enquadramento do serviço desenvolvido pelo trabalhador terceirizado no âmbito da relação triangular de terceirização, por conseguinte, que vai definir, mesmo que diante de linhas tênues, a presença ou não de uma subordinação objetiva ou de uma subordinação estrutural capaz de, pela sua intensidade, descaracterizar a respectiva relação trilateral.

A espécie de serviços prestados pelo trabalhador terceirizado e a sua relação com o objeto social da empresa é que vai servir de critério de aferição para definir se o

grau de sobreposição é intensa o suficiente para justificar o reconhecimento da existência da subordinação jurídica na sua dimensão objetiva ou na sua dimensão estrutural.

Se for um serviço enquadrado como de atividade-meio, a intensidade será menor, e, como consequência, os resquícios de subordinação presentes serão considerados como próprios de uma subordinação indireta. Se for um serviço compreendido como próprio da atividade-fim da empresa, a intensidade da sobreposição ensejará o reconhecimento da subordinação no plano objetivo e/ou na dimensão estrutural, configurando uma terceirização ilícita.

O tipo de serviço prestado pelo trabalhador terceirizado, é que será a chave para definir a maior ou menor intensidade da subordinação nas suas dimensões objetiva e estrutural, de forma a admitir o respectivo elo de "submissão/integração/inserção" como dentro dos limites da "subordinação indireta" permitida pela Súmula 331 para a caracterização de uma terceirização lícita.

O exame, no âmbito da terceirização de serviços, da intensidade da presença das dimensões objetiva e estrutural da subordinação jurídica, destarte, acabe apresentando como critério de aferição o elemento que o inciso III apresenta como seu terceiro e mais relevante requisito para a validade da respectiva relação triangular: o tipo de serviço prestado pela empresa interposta.

É esta terceira exigência prevista no inciso III da Súmula 331, assim, que mais reclama a atenção deste estudo.

Devida à sua importância dentro do contexto do exame, entretanto, a análise será desenvolvida numa seção exclusiva, a seguir.

### **3. Serviços Especializados Ligados à Atividade-Meio do Tomador e à Atividade-Fim da Empresa**

Na terceirização lícita, o objeto do contrato entre a empresa interposta e a empresa tomadora há de ser, necessariamente, os serviços específicos que serão prestados pelos empregados daquela, e não os trabalhadores que devem executar o respectivo trabalho. É importante destacar novamente que a Súmula 331 do TST veda, de forma inequívoca, a terceirização por meio de "locação de mão-de-obra" ou *marchandage* de trabalhadores. Conforme anteriormente ressaltado, a contratação de

um trabalhador por empresa interposta somente é legal quando realizada nos moldes da Lei 6.019/74, por meio do trabalho temporário.

Para ser válida a terceirização de serviços, destarte, o objeto do contrato entre a empresa interposta e a empresa tomadora dos serviços deve ser, necessariamente, um serviço delimitado e definido, não havendo espaço para relações trilaterais envolvendo serviços genéricos ou concentrados na pessoa do trabalhador que vai desenvolver o labor. A licitude da terceirização exige que o foco do negócio entre as duas empresas seja um serviço especializado a ser prestado, seja quem for o trabalhador terceirizado.

O inciso III da Súmula 331, por sua vez, elenca três modalidades de serviços aptos a legitimar a terceirização: a) serviços de vigilância; b) serviços de conservação e limpeza; e c) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

A primeira hipótese é de fácil identificação e de justificativa plausível. Envolve os serviços de vigilância regulamentados por uma norma específica, a Lei 7.102 de 1983.

Os artigos 10 e 15 desta já delimitam a atividade enquadrada como própria de tal modalidade de serviço, incluindo a vigilância patrimonial de instituições financeiras e de outros estabelecimentos, transporte de valores ou garantia de transporte de bens e atividades de segurança privada de pessoas e estabelecimentos. A admissibilidade do uso da terceirização para tal espécie de serviço, por seu turno, encontra amparo na própria Lei 7.102/83, que expressamente prevê a possibilidade da exploração de serviços de vigilância por empresas criadas para tal fim e destinados a atender a demanda de pessoas ou entidades com a necessidade de contratar tais serviços.

A segunda hipótese, tipificada pelo texto da Súmula 331 como de serviços de "conservação e limpeza", envolve uma outra atividade laboral que, se não se enquadra como absolutamente essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial, é reconhecidamente um serviço de apoio imprescindível ao bem-estar do ambiente de trabalho de boa parte das empresas e instituições.

Basta imaginar como seria inóspito qualquer unidade do Judiciário que não contasse com o indispensável apoio do pessoal (terceirizado) do serviço de limpeza ...

Em casos envolvendo entidades de menor porte, é até possível ver as tarefas de limpeza e de conservação ser executadas pelos próprios empregados da empresa ... mas da mesma forma como tais serviços são frequentemente exercidos por outros dentro das nossas residências (no exemplo, ao invés dos membros da unidade familiar, o respectivo empregado doméstico ou uma diarista "faxineira" para os serviços pesados de limpeza)

... é prática comum atribuir tais tarefas de apoio a pessoas não vinculadas com a atividade principal da entidade ... e, frequentemente, por meio da terceirização dos respectivos serviços.

O terceiro tipo de serviço que o inciso III da Súmula 331 do TST admite como "terceirizável" é aquele que se enquadra como "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador".

Para fins de legitimação de uma terceirização lícita, portanto, a classificação de determinado serviço como algo vinculado à atividade-meio da empresa exige, como base de partida, que o respectivo serviço seja especializado, e, como consequência, que a empresa interposta seja igualmente "especializada" no fornecimento do respectivo serviço.

Noutras palavras, é essencial a contratação de um serviço específico, previamente delimitado e ligado à atividade-meio do tomador. A empresa intermediária, assim, deve atuar como fornecedora de uma atividade empresarial peculiar (o serviço especializado), prevista como parte do objeto social da respectiva entidade interposta, e para cuja execução esta se revela idônea e apta a desenvolver. (ABDALA, 2008, p. 20).

Nesse sentido, a atividade de vigilância é um serviço especializado prestado por uma empresa especializada em oferecer tal serviço a outras empresas, e, como tal, pode ser objeto de uma relação triangular de terceirização. O mesmo ocorre com o serviço de conservação e limpeza, como expressamente previsto no inciso III da Súmula 331 do TST.

Mas ... e outros serviços especializados, não relacionados de modo explícito no citado dispositivo sumular?

Exatamente como enquadrar tal serviços especializados como "ligados à atividade-meio do tomador"?

E o que seria mesmo "atividade-meio" e "atividade-fim" da empresa?

Segundo GARCIA,

Atividade-meio é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe. (2011, p. 351).

Para MARTINEZ,

A atividade-fim deve ser entendida como a tarefa intimamente relacionada ao objetivo social da empresa, normalmente identificada em seus estatutos constitutivos.

...

A atividade-meio é compreendida como aquela que presta meramente a instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles. Nesse âmbito, encontram-se, consoante mencionado, as atividades de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte em informática, de fornecimento de transporte, de fornecimento de alimentação, de assistência contábil, de assistência jurídica, entre outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, mas que não estão diretamente relacionadas ao objetivo central da empresa (2012, pp. 220-221).

Na lição de DELGADO,

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 ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pela Lei n. 5645, de 1970: 'transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas'. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Excelentes conceitos doutrinários.

A aplicação dos mesmos na prática, entretanto, nem sempre é tão fácil quanto possa parecer.

Atividades periféricas ... serviços de apoio ... atividades instrumentais ... serviços de suporte ... todas distintas das atividades integrantes do processo dinâmico operacional da empresa, segundo os objetivos sociais desta ...

Agora, com base em quais critérios deve o intérprete estabelecer a respectiva distinção? E estes critérios podem ser diferentes de acordo com a formação do intérprete? É razoável admitir que o enquadramento de um serviço como de atividade-meio, feito por um empresário, pode não corresponder à classificação feita por um magistrado acerca da mesma atividade?

Na prática, é óbvia a existência de diferentes critérios, gerando situações propícias a conflitos e posterior judicialização das lides.

O que se deve almejar é a identificação e definição de critérios objetivos, cuja aplicação em cada concreto pode permitir um mínimo de uniformidade de interpretação, absolutamente essencial à segurança jurídica almejada por todos, trabalhadores e empresários, jurisdicionados e magistrados.

Serviços de auditoria ... serviços de assessoria jurídica ... serviços de manutenção de equipamentos e máquinas ... serviços de saúde ... sob quais condições podem servir como objeto legítimo de uma terceirização?

Perguntas sem respostas fáceis, mas que serão abordadas na seção seguinte.

#### **4. Critérios para o Enquadramento do Serviço Especializado como Atividade-Meio do Tomador de Trabalho Terceirizado**

O principal critério (objetivo) de aferição deve ter por base um exame crítico do objeto social da empresa tomadora dos serviços, segundo as letras do seu estatuto, para medir o grau de relevância do serviço objeto da terceirização para a consecução dos objetivos empresariais do respectivo empreendimento.

A licitude da terceirização em tais hipóteses dependerá, em cada caso, do enquadramento do respectivo serviço especializado em qualquer uma das seguintes duas categorias: 1) uma atividade periférica e meramente instrumental, de apoio à respectiva atividade empresarial principal da tomadora dos serviços, que, mesmo sendo considerada relevante dentro de tal âmbito complementar, não se revela imprescindível à criação ou ao fornecimento do produto/serviço/atividade que constitui a essência da existência da entidade empresarial; 2) uma atividade absolutamente indispensável à consecução dos objetivos institucionais da empresa, própria do seu objeto social, conforme estatutariamente previsto e, eventualmente, em outros regulamentos normativos aplicáveis à respectiva atividade empresarial.

E tal aferição pode ser desenvolvida com o apoio de mais dois critérios secundários.

Primeiro, um exame "atomizado" dos serviços executados por todos os trabalhadores que, de alguma forma, contribuem para o funcionamento da empresa na consecução dos seus objetivos. Dividindo ou reduzindo a empresa a pequenas "partículas" representativas de cada atividade desenvolvida, devem então ser selecionados aqueles "átomos" (serviços) que realmente podem ser consideradas prescindíveis ao objeto social. Aquelas atividades que, caso eliminadas, não prejudicam irremediavelmente a dinâmica operativa empresarial, ou seja, cuja ausência não põe em risco a própria sobrevivência mercantil da empresa, poderão ser objeto de uma terceirização lícita.

Segundo, uma estudo "molecularizado" dos mesmos serviços. Nesse sentido, a "molecularização" implicará em identificar quais as moléculas (serviços/atividades) que precisam colidir (ser desenvolvidos em conjunto) para alcançar os objetivos sociais da empresa (reação desejada). Os serviços que, mesmo quando fracionados, mantêm as mesmas características próprias do processo produtivo empresarial e, quando considerados em seu conjunto, geram a reação "química" imprescindível ao funcionamento da máquina empresarial, constituindo a própria fórmula existencial da empresa e materializando o fim social desta, são aqueles serviços que não podem ser objeto de uma terceirização lícita.

Dentro deste contexto, considerando o critério principal de aferição e os dois critérios secundários, a conclusão lógica alcançada é que o objetivo da contratação de serviços terceirizados não pode ser o de substituir a própria empresa tomadora na execução de atividades vinculados à sua finalidade social, mas sim a realização de funções de sustentação, auxiliares, secundárias e periféricas à atividade-fim, permitindo que a tomadora venha a concentrar a sua atuação na consecução do seu escopo empresarial principal.

Não será lícita, assim, a terceirização de serviços acadêmicos, com o fornecimento serviços envolvendo o desenvolvimento de aulas por meio de professores, para uma instituição de ensino superior.

Nem a terceirização de serviços de assessoria contábil ... para uma empresa de contabilidade.

É evidente, em cada um dos exemplos, a ilegalidade da terceirização de serviços que coincidem com o objeto social da empresa tomadora.

Entender como lícita tal relação triangular seria o equivalente a admitir a legalidade da terceirização de atividades judicantes no serviço público, com a atuação de magistrados "terceirizados" pelo Judiciário. Além de evidenciar flagrante violação à garantia constitucional do juiz natural e aos princípios da investidura legal na jurisdição e da indelegabilidade da atividade jurisdicional, tal hipótese (absurda) demonstra com nitidez a inviabilidade de ser admitida a terceirização de um serviço inerente à atividade-fim da entidade tomadora.

O serviço especializado cuja prestação constitui o objeto da terceirização, por conseguinte, não pode integrar a atividade empresarial principal da tomadora. O respectivo serviço poderá até ter a sua relevância (não é possível esquecer a importância dos que cuidam da limpeza e consequente bem-estar do ambiente de trabalho), mas não

pode fazer parte do núcleo definidor da dinâmica empresarial do tomador dos serviços (DELGADO, 2011, p. 438).

A violação a tal diretriz macula a relação triangular de terceirização, prejudicando a sua validade.

Nessa linha de pensamento, já decidiu o TST que não é lícita a terceirização de serviços de "atendimento de aeronaves, movimentação de carga, despacho operacional de vôo, reboque de aeronaves, *check-in* de passageiros, *check-out* de passageiros, entrevista de passageiros, varredura de aeronaves, supervisão, controle e proteção da carga", quando a empresa tomadora é uma empresa de transporte aéreo (Processo: RR - 28140-17.2004.5.03.0092 Data de Julgamento: 10/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010).

De igual forma, o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista já definiu que a atividade de entrega de bebidas por meio de motoristas não pode ser objeto de terceirização, quando a tomadora é uma empresa cujo objeto social, além da produção, inclui a comercialização e distribuição de bebidas (RR - 15300-67.2004.5.06.0002 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010.).

Prevaleceu, nos casos citados, o entendimento segundo o qual tais serviços estão vinculados à atividade-fim de cada uma das empresas tomadoras dos serviços, sendo ilícita a terceirização com o respectivo objeto.

Nessa linha de pensamento, seria ilícito terceirizar a assistência jurídica para uma firma de advocacia, certo?

À primeira vista, seria ilegal, sim ... mas, e se a firma atuasse exclusivamente na área tributária e os sócios (excelentes tributaristas mas praticamente leigos em matéria laboral) desejassem contratar um outro escritório para prestar serviços de advocacia trabalhista para o setor de RH da respectiva firma, não seria o respectivo serviço enquadrável como uma atividade de apoio ... um serviço vinculado à atividade-meio do tomador?

E numa exemplificação "inversa"? Ou seja, num serviço que em princípio parece perfeitamente "terceirizável" ... mas dependendo das circunstâncias pode configurar uma terceirização ilícita?

Por exemplo, o serviço desenvolvido pelo "motoboy"/entregador de pizzas parece ser um exemplo típico de uma atividade que pode ser objeto de uma terceirização lícita, quando a tomadora for um famoso restaurante cuja especialidade é ... fazer pizzas.

Mas e se tal empresa do ramo de alimentos não tiver um estabelecimento físico para receber fregueses, destinando-se apenas a "fabricar" pizzas para posterior entrega nas casas dos clientes, uma vez que o seu o objeto social estipula expressamente que os objetivos empresariais envolvem a produção da respectiva iguaria para entrega em domicílio?

Seria lícita a terceirização?

É claro que não!

É ... as coisas mudam.

Objetivo deve ser o critério a ser aplicado em cada caso ... mesmo diante das subjetividades inerentes à variedade infinita de situações fáticas distintas.

O enquadramento do serviço, como próprio da finalidade social ou de mera complementação a esta, sempre se encontra sujeita a detalhes e peculiaridades inerentes ao respectivo quadro empírico.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim de uma empresa, assim, nem sempre é de fácil delineamento dentro da estrutura produtiva empresarial de um tomador dos serviços. Algumas atividades desenvolvidas dentro do âmbito de uma empresa ocupam uma zona cinzenta, intermediária, que permitem o seu enquadramento dentro de uma ou outra categoria, dependendo do ponto de vista do respectivo intérprete.

Mas tal realidade não é de toda má ... pois leva a uma constatação lógica e apta a proporcionar algum conforto ao intérprete: mesmo diante da diversidade de casos e das peculiaridades de cada contexto fático, haverá alguma segurança na definição da questão, quando utilizado o já mencionado critério objetivo, fundado na análise crítica dos serviços prestados pelo trabalhador à luz do objeto social da empresa tomadora dos serviços, segundo as letras do seu estatuto e as normas regulamentadoras aplicáveis, para medir o grau de relevância do serviço objeto da terceirização para a consecução dos objetivos empresariais do respectivo empreendimento.

Diante do "tumulto" decorrente da multiplicidade de versões e teses, representa ao menos algum amparo para servir como diretriz ... para o trabalhador e o empresário ... para o jurisdicionado e o operador do direito.

Herói ou vilão? Ambos?

Muito provavelmente, nem um nem outro.

O instituto da terceirização apenas existe ... e, por mais que possa representar uma ameaça, não é razoável acreditar que deva ser eliminada por completo.

Já é parte do cenário das relações laborais no Brasil.

Não há como eliminar algo tão profundamente enraizado no nosso cotidiano.

E, assim, a melhor solução parece ser domar ... para então domesticar.

Lamentavelmente, a terceirização de serviços, mesmo quando lícita nos moldes da Súmula 331 do TST, pode gerar situações de violação a direitos laborais, com a submissão do trabalhador a condições indignas de trabalho. Atos abusivos como aqueles próprios de manifestações de assédio moral, bem como arbitrariedades como a subtração de direitos trabalhistas básicos, não são exclusividade das terceirizações ilícitas. A experiência demonstra que a transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana do trabalhador é uma consequência imediata da terceirização ilícita, mas também pode ocorrer no âmbito de uma terceirização enquadrada como perfeitamente enquadrável nos limites da licitude delineados pelas letras da mencionada norma sumular.

Impedir a marginalização do trabalhador terceirizado ... vedar o uso da terceirização como escudo para proteger a tomadora dos serviços e sonegar direitos aos respectivos obreiros ... e não tolerar sob qualquer hipótese a sua submissão a condições indignas de trabalho ... devem ser esses os principais focos do combate.

Combater o desvio de finalidade, o abuso e arbitrariedade ... não o próprio instituto.

Moldá-lo, mesmo que aos poucos, aos contornos característicos das instituições laborais.

Fazendo prevalecer, como diretriz hermenêutica na interpretação de cada caso concreto, os postulados da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, como fundamentos para afastar qualquer tentativa de explorar o trabalhador e subverter a própria essência do Direito do Trabalho.

É esta a tradição dos operários do Direito do Trabalho ... mesmo quando obrigados a enfrentar interesses empresariais de grande força.

É esta a missão a cumprir.

Sem medo, sem rancor.

Com a força dos argumentos.

## **5. Conclusões**

Ressaltando o caráter de precariedade das afirmações a seguir relacionadas, considerando a possibilidade de ampla reforma dos parâmetros adotados neste trabalho em decorrência tanto da eventual aprovação da proposta normativa constante do Projeto de Lei 4.330/2004 atualmente em trâmite no Congresso Nacional ("PEC da Terceirização"), como do futuro julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da prejudicial de repercussão geral atinente à questão constitucional suscitada no Processo ARE 713.211-MG (cuja temática é exatamente a delimitação das hipóteses de terceirização de serviços diante do que se compreende por atividade-fim), as considerações expostas nas linhas anteriores permitem extrair as seguintes conclusões "provisórias" e cuja aplicabilidade está vinculada ao contexto do qual foram extraídas:

A) Salvo o caso do trabalho temporário disciplinado pela Lei 6.019/74, em qualquer outra hipótese de relação trilateral de trabalho executado pelo obreiro de forma *intuitu personae* e sob subordinação direta ao tomador dos seus serviços, haverá fraude e será formado um elo de emprego direto entre o trabalhador e a empresa tomadora, salvo no caso de ser esta uma entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional, conforme destacado no inciso II da nova Súmula 331.

B) A validade de uma relação triangular de terceirização de serviços, à luz das diretrizes da Súmula 331 do C. TST, impõe a presença concomitante dos seguintes elementos: 1) tipo de serviço prestado pelo trabalhador terceirizado deve necessariamente ser de apoio à atividade empresarial principal da tomadora, considerando-se como tal o serviço de vigilância, de conservação e limpeza ou o serviço especializado ligado à atividade-meio do tomador; b) ausência de subordinação direta do trabalhador terceirizado e ao tomador dos serviços; e c) ausência, no âmbito da relação entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, do caráter *intuitu personae* típico da relação de emprego.

C) É inerente à natureza do trabalho desenvolvido por meio da terceirização de serviços, a presença em algum nível de menor ou maior intensidade, da sobreposição do quadro fático configurador da subordinação objetiva (integração do obreiro nos fins e objetivos empresariais) e/ou do quadro empírico essencial à configuração da subordinação estrutural (inserção do trabalhador à dinâmica operativa do tomador)

diante da situação concreta na qual se visualiza a respectiva relação triangular de trabalho.

D) Será o enquadramento como instrumental e de apoio do serviço desenvolvido pelo trabalhador terceirizado, por sua vez, que vai definir (mesmo mediante linhas tênues) a presença (ou não) de uma subordinação objetiva ou de uma subordinação estrutural capaz de, pela sua intensidade, invalidar a respectiva relação trilateral. Ou seja, é a espécie de serviços prestados pelo trabalhador terceirizado e a sua relação com o objeto social da empresa que vai servir de critério de aferição para definir se o grau de sobreposição é intensa o suficiente para justificar o reconhecimento da existência da subordinação jurídica na sua dimensão objetiva e/ou na sua dimensão estrutural.

E) O principal critério (objetivo) de aferição para definir se um serviço pode ser enquadrado como de "atividade-meio" do tomador dos serviços terceirizados impõe um exame crítico do objeto social da empresa tomadora dos serviços, segundo as letras do seu estatuto, para medir o grau de relevância do serviço objeto da terceirização para a consecução dos objetivos empresariais do respectivo empreendimento.

F) Para desenvolver tal exame crítico, o intérprete poderá promover uma análise "atomizada" dos serviços executados por todos os trabalhadores que, de alguma forma, contribuem para o funcionamento da empresa na consecução dos seus objetivos, dividindo ou reduzindo a empresa a pequenas "partículas" representativas de cada atividade desenvolvida, para então, após selecionar aqueles "átomos" (serviços) que realmente podem ser consideradas prescindíveis ao objeto social, classificar estes como próprios de uma atividade-meio da entidade, uma vez que a sua eliminação não prejudica irremediavelmente a dinâmica operativa empresarial nem põe em risco a própria sobrevivência mercantil da empresa.

G) Outra fórmula para desenvolver tal exame crítico de distinção entre serviços ligados à atividade-meio e à atividade-fim do tomador envolve um estudo "molecularizado" de tais serviços, identificando quais as moléculas (serviços/atividades) que precisam colidir (ser desenvolvidos em conjunto) para alcançar os objetivos sociais da empresa (reação desejada), sendo que os serviços que produzem a reação "química"

indispensável à dinâmica operativa da empresa e à consecução dos seus fins sociais são aqueles serviços que são próprios da atividade-fim da entidade.

H) A terceirização será válida se o respectivo serviço puder ser enquadrado como uma atividade periférica e meramente instrumental, de apoio à respectiva atividade empresarial principal da tomadora dos serviços, que, mesmo sendo considerada relevante dentro de tal âmbito complementar, não se revela imprescindível à criação ou ao fornecimento do produto/serviço/atividade que constitui a essência da existência da entidade empresarial.

I) A terceirização será ilícita se o respectivo serviço puder ser classificado como uma atividade absolutamente indispensável à consecução dos objetivos institucionais da empresa, própria do seu objeto social, conforme estatutariamente previsto e, eventualmente, em outros regulamentos normativos aplicáveis à respectiva atividade empresarial.

J) A violação a direitos trabalhistas e a submissão a condições indignas de trabalho não é exclusividade da terceirização ilícita, e, assim, o combate a abusos e arbitrariedades deve ser abrangente no âmbito da terceirização de serviços, incluindo os casos de terceirização lícita nos moldes da Súmula 331 do TST, almejando assim proteger o trabalhador terceirizado com a adoção de medidas reparatórias e inibitórias pelos representantes do MTE, MPT e Justiça do Trabalho.

K) A análise "atomizada", caso a caso, da licitude da terceirização deverá sempre ser guiada pela diretriz hermenêutica que impõe a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

## 6. Referências

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: Normatização - Questionamentos*. in **Revista do TST**, vol. 74, n. 04, Brasília, 2008.

BENTO, Rafael Tedrus. *Parassubordinação e Teletrabalho: novas formas de trabalho*. in **Revista de Direito do Trabalho**., vol. 148, outubro-dezembro, São Paulo: RT, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a. edição. São Paulo: LTr, 2008.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil: Direitos Humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização - Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. *O Teletrabalho Escravo*. **Revista de Direito do Trabalho**., vol. 146, abril-junho, São Paulo: RT, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5a. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Trabalho à Distância e Teletrabalho: Considerações sobre a Lei 12.551/2011*. in **Revista de Direito do Trabalho**., vol. 145, janeiro-março, São Paulo: RT, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10a. edição. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3a. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6a. edição. São Paulo: Atlas, 2003.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização - Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários*. São Paulo: Atlas, 2000.