
2.4 Prestação de Serviços a Terceiros, Intermediação de Mão de Obra e Pejotização

Tadeu Henrique Lopes da Cunha¹
Renan Bernardi Kalil²

INTRODUÇÃO

No Brasil, pode-se atribuir a abertura à terceirização a um conjunto de atos normativos e posições jurisprudenciais, que foram variando com o tempo³. Esse fenômeno remonta ao final dos anos 1960, no âmbito público, com o Decreto-lei n.º 200/1967, e a Lei n.º 5.645/1970, e na esfera privada, com o Decreto-lei n.º 1.034/1969, e, especialmente, com as Leis n.º 6.019/1974, e n.º 7.102/1983, normas jurídicas editadas sob a égide da Constituição Federal de 1967. Ou seja, foi o Poder Público quem deu início ao processo de terceirização de determinadas atividades, que não se reputavam como atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle da Administração Pública (artigo 10, § 7º, do Decreto-lei n.º 200/1967).

1 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Trabalho. Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) do Ministério Público do Trabalho.

2 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Trabalho. Vice-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) do Ministério Público do Trabalho.

3 Para um estudo mais aprofundado sobre a evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização no Brasil, ver: CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **Terceirização e seus efeitos sobre os direitos do trabalhador no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 42-106.

No âmbito da Justiça do Trabalho, os principais entendimentos consolidados pelo TST foram as Súmulas n^{os} 256⁴ e 331⁵.

Em relação aos limites da terceirização, a jurisprudência do TST foi gradativamente reconhecendo a sua possibilidade de terceirização de atividades, chegando a entender pela impossibilidade somente nas denominadas “atividades-fim” das empresas tomadoras de serviços.

A intermediação de mão de obra, contudo, não seria possível, mesmo nas “atividades-fim”, porquanto é feita a ressalva ao final do item III da Súmula n.º 331: desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. E o que significaria haver pessoalidade e subordinação em relação ao tomador? Significaria que a situação seria, na verdade, uma intermediação de mão de obra e não uma terceirização.

Isto porque a empresa supostamente prestadora de serviços, ao não ter o poder diretivo funcionaria como mera fornecedora de mão de obra, figurando formalmente como empregadora. Explicitando-se: a empresa prestadora de serviços contrataria formalmente os trabalhadores; os trabalhadores seriam formalmente (porque assim registrados) empregados da empresa prestadora de serviços; mas, na

4 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 03.01.1974, e n.º 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.

5 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 n.º 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 n.º 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.

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.

prática, ficariam subordinados à empresa tomadora dos serviços, que exerceria o poder diretivo sobre suas atividades.

Além disto, haveria a pessoalidade, que é outro elemento da relação de emprego; os outros elementos também estariam presentes (trabalho por pessoa física, com onerosidade e não eventualidade); logo, estariam presentes os requisitos da relação de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços (artigos 2º, 3º e 442 da CLT), o que atrairia a aplicação do artigo 9º da CLT (fraude à relação de emprego) e o conseqüente reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços.

Entretanto, o entendimento contido no item III da aludida Súmula, ao trazer as atividades com possibilidade de terceirização, acabou excluindo o que se convencionou denominar de “atividade-fim” da empresa tomadora de serviços. Aliás, a construção histórica da Súmula deixou isto bem claro, porquanto a origem da terceirização tinha a motivação de fazer com que a empresa tomadora de serviços focasse em sua atividade nuclear, principal ou finalística e transferisse a execução das demais atividades a outras empresas, especializadas, o que garantiria maior eficiência ao processo produtivo.

A evolução jurisprudencial na aplicação do verbete foi no sentido de vedar a terceirização da atividade-fim por presumir, de modo absoluto (presunção *iuris et de iure*), que ela seria, por si só, ilícita, possivelmente entendendo que a empresa tomadora de serviços continuaria com o poder diretivo por se tratar de atividade fundamental para o desenvolvimento do seu objetivo societário.

Assim, o simples fato de se terceirizar a atividade-fim já seria, de plano, independentemente de aferição do modo como seria realizada a atividade, uma conduta ilícita.

Todavia, após as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADPF 324 e do RE 958.252, além das alterações legislativas (Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017), a presunção absoluta de ilicitude da terceirização da atividade-fim ficou superada na maior parte das atividades econômicas. Na maior parte (e não em todas as atividades),

passou-se a admitir a terceirização da atividade-fim da empresa tomadora (ou contratante) dos serviços.

Diz-se na maior parte, porquanto existem situações em que a terceirização da atividade-fim é ilegal, como no caso dos tripulantes a bordo de aeronave (Lei n.º 13.475/2017) e quando o tomador dos serviços for órgão público (porquanto tal situação configuraria afronta ao concurso público, regra de caráter constitucional).

Afora tais situações, a terceirização de atividade-fim acabou sendo possibilitada pelas Leis n.ºs 13.429/2017 e 13.467/2017, incluindo alterações na Lei n.º 6.019/1974, e pela jurisprudência do E. STF, quando do julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.

O que estas leis e a jurisprudência do STF alteraram então? Elas alteraram a concepção de que toda terceirização de atividade-fim é ilícita. Afastaram a presunção absoluta de ilicitude pelo simples fato de a terceirização envolver atividade-fim.

Ou seja, não se pode mais dizer, de antemão, sem qualquer aferição acerca do modo como se desenvolve a execução da atividade terceirizada, que ela é uma fraude à relação de emprego, uma intermediação de mão de obra, enfim, que ela é ilícita.

É necessário, para a configuração da ilicitude, verificar o modo como se dá a execução da atividade terceirizada e, a partir daí, constatar se é, de fato, uma terceirização (prestação de serviços a terceiros, na terminologia da nova legislação) ou se é uma intermediação de mão de obra (e, portanto, uma situação de fraude à relação de emprego), logo, ilícita, salvo no caso de trabalho temporário.

Sendo assim, percebe-se que a legislação e a jurisprudência foram, ao longo do tempo, expandindo a possibilidade de utilização da prestação de serviços a terceiros por empresas. Nesse sentido, o presente artigo apresenta um estudo sobre a prestação de serviços a terceiros (ou terceirização) em contraponto com a intermediação de mão de obra, bem como a distinção dessa figura diante da “pejotização”.

Adverte-se que, para os fins deste artigo, utilizar-se-á a expressão “prestação de serviços a terceiros”, introduzida no país pela Lei n.º 13.467/2017 como sinônimo de “terceirização”.

1 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS X INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA

A diferenciação entre a prestação de serviços a terceiros e a intermediação de mão de obra ficou ainda mais nítida a partir das Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017, que incluíram alterações na Lei n.º 6.019/1974.

Logo no art. 1º vem o âmbito material de aplicação da lei: “As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei”.

Em suma, a lei traz quatro expressões distintas, devendo significar que tratam de situações diferentes: empresa de trabalho temporário; empresa de prestação de serviços; respectivas tomadoras de serviço; e contratante.

Com efeito, a Lei Complementar (LC) n.º 95/1998, prevê, em seu artigo 11, inciso II, alínea “b”, que, para fins de precisão, deve-se utilizar os mesmos termos quando se quer expressar a mesma ideia, devendo-se evitar o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico.

Nesse contexto, pode-se dizer que a prestação de serviços não se confunde com o trabalho temporário. A lei, inclusive, distinguiu a denominação das partes destes contratos.

Além disto, verifica-se que o trabalho temporário é definido no artigo 2º como sendo aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de

substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

No artigo 4º a lei define a empresa de trabalho temporário como sendo a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Uma análise dos dois dispositivos em conjunto é necessária. Quando se pensa em trabalho temporário tem-se em mente uma pessoa física cujo trabalho é necessitado por uma empresa específica (tomadora) e que se vale de uma empresa de trabalho temporário (empregadora da citada pessoa física) para colocar à sua disposição (da empresa tomadora, no caso) aquela mão de obra.

O trabalho temporário é, assim, uma situação de intermediação de mão de obra, situação em que uma empresa coloca empregados seus à disposição de outra. No caso, os trabalhadores, apesar de ficarem subordinados à empresa tomadora dos serviços, permanecerão vinculados à empresa de trabalho temporário. É uma situação excepcional, em que se admite que empregados de uma empresa fiquem subordinados a outra. Por este motivo, a legislação somente autoriza que isto ocorra em algumas situações, e, ainda assim, de modo provisório.

As situações em que a lei permite esta intermediação de mão de obra são as previstas no aludido artigo 2º: atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Além disto, a lei prevê um prazo máximo para a contratação: 180 dias, prorrogáveis por mais 90 (artigo 10, §§ 1º e 2º).

Aliás, o regulamento da Lei n.º 6.019/1974 (Decreto n.º 10.060/2019) deixa claro que o trabalho temporário é diferente da prestação de serviços a terceiros:

Art. 2º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se trabalho temporário aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de

uma empresa tomadora de serviços ou cliente, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Parágrafo único. O trabalho temporário não se confunde com a prestação de serviços a terceiros, de que trata o art. 4º-A da Lei n.º 6.019, de 1974.

Ao lado do trabalho temporário que, como visto, é uma situação excepcional de intermediação de mão de obra permitida pela legislação, está prevista a prestação de serviços a terceiros, que com a primeira não se confunde.

Com efeito, o conceito de prestação de serviços a terceiros está previsto no artigo 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.

Dessa forma, os elementos da prestação de serviços a terceiros, abordados a seguir, são: a) a transferência de execução de atividades à empresa prestadora, como objeto contratual; b) empresa prestadora de serviços e a sua autonomia na execução da atividade, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) a capacidade econômica compatível com a execução.

1.1 Transferência da execução da atividade à prestadora de serviços

O primeiro elemento, definidor do próprio caráter da prestação de serviços, é a transferência de alguma atividade para que seja executada pela empresa contratada (ou prestadora de serviços). “Atividade pode ser definida como conjunto de tarefas que compõem partes de de-

terminado processo de produção ou de serviços, formando um novo negócio”⁶.

Aliás, é esse o motivo historicamente atribuído à opção pela externalização da produção: transferir a execução de determinada atividade a outra empresa, especializada naquele tipo de serviço / produção, passando a contratante a focar em seu núcleo de atividades ou, em outros termos, em seu *core business*.

Portanto, a transferência da execução da atividade há de ser efetiva e não aparente, não podendo ser uma forma de mascarar o controle sobre o processo produtivo pela contratante, que caracterizaria o seu poder diretivo, e, portanto, a subordinação da mão de obra à contratante, perfazendo, então, mera intermediação de mão de obra.

Logo, é importante aferir o modo como se dá a transferência da execução da atividade, ressaltando-se que na prestação de serviços a terceiros, diferentemente da intermediação de mão de obra (sendo o trabalho temporário a única modalidade lícita), o que importa é a “atividade” e não o trabalhador que a executa. O foco, então, há de ser a “atividade” e não a pessoa física que realiza o trabalho.

Em contraponto, no trabalho temporário (única modalidade lícita de intermediação de mão de obra) o enfoque recai sobre o “trabalhador”, que fica à disposição da empresa tomadora dos serviços, para atender necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Então, é caso de mero fornecimento de mão de obra⁷.

Pode-se dizer, então, que a prestação de serviços diz respeito à especialização e descentralização das atividades, ao passo que o fornecimento de mão de obra é uma exceção à regra da contratação direta de trabalhadores (artigos 2º e 3º da CLT), ao regime geral de emprego⁸.

6 SOUZA, Geraldo Emediato *et alii*. **Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas**: análise face à nova regulamentação. Brasília/DF: Gráfica Movimento, 2017, p. 12.

7 Id. *Ibid.*, p. 13.

8 Id. *Ibid.*, p. 13-14.

Deste modo, não se pode falar em prestação de serviços, quando estiverem preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa contratada (ou prestadora de serviços) com a contratante (ou tomadora), mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, somente possível na modalidade de trabalho temporário. Fora desta modalidade é ilegal, violando o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é uma mercadoria” (Declaração de Filadélfia, 1944)⁹.

Neste caso, então, de intermediação de mão de obra travestida de prestação de serviços, aplica-se o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Destarte, deve-se considerar nulo o contrato de prestação de serviços a terceiros e reconhecer o vínculo empregatício do obreiro diretamente com a empresa contratante (ou tomadora dos serviços).

Alguns elementos identificadores do mero fornecimento de mão de obra, além da constatação da subordinação, inclusive nas suas mais modernas dimensões, assim como da pessoalidade, podem ser destacados: a) prevalência do elemento humano no contrato; b) os meios de produção e “*know-how*”; e c) a autonomia na prestação de serviços¹⁰.

1.1.1 Prevalência do elemento humano no contrato

Alguns aspectos, seja por expressa previsão no contrato de prestação de serviços a terceiros, seja por ocorrência durante a sua execução, podem apontar para a prevalência do elemento humano, desfigurando a ideia de transferência da execução da atividade e recaindo o foco da contratação na pessoa física do obreiro, de modo a configurar a intermediação de mão de obra.

9 Id. *Ibid.*, p. 14.

10 Id. *Ibid.*, p. 15-16.

Assim, por exemplo, se o contrato tiver cláusula que trate da identificação dos trabalhadores que deverão prestar o serviço (portanto, empregados formais da empresa contratada – prestadora dos serviços), assim como da quantidade e de cargos a serem ocupados por eles, estar-se-á diante de intermediação ou fornecimento de mão de obra¹¹.

Isto porque, conforme menção anterior, na verdadeira prestação de serviço o que importa é a realização da atividade, pouco importando ao tomador quem serão os trabalhadores a efetivamente executarem as tarefas pertinentes.

Também se pode configurar prevalência do elemento humano quando houver a exigência ou até a previsão da prestação de horas extras pelos empregados da contratada (ou prestadora dos serviços). Inclusive, há contratos em que se prevê que, neste caso, a tomadora (ou contratante) deve pagar um valor maior do que o valor contratado. Em uma verdadeira prestação de serviços o risco da atividade é do prestador e não do tomador, não havendo que se falar em pagamento a maior neste caso¹².

Mais um elemento que indica a prevalência do elemento humano é a continuidade do trabalhador trabalhando quando do fim de um contrato com determinada empresa prestadora de serviços e contratação de outra empresa. “Acontecendo isso, ficará provada a pessoalidade e a subordinação desses trabalhadores, já que ficará provado que o conhecimento dos trabalhadores é mais importante do que qualquer “savoir-faire” empresarial, sendo indispensáveis, então, esses trabalhadores para a estrutura da empresa”¹³.

11 Id. *Ibid.*, p. 15.

12 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. Edição do autor. Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-como-intermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 105.

13 Id. *Ibid.*, p. 106.

1.1.2 Meios de produção e “know-how”

Além disto, para a execução da atividade deve a empresa contratada (ou prestadora de serviços) possuir os meios de produção necessários para a realização da atividade. Se, ao contrário, a empresa contratada utilizar-se dos meios materiais fornecidos pela empresa contratante, haverá fortíssimo indício de mera intermediação de mão de obra.

Não se deve confundir meios de produção com ferramentas.

Meios de produção são o capital investido em máquinas, estruturas e tecnologias, sendo que ferramentas são instrumentos da realização de trabalho, mais simples, que podem ser inclusive de propriedade dos trabalhadores. Em todo caso, não poderá a empresa tomadora de serviços fornecer os meios de produção ou as ferramentas, o que descaracterizará a prestação de serviços¹⁴.

Por exemplo, se uma empresa *externaliza* o serviço de transporte, isto significa que transferirá a execução de toda a atividade (de transporte) para a contratada (ou prestadora dos serviços). Caso a contratante (ou tomadora dos serviços) celebre um contrato de prestação de serviços a terceiros com esta atividade (transporte, seja de pessoal, seja para serviço), mas que forneça os meios de transporte (ônibus, carros, motos etc.) para a empresa contratada, isso indica claramente que o que interessa para a empresa contratante (ou tomadora dos serviços) é o trabalho pessoal dos empregados da contratada (ou prestadora dos serviços), que somente serão colocados para a apropriação de seu trabalho pela tomadora.

Ou seja, aqui não há transferência da execução da atividade, mas tão-somente a transferência dos vínculos de emprego dos trabalhadores, que terão vínculos formais de emprego com a empresa contratada (ou prestadora dos serviços). Deste modo, há efetiva intermediação de mão de obra e não prestação de serviços a terceiros.

14 SOUZA, Geraldo Emediato (*et ali*). *op. cit.*, p. 15.

Além dos meios de produção, a contratada (ou prestadora de serviços) deve ter *"know-how"*, ou especialização, que é a capacidade técnica em realizar o serviço contratado. Se a empresa contratante (ou tomadora dos serviços) expedir instruções, diretas ou indiretas, para a execução dos serviços, isto será forte indício de descaracterização do contrato de prestação de serviços, podendo configurar mera intermediação de mão de obra¹⁵.

Outro ponto que indica a inexistência de *"know-how"*, ou especialização, ou capacidade técnica ocorre quando uma empresa realiza diversos serviços das mais distintas espécies. "Ora, a empresa que terceiriza serviços de limpeza, portaria, manutenção, "telemarketing", departamento de pessoal etc., na verdade não é especializada em nada, indicando somente realizar a colocação de pessoal em outras empresas, lucrando com trabalho alheio. Nada mais é do que uma agência de colocação de pessoal, que obtém seu lucro alugando pessoas para prestação de trabalho a outras empresas"¹⁶.

Aliás, neste ponto, até como forma de ratificar esta necessidade de especialização, *"know-how"* ou capacidade técnica, a Lei n.º 6.019/1974 prevê que o contrato deve ter objeto e o serviço realizado (na realidade dos fatos) não pode ser diferente do contratado (daquele que consta formalmente no contrato).

Com efeito, vide os dispositivos:

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.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

15 Id. *Ibid.*, p. 15.

16 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *op. cit.*, p. 102.

- I - qualificação das partes;
- II - especificação do serviço a ser prestado;
- III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- IV - valor.

Veja que o contrato há de ter um objeto (deve-se indicar exatamente o serviço a ser realizado). A execução do contrato deverá ser no atendimento de seu objeto (ou seja, do serviço contratado). Havendo utilização diversa, para serviço distinto, por exemplo, então há descumprimento da lei e configuração de intermediação de mão de obra.

No caso, poder-se-á aferir uma ou mais de uma destas situações: prevalência do elemento humano no contrato (o que interessa à contratante é o trabalhador, independentemente do tipo de atividade – serviço – realizada); falta de meios de produção (a contratada pode ter meios de produção para o serviço contratado, mas não para o serviço efetivamente executado); falta de especialização, “*know-how*” ou capacidade técnica (se a contratada foi procurada para executar determinado serviço, é de se presumir sua especialização e não em outro serviço); falta de autonomia na execução da atividade – serviço (a direção dos serviços pode estar ocorrendo por parte da contratante, que se vale dos empregados da contratada).

1.2 Autonomia na prestação de serviços

A análise conjunta dos artigos 4^a-A (que define a prestação de serviços) e 5^o-A, *caput*, que identifica como contratante a “pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços”, extrai-se, em primeiro plano, o caráter contratual da relação entre as entidades tomadora e prestadora do serviço¹⁷.

17 SOUZA, Geraldo Emediato (*et alii*). Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas: análise face à nova regulamentação, *op. cit.*, p. 17.

Dessa premissa acerca da natureza contratual da relação pode-se depreender o sentido de alteridade da empresa contratada, devendo ser uma unidade distinta da contratante, inclusive com identidade formal e material específica. Enfim, “uma pessoa jurídica diferente, dotada de organização e interesses próprios, desvinculados dos interesses empresariais da empresa contratante”¹⁸.

Nesse contexto, a lei, no seu artigo 4º-B, exige, como requisito de funcionamento, das empresas prestadoras de serviços, que tenham determinado capital social mínimo, além de outros aspectos, como inscrição no CNPJ e registro na Junta Comercial. Isto significa que a norma jurídica exige da empresa contratada “autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa desvinculada da empresa contratante”¹⁹.

A questão da autonomia da empresa contratada fica ainda mais nítida quando conjugada com o requisito da transferência da execução da atividade da contratante para ela (contratada). A real transferência da execução da atividade implica a “alteração do controle operacional sobre a atividade contratada, com substituição da empresa contratante pela empresa contratada no exercício desse comando”²⁰.

Assim, a empresa contratante será beneficiária ou credora do resultado da atividade contratada e realizada pela contratada, ao passo que esta última executará tal atividade de acordo com sua metodologia, gerenciamento de sua mão de obra, enfim, com o poder diretivo sobre os empregados para atingir a finalidade contratual: entregar o resultado da atividade realizada. Assim, a empresa contratada deverá exercer total controle sobre o processo produtivo.

Portanto, não havendo efetiva transferência sobre o controle do processo produtivo, ou seja, sem a empresa contratada tenha o real poder diretivo na execução da atividade, “não se pode em autêntica prestação de serviço, mas sim em mera intermediação ou fornecimen-

18 SOUZA, Geraldo Emediato (*et alii*). *op. cit.*, p. 17.

19 Id. *Ibid.*, p. 17.

20 Id. *Ibid.*, p. 18.

to de mão de obra, porquanto nesta hipótese se verifica tão somente uma transferência de vínculos formais de emprego”, em fraude ao regime geral de emprego protegido (artigo 9º da CLT)²¹.

Com efeito, essa autonomia, que é requisito da prestação de serviços, significa que a realização das atividades deva ocorrer sob direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato de prestação de serviço.

A direção exclusiva do processo produtivo representa o próprio poder diretivo da empresa contratada. Se não tiver o poder diretivo não será a empregadora, até porque o poder diretivo é o outro lado da moeda da subordinação.

De fato, se quem detém o poder diretivo é a empresa contratante é em relação a ela que haverá subordinação e, portanto, o vínculo de emprego deverá ser reconhecido com ela e não com a empresa contratada. Daí o sentido de que a empresa contratada tenha de ter autonomia para executar a atividade contratada. Neste sentido, inclusive, vale citar o art. 4º-A, § 1º, da Lei n.º 6.019/1974, com redação dada pela Lei n.º 13.429/2017: “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

O dispositivo acima deixa bem claro que quem deve ter o poder diretivo é a empresa contratada.

Além disto, a atividade deve ser executada nos limites do contrato, o que significa que não se pode realizar atividade estranha ao contrato, tal como previsto no já aludido art. 5º-A, § 1º (é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços), porquanto isto também afrontaria a própria autonomia da empresa contratada, que, no caso, teria “colocado” seus trabalhadores à disposição da empresa contratante para “executar outras atividades”.

21 Id. Ibid., p. 18-19.

Logo, estar-se-ia diante de uma intermediação de mão de obra e não de prestação de serviços a terceiros.

Deste modo, não pode a contratante imiscuir-se na gestão do trabalho, que há de ser realizada pela contratada.

Se o poder diretivo deve ser da empresa contratada resta claro que a subordinação dos trabalhadores terceirizados deverá ser em relação a ela e não à contratante. Neste contexto, é possível aferir a subordinação a partir da verificação de um conjunto de indícios²²:

- O fato de o trabalhador da empresa contratada utilizar uniforme, crachá ou instrumentos de trabalho (como veículos) contendo o nome e/ou o logotipo da empresa contratante de serviços;
- A exigência por parte da empresa contratante de que o trabalhador utilize uniformes ou veículos de determinados modelos ou cores, ou ainda, quanto ao tempo máximo de uso do veículo a ser utilizado;
- A determinação por parte da empresa contratante de que o serviço seja refeito pelos trabalhadores quando entende que não foi prestado a contento;
- O estabelecimento pela empresa contratante da forma como os trabalhadores devem se apresentar ou se comportar durante a execução dos serviços, inclusive quanto à sua aparência (por exemplo, corte de cabelo e de barba), por meio de circulares, manuais ou regulamentos;
- O fato de o trabalhador participar de treinamentos, inclusive com a aplicação de provas e o estabelecimento de notas mínimas, por exigência da empresa contratante, a qual pode ministrá-

22 Adaptado do material de apresentação de: PORTO, Lorena Vasconcelos. A apresentação foi realizada no dia 27 de setembro de 2018, na sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP). Sobre a técnica do conjunto de indícios, inclusive com abordagem de direito comparado, vide: PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego**: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008, p. 53-56.

-los diretamente ou determinar, por exemplo, o conteúdo programático, a formatação, o material didático, a carga horária e os capacitadores desses treinamentos;

- A participação dos trabalhadores da empresa contratada, juntamente com os empregados diretos da empresa contratante, em cursos ministrados por essa última, inclusive de reciclagem;
- O fato de o trabalhador ter que utilizar, na execução de suas tarefas, programas, softwares, sistemas informáticos, plataformas digitais ou formulários (físicos ou eletrônicos) disponibilizados pela empresa contratante;
- O fato de o trabalhador ter que observar, na execução de suas tarefas, cartilhas, códigos de conduta, ordens de serviços ou regulamentos empresariais da própria empresa contratante ou por ela elaborados para a empresa contratada;
- A existência de controle do serviço prestado pelos trabalhadores por meio de centrais de atendimento (telefônicas ou em sítios eletrônicos), mantidas pela empresa contratante, diretamente ou por meio de outras empresas contratadas para esta finalidade, com o recebimento, por exemplo, de avaliações quanto à qualidade do serviço, reclamações e sugestões;
- A exigência por parte da empresa contratante de serviços do desligamento ou substituição do trabalhador terceirizado em virtude de algum aspecto relacionado ao serviço por ele prestado;
- A participação direta da empresa contratante (por exemplo, por meio do estabelecimento de padrões ou de consultas) nas decisões relacionadas ao processo seletivo e à admissão, substituição ou desligamento dos trabalhadores terceirizados;
- A exigência por parte da empresa contratante de que os serviços sejam prestados pelos

trabalhadores necessariamente de determinada maneira, ou em determinados locais ou horários;

- A exigência por parte da empresa contratante de que a nova empresa contratada mantenha os mesmos trabalhadores que já lhe prestavam serviços por meio da empresa contratada anteriormente;
- A existência de especificações por parte da empresa contratante acerca da formação profissional, qualificação ou outras características pessoais que os trabalhadores devam possuir;
- A realização de reuniões com os trabalhadores conduzidas por empregados ou representantes da empresa contratante, para tratar, por exemplo, de procedimentos administrativos e operacionais, rotinas, mudanças na política empresarial ou de novas parcerias, inclusive com a presença conjunta de empregados diretos da empresa contratante;
- A adoção pela empresa contratante de comunicados escritos dirigidos aos trabalhadores, os quais podem ser afixados no quadro de avisos da empresa, entregues pessoalmente ou encaminhados por correio eletrônico, inclusive com o esclarecimento de eventuais dúvidas dos trabalhadores;
- A atuação de empregados da empresa contratante como controladores finais das tarefas desempenhadas pelos trabalhadores da empresa contratada, inclusive por meio da criação de uma equipe específica de supervisores pela empresa contratante para controlar o resultado do trabalho executado por aqueles.

1.3 Capacidade econômica compatível com a prestação de serviços

O último requisito do contrato de prestação de serviços a terceiros concerne à exigência de capacidade econômica compatível

com a execução da atividade por parte da empresa contratada (art. 4º-A da Lei n.º 6.019/1974).

Pode-se conceituar a capacidade econômica no seguinte sentido²³:

Capacidade econômica diz respeito à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas. Exige a norma que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

É importante frisar, por oportuno, que a capacidade econômica não é medida pelo capital social, mas sim pelo patrimônio líquido. O capital social constitui o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica, sendo utilizado apenas para viabilizar o início da vida econômica da sociedade, sendo estático e, muitas vezes, não é nem mesmo alterado no curso da atividade empresarial²⁴.

É possível, portanto, que uma empresa inicie suas atividades com pequeno valor de capital social, mas que aufera grandes rendimentos no decurso do tempo, apresentando patrimônio líquido muito superior ao valor do capital social. O oposto também pode ocorrer, caso uma empresa passe por dificuldades financeiras e tenha patrimônio líquido inferior ao capital social.

Ou seja, no primeiro caso, a empresa terá capacidade econômica de arcar com compromissos financeiros superiores ao valor do capital social e, no segundo, não terá capacidade econômica de arcar nem mesmo com compromissos financeiros em montante igual ao do capital social. Logo, o capital social não pode ser a medida utilizada

23 SOUZA, Geraldo Emediato (*et ali*). *op. cit.*, p. 23-24.

24 *Id.* *Ibid.*, p. 25.

como parâmetro para aferir a capacidade econômica compatível com a execução do contrato de prestação de serviços a terceiros.

Já o patrimônio líquido resulta da diferença entre valores ativos (dinheiro, imóveis, créditos etc.) e passivos (dívidas de financiamentos, débitos comerciais, encargos trabalhistas, tributários etc.) da pessoa jurídica. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo²⁵.

Desse modo, a previsão do artigo 4º-B, da Lei n.º 6.019/1974, com redação dada pela Lei n.º 13.429/2017, relativa ao capital social, constitui mero requisito de funcionamento das empresas prestadoras de serviços, não sendo sinônimo de capacidade econômica compatível com a execução dos serviços²⁶.

A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmem à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional, para inibir a entrada, no mercado de prestação de serviços a terceiros, de pessoas jurídicas que não possuam condições financeiras mínimas para tanto. Trata-se, deste modo, de exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço, como condição para seu funcionamento²⁷.

Nesse contexto, cabe à empresa contratante aferir, no ato de contratação, se a empresa contratada tem a capacidade econômica compatível com a execução do contrato a ser firmado, dispondo de “patrimônio suficiente para fazer face aos compromissos decorrentes da execução do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas”²⁸.

Além disto, a capacidade econômica para execução do contrato já depende, em primeira medida, do preço do serviço fixado no contrato. Neste contexto, o preço do serviço deve basear-se em planilha de custos condizente com a realidade do contrato. Sendo o preço inexe-

25 Id. *Ibid.* p. 25.

26 Id. *Ibid.*, p. 24.

27 Id. *Ibid.*, p. 27.

28 Id. *Ibid.*, p. 28.

quível, é evidente a participação da empresa contratante no descumprimento da exigência legal de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, porque lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores, inclusive trabalhistas, da empresa contratada.

Neste caso, poderá ser configurada a falta de capacidade econômica e, pois, a caracterização de mera intermediação de mão de obra como fraude à relação de emprego²⁹.

Outro fato que macula o requisito da capacidade econômica, independentemente do preço contratado, é a contratação de empresa sabidamente inidônea. Por exemplo: se a empresa contratada é devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço³⁰.

Nessas hipóteses, portanto, de evidente inobservância da empresa contratante quanto ao disposto no *caput* do art. 4º-A, a contratação de empresa prestadora sem capacidade econômica compatível com a execução do contrato configurar-se-á, na verdade, mera intermediação de mão de obra³¹.

É possível, contudo, que a empresa contratante afira, no ato de contratação, a capacidade econômica da empresa contratada e se entenda que ela é compatível com a execução do contrato a ser celebrado. Porém, durante a execução contratual, há a perda de tal capacidade econômica.

Deste modo, cabe à empresa contratante acompanhar a presença deste requisito, de modo continuado, porquanto se trata de um contrato de trato sucessivo, ou seja, cujo cumprimento se prolonga no tempo e é feito por meio de atos reiterados.

29 Id. *Ibid.*, p. 29-30.

30 Id. *Ibid.*, p. 30.

31 Id. *Ibid.*, p. 31.

Caso haja a perda de capacidade econômica de modo superveniente à celebração contratual, logo, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato³², ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer^{33,34}.

Se não incorrer em tais medidas, a contratante corre o risco de ver desfigurada a prestação de serviços por perda de um dos requisitos do contrato, resultando em intermediação de mão de obra³⁵.

Por outro lado, é possível que o inadimplemento decorra de fator alheio à capacidade econômica da prestadora, hipótese em que, mantido incólume o contrato de prestação de serviço, deve a contratante responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas³⁶, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei n.º 6.019/1974.

2 “PEJOTIZAÇÃO”

A “pejotização” é uma fraude à relação de emprego. Trata-se da contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, como forma de mascarar o vínculo empregatício a partir da celebração de um contrato de trabalho autônomo do ponto de vista formal. Essa é a razão da criação do termo para denominar o fenômeno: o uso de uma pessoa jurídica para contratar um ser humano que, na realidade, é um empregado³⁷.

Destacamos que as Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017, que alteraram a Lei n.º 6.019/1974, não legalizaram essa prática. Ainda que

32 Art. 475, CC: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

33 Art. 477, CC: Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

34 SOUZA, Geraldo Emediato (*et ali*). **Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas**: análise face à nova regulamentação, cit., p. 31.

35 Id. *Ibid.*, p. 31-32.

36 Id. *Ibid.*, p. 32-33.

37 Id. *Ibid.*, p. 139.

o § 2º do art. 4º-A da Lei n.º 6.019/1974 afaste o vínculo de emprego entre os sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, é fundamental analisar esse dispositivo com as demais alterações introduzidas na Lei n.º 6.019/1974.

O contrato de prestação de serviços a terceiros, para estar em conformidade com legislação, exige, como já mencionado, três elementos: a) a transferência de execução de atividades à empresa prestadora, como objeto contratual; b) empresa prestadora de serviços e a sua autonomia na execução da atividade, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) a capacidade econômica compatível com a execução. Nenhum desses requisitos está presente na “pejotização”.

Não há transferência da atividade, pois o trabalhador é contratado para a prestação de serviços pessoais e subordinado (o que inclui o previsto no § único do art. 6º da CLT) à contratante, sendo inserido no processo produtivo dessa. Não estamos diante de uma situação em que a contratante pretende transferir a execução de um serviço, mas contratar força de trabalho³⁸.

Não existe autonomia na execução da atividade, dado que o trabalhador não detém capacidade de auto-organização e de gestão da atividade contratada. Não se trata de um caso em que o sócio ou o titular da pessoa jurídica tem os meios para gerenciar os trabalhos, uma vez que o poder de direção é exercido pela contratante³⁹.

Não se verifica a capacidade econômica compatível com a execução do serviço contratado, uma vez que a contratada não é uma empresa com estrutura funcional para a prestação de serviços, o que é exigido pelo art. 5º-A da Lei n.º 6.019/1974, mas uma pessoa que somente é capaz de oferecer a sua força de trabalho à contratante⁴⁰.

É verdade que o sócio ou o titular de pessoa jurídica pode executar diretamente a atividade contratada. Contudo, isso deve ocorrer no âmbito do exercício da atividade empresarial, o que

38 Id. Ibid., p. 139-140.

39 Id. Ibid., p. 138-139.

40 Id. Ibid., p. 141-142.

pressupõe o desenvolvimento de atividade econômica organizada, em que se assumem os seus riscos, assim como se auferem os lucros⁴¹.

Finalmente, apontamos indícios comuns que apontam para a fraude promovida em casos de “pejotização”: a) equipamentos e instrumentos, abrangendo sistemas e bancos de dados, usados pelos contratados são da contratante; b) a receita obtida pelo contratado advém apenas da contratante; c) os custos da atividade são arcados pela contratante; d) os trabalhadores contratados recebem uma remuneração fixa mensal em conformidade com as horas trabalhadas; e) o controle operacional e administrativo da atividade contratada é exercido pela contratante⁴².

2.1 Repercussões sobre o erário

Em estudo denominado “O fenômeno da ‘pejotização’ e a motivação tributária”, elaborado pela Receita Federal do Brasil em abril de 2016, verifica-se a busca de identificar a motivação tributária para a disseminação da prática de constituição de empresas prestadoras de serviço.

No referido estudo, a Receita Federal do Brasil aponta que “é possível identificar e estimar a redução indevida da carga tributária e a assimetria que gera em relação aos demais trabalhadores, especificamente em relação ao imposto sobre a renda e à contribuição previdenciária”⁴³.

O documento ainda aponta a incongruência em prever uma tributação semelhante entre uma empresa que organiza os meios de produção e uma empresa formada por um único sócio que presta serviços. De acordo com os autores,

41 Id. *Ibid.*, p. 142-143.

42 Id. *Ibid.*, p. 146.

43 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **O fenômeno da “pejotização” e a motivação tributária**. Abril, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal%22/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/pejotizacao.pdf/view>. Acesso em: 21 mar. 2022, p. 3.

não há como conceber que o modelo de tributos que incide sobre uma sociedade empresária normal, que possui empregados, instalações, máquinas e equipamentos, intangíveis (v.g. marca, *know-how*) e carteira de clientes, seja também adequado a pessoa jurídica cujo único sócio é o prestador do serviço, sem agregar qualquer outro fator na produção⁴⁴.

A menor carga de tributos que incide na contratação de pessoas jurídicas, ainda que inapropriada, é o maior motivador para a sua adoção. Nesse sentido, “o fenômeno da pejetização pode ser explicado com base na vantagem fiscal obtida com a contratação de serviços intelectuais por intermédio de pessoas jurídicas, ainda que seja economicamente inapropriado considerar essa relação como típica entre empresas”⁴⁵.

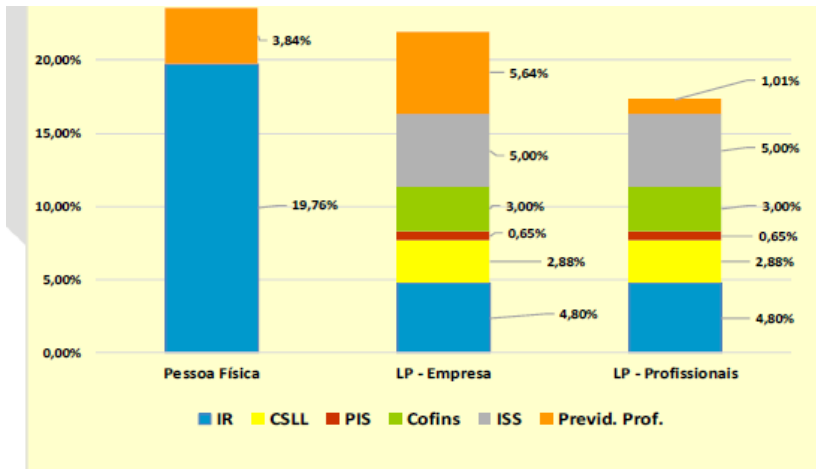
Com o objetivo de demonstrar a motivação tributária no uso da “pejetização”, a Receita Federal fez uma comparação, levando a incidência dos tributos, entre a contratação de trabalhadores por meio da legislação trabalhista (CLT), de serviços por meio de empresas com empregados, instalações, equipamentos, tributada com base no lucro presumido e de serviços por meio uma empresa “pejetizada” tributada com base no lucro presumido. A análise levou em consideração somente os tributos pagos pelo prestador de serviços.

Tendo em vista um rendimento anual total de R\$ 360.000,00, o trabalhador contratado via CLT arca com 19,76% a título de imposto de renda (IRPF) e 3,84% de contribuição previdenciária. No caso da empresa “pejetizada”, paga-se 4,80% a título de imposto de renda (IRPJ) e 1,01% de contribuição previdenciária. Ou seja, o trabalhador celetista para 4,11 vezes mais que o pejetizado a título de imposto de renda e 3,8 vezes a mais em relação à contribuição previdenciária⁴⁶.

44 Id. *Ibid.*, p. 6.

45 Id. *Ibid.*, p. 6.

46 Id. *Ibid.*, p. 7.



Para rendimento mensal de R\$ 30.000,00, o empregado contratado por meio da CLT arca com 23,60% em tributos federais. O trabalhador contratado por meio de pessoa jurídica deve recolher 17,34%, ou seja, 6,26% a menos que o celetista. Ao examinar a incidência tributária entre pessoa física, empresa e “pejotizado”, a Receita Federal afirma que “a distorção ocorre na comparação entre a pessoa física, contratada como empregado, e o profissional intelectual que presta o mesmo serviço como pessoa jurídica”⁴⁷.

As incongruências também ocorrem quando se analisa os gastos do tomador de serviços. Quando há a contratação por meio da legislação trabalhista, é devido o recolhimento da contribuição previdenciária patronal (20%), encargos do sistema S e do RAT (3%), depósito do FGTS (8%) e pagamento de direitos trabalhistas, tais como férias e décimo terceiro salário. Caso ocorra a contratação do trabalhador por meio de pessoa jurídica, a Receita Federal estima que há redução de custos em aproximadamente 31%⁴⁸.

Não é por outro motivo que a conclusão do documento indica que

47 Id. Ibid., p. 8.

48 Id. Ibid., p. 9.

essa vantagem tributária, potencializada pela significativa redução no custo final do serviço contratado, torna mais favorável a contratação por intermédio da pessoa jurídica. Esse desequilíbrio financeiro, decorrente da discrepância na incidência do ônus tributário, pode ser diagnosticado como a principal, senão a única motivação para a larga utilização desse mecanismo entre os profissionais intelectuais das atividades regulamentadas, coincidentemente os trabalhadores de maior nível de renda⁴⁹.

Diante desse cenário, é relevante examinar o contexto do mercado de trabalho. No primeiro trimestre de 2016, pouco antes da elaboração do referido estudo da Receita Federal, os empregados no setor privado com carteira de trabalho assinada totalizavam 35.577.000 (39,22% da força de trabalho). Os trabalhadores por conta própria com CNPJ eram 4.540.000 (5%) e os sem CNPJ, 18.178.000 (20,04%)⁵⁰. No último levantamento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua trimestral, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os empregados do setor privado com carteira de trabalho assinada diminuíram numericamente (34.875.000) e percentualmente (36,60%), ao passo que os trabalhadores por conta própria com CNPJ aumentaram sob ambas perspectivas (6.223.000 e 6,53%). Os trabalhadores por conta própria sem CNPJ aumentaram numericamente (19.061.000) e ficaram estáveis percentualmente (20%)⁵¹.

Tabela 6464 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência - Total, coeficiente de variação, variações percentuais e absolutas em relação ao trimestre anterior e ao mesmo trimestre do ano anterior, e média anual - por posição na ocupação e categoria do emprego no trabalho principal

Variável - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência (MI pessoas)

Brasil

Trimestre x Posição na ocupação e categoria do emprego no trabalho principal

1º trimestre 2016							1º trimestre 2022								
Total	Empregado	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - com carteira de trabalho assinada	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - sem carteira de trabalho assinada	Conta própria	Conta própria com CNPJ	Total	Empregado	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - com carteira de trabalho assinada	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - sem carteira de trabalho assinada	Conta própria	Conta própria com CNPJ	Conta própria sem CNPJ	
90.708	62.237	45.481	35.577	9.904	22.719	4.540	18.178	95.275	63.961	47.091	34.875	12.216	25.283	6.223	19.061

Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral

49 Id. Ibid.

50 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral**: Tabela 6464. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6464>. Acesso em: 18 jul. 2022.

51 Id. Ibid.

É possível indicar que, ao menos em parte, o aumento do número de trabalhadores por conta própria, especialmente com CNPJ, se deu em razão da ampliação legalmente admitida para o uso dessa categoria por meio da aprovação das Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017. Da mesma forma, é possível apontar que ocorreram perdas na arrecadação estatal, tendo em vista o crescimento de trabalhadores por conta própria com CNPJ, a redução de trabalhadores contratados via CLT e o estudo elaborado pela Receita Federal do Brasil acima mencionado.

CONCLUSÃO

A prestação de serviços a terceiros e intermediação de mão de obra não devem ser tratadas como fenômenos semelhantes. As alterações promovidas pelas Leis n.ºs 13.429/2017 e 13.467/2017 permitem elucidar as diferenças entre ambas.

Essas novas leis permitiram a terceirização para quaisquer atividades das empresas e previram requisitos para a configuração da prestação de serviços a terceiros: a) transferência da execução da atividade à prestadora de serviços; b) autonomia da empresa prestadora de serviços; e c) capacidade econômica da empresa contratada, compatível com a execução do contrato.

A transferência da execução da atividade implica que todo o conjunto operacional que envolve a realização da atividade deve ser da empresa prestadora de serviços, que deverá possuir os meios de produção necessários, recursos humanos, especialização e capacidade técnica para a concretização da atividade que lhe fora transferida.

Além disto, para que ela, de fato, realize a atividade nestes moldes, deverá gozar de autonomia formal, administrativa, operacional, possuindo o poder diretivo sobre as tarefas realizadas pelos trabalhadores, e, por este motivo, a subordinação deverá ocorrer para com a empresa prestadora de serviços.

O último requisito é a capacidade econômica compatível com a execução do contrato, o que não se confunde com a mera observância

do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, III, para funcionamento da empresa de prestação de serviço. A capacidade econômica diz respeito à situação econômica positiva da empresa para cumprir todos os compromissos decorrentes da execução do contrato (obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade).

A capacidade econômica deve ser aferida pela empresa contratante e estar presente no ato da contratação e no curso da execução contratual. A postura negligente da empresa contratante, seja no ato de contratação (culpa *in eligendo*), seja durante a execução contratual (culpa *in vigilando*), conduz ao afastamento da prestação de serviço e ao reconhecimento de vínculos diretos de emprego (CLT, art. 9º);

De qualquer modo, a ausência de qualquer dos requisitos da prestação de serviços a terceiros configura a intermediação de mão de obra, prática ilícita, salvo no caso de trabalho temporário, fazendo incidir o disposto no art. 9º da CLT, com a declaração de nulidade da contratação, devendo-se reconhecer o vínculo de emprego de forma direta entre os trabalhadores e a empresa contratante.

Deste modo, a nova legislação não liberou a intermediação de mão de obra (salvo no caso de trabalho temporário) ou qualquer hipótese de fraude à relação de emprego (como a “pejotização”), restando hígidos os artigos 2º e 3º (com as definições de empregado e empregador e traçando os contornos da relação de emprego) e 9º da CLT (que considera nulos, de pleno direito, os atos voltados a impedir, desvirtuar ou fraudar uma relação de emprego).

Todos esses aspectos devem ser considerados tanto nas contratações feitas no setor privado, como no setor público, seja pela Administração Pública Direta, ou pelas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que, além de terem de se reger por todas as regras anteriormente mencionadas, ainda se submetem aos princípios da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, logo, esperando-se dela maior prudência e cautela na contratação de serviços.

O Ministério Público do Trabalho deve atuar no combate às fraudes à relação de emprego, incluindo os contratos de prestação de serviços formalizados pelo setor público, atentando-se a todos os aspectos anteriormente abordados, adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis quando da constatação de ilicitudes.