

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE
SERGIPE
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO
TRABALHO**



ANITA ROCHA PAIXÃO SOTERO

**TERCEIRIZAÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO
TRABALHADOR**

ARACAJU/SE
2007

ANITA ROCHA PAIXÃO SOTERO

TERCEIRIZAÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR

Monografia apresentada à FACULDADE DE
ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE-FANESE
como exigência final para a obtenção da Especialização em
Direito e Processo do Trabalho.

ORIENTADORA: Msc.Profª Flávia Moreira Pessoa

ARACAJU/SE
2007

À minha filha Beatriz, aquela
que faz os outros felizes.

AGRADECIMENTOS

A Deus que me concedeu a sabedoria para discernir os aspectos acadêmicos e realizar este trabalho;

Aos meus familiares que sempre me deram apoio;

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para a concretização do presente trabalho.

"A tendência à especialização e a realidade econômica subjacente impõem a melhor compreensão do fenômeno terceirização e sua correta aplicação e não o seu repúdio puro e simples, preconizado pelos que são insensíveis às transformações em curso ou as encaram com agudizada miopia, avessos que se mostram à mudança. O direito deve ser reflexo da realidade social que lhe é subjacente."

Otávio Augusto Reis de Sousa

RESUMO

A Terceirização define-se como uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial situando-se, principalmente, em áreas como vigilância, transportes, prestação de serviços, administração pública, processamento de dados. Com a utilização do aporte teórico de autores e da análise da legislação, em especial da Constituição Federal, da Consolidação das Leis do Trabalho, das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, destaque para a 331, será abordado o tema em tela. Assim, objetiva-se esclarecer as fases da terceirização, a evolução histórica, as vantagens, os fatores restritivos, a inviabilidade, as responsabilidades. A fiscalização trabalhista é um dos pontos primordiais e um auxílio para que o prestador de serviços garanta sua defesa jurídica diante da terceirização em casos ilícitos ou fraudulentos.

Palavras-chaves: terceirização, direito do trabalho, proteção jurídica, Súmula 331, fiscalização trabalhista

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	8
2- RELAÇÃO TRADICIONAL DE TRABALHO	10
2.1 Considerações preliminares	10
2.2 Elementos	10
3- FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	13
3.1- A crise do contrato individual do trabalho	13
3.2- Flexibilização das normas trabalhistas	15
4- TERCEIRIZAÇÃO	20
4.1- Denominação	20
4.2- Conceito	20
4.3- Direito Estrangeiro e Internacional	22
4.4- Breve histórico	24
5- RELAÇÃO TERCEIRIZADA DE TRABALHO	27
5.1- Base normativa	27
5.2- Base jurisprudencial	28
5.3- Elementos	29
5.4- Vantagens da terceirização	31
6- HIPÓTESES LÍCITAS DE TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO	33
6.1- Trabalho temporário	33
6.2- Cooperativas	33
6.3- Serviços de Vigilância, Transporte de Valores e Segurança	35
6.4- Serviços de Conservação e Limpeza	35

6.5- Serviços Especializados Ligados à Atividade-meio do Tomador	35
6.6- Serviços Públicos	36
7- RESPONSABILIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO	39
7.1- Inviabilidade da terceirização	39
7.2- Fatores restritivos	40
7.3- Responsabilidade Direta e Total do Tomador	43
7.4- Responsabilidades Solidária e Subsidiária	44
8- CONCLUSÃO	47
9- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda temas e aspectos relacionados com a Terceirização e a proteção jurídica do trabalhador, objetivando apresentar, em linhas gerais, conceitos, leis vigentes, flexibilização, fatos vantajosos e restritivos da matéria tratada.

A Terceirização define-se como uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial, situando-se, principalmente, em áreas como vigilância, transportes, prestação de serviços, administração pública, processamento de dados.

A escolha do tema deve-se à significativa importância, na atualidade, da terceirização nos setores públicos e privados. Além de abordar temas que são relevantes na compreensão do surgimento e evolução da terceirização, de modo a permitir uma visão panorâmica sobre o tema, é indiscutível que a terceirização se tornou uma palavra imprescindível na economia moderna, não se tratando de modismo, mas sim de uma opção de sobrevivência dos empreendimentos, não obstante a preocupação com a proteção jurídica do trabalhador.

Com a necessidade de abordar a polêmica quanto à proteção jurídica do trabalhador em face da Terceirização, contextualizar-se-á a via jurídica como pressuposto na obtenção dos resultados, uma vez que o respaldo técnico-legal mais que amparar no âmbito jurídico, justifica o aspecto econômico de qualquer empresa. Há de ressaltar que, em termos jurídicos, em especial do trabalhador, a terceirização exige cuidados especiais justamente por lidar com formalizações triangulares que se submetem à dinâmica do Direito do Trabalho.

O objetivo primordial deste estudo consiste em apresentar, sob o ponto de vista jurídico, as diversas posições, aspectos, inviabilidades, ilicitudes da terceirização de atividade-fim, bem como dos riscos e vantagens no mercado de trabalho brasileiro.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foram necessários alguns procedimentos metodológicos, como a pesquisa das obras de autores, a exemplo de Sérgio Martins, Rodrigo Coimbra, Dora Maria de Oliveira Ramos, Gláucia Barreto, Marcelo Alexandrino, Paulo Vicente. Ademais, procedeu-se à análise da legislação

pertinente, em especial à Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e as Súmulas 239, 256, 257 e 331 do TST.

O plano de desenvolvimento do estudo apresentar-se-á em várias etapas. A primeira delas destinar-se-á ao esclarecimento sobre a terceirização, elucidando conceitos, o surgimento, a evolução e os impactos que a mesma apresenta para a sociedade moderna. O Direito do Trabalho será apresentado como ferramenta e mediação de proteção trabalhista através da flexibilidade, assim como as vantagens da terceirização serão ressaltadas.

Na segunda etapa, serão enfatizados os fundamentos jurídicos da terceirização, fazendo-se referências a Leis e Decretos, à Constituição Federal e a CLT.

No em terceiro momento, considerações serão tecidas acerca dos setores de atuação da terceirização e como o trabalhador pode se proteger de fraudes ou ilícitos. Serão abordados: o contrato de trabalho, as cooperativas, as empresas de vigilância, de processamento de dados, as prestadoras de serviços, a administração pública e a administração de empresas, todas sob a ótica legal.

No fim, serão especificados os meios para se fiscalizar a legalidade da terceirização de uma empresa ou setor, através da demonstração dos atos ilícitos, da responsabilidade subsidiária, da inviabilidade e dos fatores restritivos.

Além disso, o trabalho trará à baila a terceirização no novo modelo econômico do país, seus aspectos legais, as repercussões do fenômeno no processo produtivo e a sua utilização, buscando analisar e estabelecer possibilidades racionais e estratégias para sua prática, que sejam éticas e legalmente aceitáveis na realidade atual.

2 – RELAÇÃO TRADICIONAL DE TRABALHO

2.1 Considerações preliminares

Em termos econômicos, os bens só adquirem valor se houver trabalho humano que incida sobre eles para mudar-lhes a destinação original. Assim, as matérias primas existentes na natureza somente quando trabalhadas (em sentido lato) pelo ser humano é que adquirem valor. Mesmo as operações mais simples como a coleta de frutos, a caça, ou a extração de madeira ou de minérios constituem labor humano que modifica a destinação original das coisas. Dito de outro modo, se não houvesse trabalho humano, as coisas permaneceriam como estão e não seriam aproveitadas na sociedade.

O trabalho em si mesmo, também pode ser um bem economicamente avaliável. Além de retirar matérias-primas da natureza e dar-lhes destinação econômica, seja pela simples coleta, seja pela transformação ou industrialização, a própria prestação de um trabalho pode ter significação econômica. Dessa forma, sugere o trabalho por conta alheia, cujas experiências históricas nos levam a distintos graus de existência de liberdade (escavidão, servidão até o trabalho assalariado).

Na atualidade, o trabalho por conta própria alheia, exercido de forma livre, é a regra nos países capitalistas, embora permaneçam em países mais atrasados formas arcaicas de exploração do trabalho humano e até mesmo de escravidão. No Brasil, a prestação de serviços é obrigatoriamente livre, nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

A relação de trabalho é um gênero do qual fazem parte muitas espécies, como: a relação de emprego, a relação de trabalho temporário, a representação comercial, as empreitadas de labor, as relações de trabalho no serviço público (funcionários públicos estatutários e empregados públicos regidos pela CLT), relação de trabalho doméstico, relação de trabalho doméstico, relação de trabalho avulso.

A prestação de trabalho nos casos de terceirização está inserida no contexto das relações de trabalho em sentido lato.

2.2 Elementos

No Direito do Trabalho brasileiro o problema reside no fato de que inexistente uma definição legal para a relação de emprego. Ainda que se pudesse mencionar o texto do art. 442 da CLT, da sua própria leitura percebe-se que se trata de uma definição circular: define contrato de trabalho como sendo o instrumento jurídico a que corresponde a relação de emprego, mas não define o que é a relação de emprego. Assim, coube à doutrina definir o que seja a relação de emprego no Direito brasileiro, utilizando os elementos constantes das definições de empregador e empregado existentes nos arts. 2º e 3º da CLT.

Os elementos de subordinação, contraprestação mediante salário, pessoalidade e continuidade são, normalmente, admitidos entre os doutrinadores brasileiros. Entretanto, existem outras posições conforme a ótica proposta, principalmente no que diz respeito à confusão com a definição do próprio contrato e seus elementos tradicionais (capacidade, manifestação da vontade e objeto lícito) ou com outros elementos como profissionalidade, estabilidade, dentre outros.

Na doutrina trabalhista alienígena, não são utilizados, de modo geral, todos estes quatro elementos. Alguns autores dão status de elementos essenciais apenas à subordinação; outros, além da subordinação, consideram fundamentais a remuneração, a prestação pessoal de serviços e o labor por conta alheia.

Notou-se, portanto, que no direito comparado a não eventualidade ou continuidade não é incluída, em geral, como elemento essencial para a caracterização da relação de trabalho, sendo tal matéria abordada pela doutrina alienígena por ocasião da análise das características do contrato de trabalho.

No conceito de contrato de trabalho contido no anteprojeto da CLT também não estava contido o elemento não eventualidade. Contudo, a CLT trouxe a não-eventualidade na definição de empregado. Com isso, os doutrinadores nacionais adotaram este elemento, de forma uníssona, como essencial para a configuração da relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado assim define o contrato individual de trabalho:

“... negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços.”

Ou ainda:

“... o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.”

Trata-se de um negócio jurídico realizado entre dois sujeitos que se denominam empregado e empregador. Por ser negócio jurídico, situa-se no campo da autonomia privada, com característica negocial, embora existam inúmeras restrições à liberdade de contratar oriundas de normas de ordem pública, com natureza cogente. No plano fático, a liberdade de estipulação é bem maior por parte do empregador, em virtude da dependência econômica e da própria subordinação jurídica.

O objeto principal do contrato de trabalho é o binômio trabalho e salário, o que caracteriza a onerosidade, no sentido de que ambas as partes suportam esforços econômicos. Ao lado dessas obrigações contratuais existem outras como o dever de fidelidade, de respeito à integridade física, de respeito aos limites do contrato, de dar trabalho, de assiduidade, etc. Também estão presentes elementos derivados do princípio da boa-fé, como o direito à informação, à execução continuada, vedação do rigor excessivo, guarda de segredos da empresa, não concorrência, etc.

A importância da fixação dos elementos da relação de emprego tradicional reside no fato de que eles servirão de parâmetro de comparação com os elementos da relação terceirizada de trabalho, para poder identificar quais seriam os traços distintivos ou novos, de modo a justificar um tratamento jurídico diferente daquele que usualmente é dado. Por essa razão, serão estudados, de forma mais detalhada, cada um dos elementos da relação de emprego tradicional, preparando o terreno para o próximo tópico, que será o estudo do trabalho terceirizado.

3 – FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 A crise do Contrato Individual do Trabalho

A re-elaboração do Direito Laboral apresenta como tema central o reconhecimento da crise do contrato individual do trabalho. Quando de seu surgimento, o Direito do Trabalho elegeu como beneficiária uma específica categoria de trabalhadores, qual seja, os que se mostravam ligados ao tomador do serviço por um vínculo durável (indeterminado) e afetados pela subordinação. A partir dessa premissa construiu-se todo um aparato normativo que mais das vezes redundou em proteção a esta casta de trabalhadores subordinados (empregados), o que se verifica pela simples leitura do art. 3º da CLT.

O contrato individual do trabalho ou de emprego em verdade foi invadido por uma série de disposições cogentes, inafastáveis, referidas por muitas como dirigismo contratual, estranho aos civilistas de então. Repudiavam os civilistas clássicos a exacerbada intervenção do Estado que desnaturava os conceitos tradicionais, afetava a autonomia privada e a concepção do negócio jurídico.

O tempo se passou e a maior complexidade das relações de produção foi impiedosa com o contrato de trabalho na sua concepção primeira. Os excessos na produção conduziram a ser perceber na atualidade uma casta que goza das benesses de uma legislação hipergarantista, que sequer soube perceber a necessidade de tutela diferenciada entre os tipos de empregado e aqueles que, por não se enquadrarem na estreita concepção do trabalho subordinado, se encontram excluídos de qualquer disciplina especial.

Assim, se o Direito do Trabalho existente tutela o alto empregado com o mesmo furor com que tutela aquele que se encontra na base da hierarquia empresarial, desconhece o pequeno trabalhador autônomo, cuja atividade muitas vezes se integra na unidade produtiva. A contradição é inerente hoje ao conjunto de requisitos que desencadeia a incidência da norma trabalhista, mormente a subordinação. Trabalhadores subordinados existem que, em função do patamar remuneratório, deveriam há muito se encontrar excluídos do Direito do Trabalho. Veja-se o exemplo de Diretor de S/A, para os quais os manuais às vezes dedicam capítulos para explicar a existência do Diretor não empregado e do Diretor

empregado!!! Enquanto isso se denega de forma obtusa tratamento particular ao eventual, ao autônomo, isso sem nos reportar-nos aos que se encontram à margem de proteção pelo trabalho clandestino.

A complexidade e o custo da formalização do contrato de trabalho remetam ao abandono de fato das disposições do Direito Laboral; ignora-se perigosamente a norma, como sinal de sua desatualidade.

O tempo foi impiedoso com o contrato de emprego, portanto.

Até mesmo a sociedade já não se preocupa com igual intensidade com o trabalhador subordinado (empregado), mas se debruça sobre uma nova categoria: a dos excluídos. A miséria, que já atingiu com mais veemência o empregado ontem, atinge hoje como mais agudeza a desempregado, o inempregável e, sobretudo, o que se encontra à margem dos direitos sociais como um todo, o excluído de nossos dias. É nele que a sociedade centra suas atenções.

Aboliremos então tudo que existe em matéria laboral? É evidente que disso se não cogita; somente os mais mal-intencionados alardeiam ser esse o sentido das mudanças.

Urge rever, sim, o montante da proteção ou mesmo sua efetiva necessidade, podar os excessos de normatividade, reconhecer que a mesma comporta graus, selecionar seus destinatários. Reconstruir o Direito do Trabalho implica, nesta medida, sua desconstitucionalização parcial e sua re-regulamentação em nível infraconstitucional, a simplificação das suas disposições e a redução de sua interferência como modo de obter maior efetividade.

Ao lado disso, urge sua ampliação e redimensionamento, já que seus parâmetros de incidência são padrão de habitualidade.

Chega-se, assim, à ampliação horizontal do Direito do Trabalho, à sua planificação, que conduz ao incremento de seu objeto pela re-tipificação do contrato de trabalho.

O novo Direito do Trabalho se afasta da subordinação com elemento indispensável à incidência de suas normas e caminha para reger todo trabalho humano, albergando o eventual, o autônomo e mesmo a inatividade, avançando sobre a seguridade social.

Impende assim uma modificação ampla de objeto do Direito do Trabalho como única forma de sua perpetuação com disciplina autônoma, mormente tendo-se em vista a potencial extinção do emprego típico.

Afirma Antônio Álvares da Silva:

“Abalada em seu núcleo formador, a relação de emprego estilhaçou-se em inúmeros fragmentos, dando origem a diferentes modelos de prestação de trabalhos sem subordinação, próprias de nossa época, que caracterizam o trabalho autônomo em suas múltiplas e variadas formas: empreiteiros, mandatários, avulsos, parceiros, meeiros, representantes, agentes, free-lancers e um sem-número de atividades que a complexa sociedade moderna, setorizada em quase tudo, apresenta nas variadas estruturas de sua atividade econômica.”

Afora a subordinação, outro aspecto solapado é o caráter de continuidade da relação de emprego, a não eventualidade de que cogita o art. 3º da CLT, atingida pelo desprestígio da estabilidade: fim dos postos permanentes; pelo próprio esmaecimento da fábrica tradicional; pela exteriorização do trabalho, aqui incluída a terceirização; trabalho a tempo parcial, *job sharing*, e pela proliferação de contratos por tempo determinado.

A revisão dogmática sarja fundo o contrato individual de trabalho conhecido, portanto, e não se afigura, ao contrário do que pretendem alguns, perfunctória.

3.2 Flexibilização das normas trabalhistas

O Direito do trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada flexibilização dos direitos trabalhistas. Essa teoria surgiu a partir das crises econômicas existentes na Europa por volta de 1973, em decorrência do choque dos preços do petróleo.

Flexibilização do Direito do Trabalho é um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Os exemplos mais comuns seriam a flexibilização da jornada de trabalho, que é usada principalmente nos países de língua inglesa, em que o funcionário entra mais cedo, saindo também mais cedo do trabalho, ou ingressa mais tarde, saindo, também em horário mais adiantado do que o normal, estabelecendo, assim, seu próprio horário de trabalho, trabalhando mais horas num determinado dia ou semana para trabalhar menor número de horas em outros dias, porém observando o número

mínimo de horas trabalhadas no ano, no mês ou na semana; a divisão do posto de trabalho por mais de uma pessoa; o contrato segundo as necessidades do empreendimento, do Direito alemão, conforme lei de 26 de abril de 1985; o trabalho em tempo parcial; as formas de teletrabalho, ou de trabalho a distância; o estágio; o trabalho temporário; o contrato de trabalho de prazo determinado; o contrato de safra ou de temporada; e o trabalho avulso, que geralmente é feito na orla marítima, em que o trabalhador, sendo ou não sindicalizado, presta serviços a uma ou mais empresas, mediante intermediação do sindicato da categoria.

Tem-se dividido a flexibilização do trabalho em: quantitativa externa, que trata da contratação do trabalhador e da facilidade com que pode ser despedido, de acordo com as necessidades das empresas; flexibilização quantitativa interna, que engloba a utilização do tempo do empregado, como o horário de trabalho, o trabalho em tempo reduzido; flexibilização funcional, que diz respeito aos métodos ou técnicas de gestão de mão-de-obra, em decorrência das exigências da produção.

Pode a flexibilização ser classificada da seguinte forma: de remuneração; na utilização da força de trabalho; em relação à estabilidade no tempo de duração do contrato de trabalho.

Já se verificava uma série de procedimentos de flexibilização no Direito do Trabalho brasileiro. A terceirização não deixa de ser uma forma de flexibilização trabalhista. São exemplos: a subempreitada, a locação de mão-de-obra, que pode ser a prevista para a vigilância bancária (Lei nº 7.102/1983), o trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974), o trabalho em domicílio (arts. 6º e 83 da CLT), o contrato por prazo determinado (art. 443 e seu § 2º da CLT), o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT), o contrato de técnico estrangeiro (Decreto-lei nº 691/1969), o contrato de safra (art. 14 e seu § único, da Lei nº 5.889/1973), o estágio (Lei nº 6.494/1977).

O próprio Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei nº 9.841/1999) não deixa de ser uma forma de simplificação de alguns procedimentos na área trabalhista das referidas empresas.

A tendência da flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. Assim, deveria haver uma proteção ao trabalhador em geral, seja ele subordinado ou não, tanto o empregado como também o desempregado. É nesse

momento que começam a surgir contratos distintos da relação de emprego, como contratos de trabalho em tempo parcial, de temporada, de estágio, etc.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. Para fiscalizar essa flexibilização, essa maleabilidade, o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, a participar das negociações coletivas que irão conduzir ao acordo ou à convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas.

A Constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho, determinando que: os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI); a compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII); o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas diárias poderá ser feito por intermédio de negociação coletiva. O inciso XXVI do art. 7º do Estatuto Supremo reconheceu não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho. O inciso VI do art. 8º da mesma norma estatuiu a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Pode-se dizer, também, que até mesmo a participação nos lucros e na gestão da empresa são formas de flexibilização laboral, de maneira que o empregado possa participar democraticamente na gestão da empresa e nos seus resultados positivos (art. 7º, XI), podendo a participação nos lucros ser feita por convenção ou acordo coletivo (art. 621 da CLT).

Como vemos, a flexibilização de certas regras do Direito do Trabalho só pode ser realizada com a participação do sindicato, podendo tanto ser instituídas condições de trabalho *in melius*, para melhor (redução de jornada), como *in pejus*, para pior (aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento ou redução de salários). Flexibilizar não tem, portanto, por sinônimo, desregulamentar, pois é

possível, inclusive, flexibilizar por meio da legislação, como o faz a Constituição (art. 7º, VI, XIII e XIV). Consiste a flexibilização exatamente em menor rigidez da legislação, propiciando adaptações no trabalho, em razão das modificações sociais e econômicas.

Há também a possibilidade de se instituir formas de flexibilização quanto à proteção que se deve dar ao trabalhador, no sentido de se lhe assegurar vantagens mínimas, como de segurança no emprego, da criação de empregos ou de política de emprego, etc.

No entanto, apesar do que foi exposto, surge outra forma de flexibilização das relações laborais, por meio da terceirização, não exatamente com essa denominação, no seu início, mas o que importa é que outros países a têm utilizado e isso chegou a nosso país. A terceirização também surge como forma de compatibilizar a eficácia econômica com novos métodos de gestão de mão-de-obra e também com as inovações tecnológicas. Assim, verifica-se que a contratação de terceiros para prestar serviços à empresa também é uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas. É incentivado, portanto, o trabalho em tempo parcial, ocasional ou precário. Entretanto, na terceirização muitos dos direitos trabalhistas são perdidos, principalmente a carteira assinada e os benefícios decorrentes do contrato de trabalho, o que não deixa de ser uma forma de flexibilização desses direitos, mormente diante da diferenciação das situações, que trazem inclusive situações in pejus ou in melius ao trabalhador. Daí se verifica a participação do sindicato nesse aspecto, porque, realmente, está preocupado com o tema.

Os sindicatos, porém, não simpatizam com a terceirização, pois há perda de postos de trabalho, inibição do sindicalismo, com a desagregação dos filiados da categoria, o que pode afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão da categoria e a representatividade do sindicato. O sindicato tem perda de receitas, tanto em relação à mensalidade dos associados, que deixam de sê-lo, como à menor cobrança de contribuição confederativa, sindical e assistencial. Ressalte-se que a Comissão de fábrica da Volkswagen conseguiu firmar com a empresa um acordo garantindo a negociação de qualquer transferência de atividades a terceiros, o que mostra certo controle do sindicato em relação à terceirização.

Só deveria haver transferência para terceiros de atividades subsidiárias, atividades-meio da empresa, como, v.g., manutenção, limpeza, conservação, vigilância, publicidade, alimentação de empregados, contabilidade, etc. Com a

terceirização da atividade-fim do empreendimento, a empresa não estaria prestando serviços, mas fazendo arrendamento donegocio.

Em torno dessas considerações é que começam a surgir problemas trabalhistas. Num primeiro momento, o trabalhador aceita a terceirização, a parceria com a empresa, logo quando é demitido. Num segundo plano, quando sua atividade declina como pequeno empresário, é que começam a surgir problemas trabalhistas, em que se irá discutir a existência ou não da relação de emprego. Apesar disso, tem razão o professor Pedro Vidal Neto (1992:30), quando afirma que “a flexibilização não consiste em suprimir direitos já adquiridos, mas em interpretar e aplicar as normas jurídicas conforme suas finalidades e atentando para as peculiaridades de cada caso concreto”. Em razão das inovações tecnológicas e da competitividade no mercado internacional, a empresa moderna só irá sobreviver se conseguir reduzir seus custos, de modo que possa competir no mercado, tanto interno como externo. Para isso, é necessária a adaptação da realidade do caso concreto à situação jurídica existente no país, que pode ser feita pelos processos de flexibilização já anteriormente mencionados, de modo, inclusive, a cumprir a finalidade social a que se dirige a aplicação da norma e das exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

4- TERCEIRIZAÇÃO

4.1 Denominação

Vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, terciarização, filiação, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria, etc.

Por terceirização tem-se entendido o fato de a empresa contratar serviços de terceiros para as suas atividades-meio.

Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos.

No Brasil, o termo terceirização foi adotado inicialmente no âmbito da Administração de Empresas. Posteriormente, os tribunais trabalhistas também passaram a utilizá-lo, podendo ser descrito como a contratação de terceiros visando a realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa.

Destaque-se que, ultimamente, já se fala em desterceirização, se é que pode empregar esse termo. Trata-se da terceirização às avessas, isto é, o retorno da admissão dos terceirizados, na condição de empregados, às empresas em que a terceirização não deu certo. A desterceirização tem sido feita por motivo de qualidade, pois o terceirizado não faz o serviço da mesma forma como era feito pelo terceirizante. O que vinha ocorrendo é o que chamavam de resserviço, que seria pagar por um produto ou serviço e ter de refazer tudo novamente, com mão-de-obra própria.

4.2 Conceito

A terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando, até o momento, do tema. Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de

administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial. No entanto, a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, mormente no campo trabalhista. É claro que a empresa deverá obedecer às estruturas jurídicas vigentes, principalmente às trabalhistas, sob pena de arcar com as consequências decorrentes de seu descumprimento, o que diz respeito aos direitos trabalhistas sonegados ao empregado.

Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização pode assim ser definida:

“Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.”

Sendo assim, podemos definir este termo como uma técnica administrativa que repassa as atividades acessórias da empresa tomadora de serviços a quem contrata.

Martins também divide a terceirização em estágios: **inicial**, em que as empresas repassam a terceiros atividades que não são preponderantes ou necessárias, a exemplo de limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica; **intermediário**, quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como manutenção de máquina, usinagem de peças; **avançado**, quando são terceirizadas atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como de gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa.

O conceito de terceirização é discutido por diversos estudiosos do Direito. Muitos desses autores privilegiam neste conceito a *especialização dos serviços* terceirizados ligados à *atividade-meio*.

De acordo com BARAÚNA (1997, p.55):

“Atualmente, emprega-se este vocábulo para designar a prática adotada por muitas empresas, de contratar serviços de terceiros para suas atividades-meio. Da noção de contratar terceiros, surge a palavra terceirização”.

ROBORTELLA (apud MAUAD, 1999, p. 208) faz a seguinte colocação:

“a palavra terceirização incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”.

MAGANO e NASCIMENTO, entre outros autores, chamam a atenção para a definição de conceitos correlatos ao da terceirização, como é o caso da locação de serviços.

De acordo com MAGANO (1984, p.27 apud COSTA, 2001):

“A locação de serviços diferencia-se do contrato de trabalho porque este pressupõe trabalho subordinado, enquanto que aquela comporta também o trabalho autônomo: porque a primeira autoriza a presença de pessoas jurídicas como partes contratantes, ao passo que a segunda requer serviço executado por pessoa física. Ademais, alguns autores admitem a gratuidade da locação de serviços, enquanto a relação de trabalho é necessariamente onerosa”.

Nas palavras de NASCIMENTO (1993, p.417):

“[a prestação de serviços] caracteriza-se pelo fato de o contrato ter como objeto o intercâmbio entre empregados. Enquanto na terceirização de fornecimento se tinha a circulação de bens, nesse tipo se tem a circulação de pessoas que prestam serviços a várias empresas, não possuindo vínculo empregatício com nenhuma delas, tendo o registro consignado si perante a prestadora de serviços”. Acrescenta: “enquadra-se também neste processo de locação de mão-de-obra. Porém aqui não há a figura de empresas interpostas, pois a administração da cooperativa se efetua através dos próprios empregados”.

Ressalte-se que, assentar tais conceitos, é de suma importância para que se possa compreender o processo de terceirização, devendo ser analisados alguns aspectos relevantes para concepção desse sistema.

4.3 Direito Estrangeiro e Internacional

Conforme já destacado, em que pese o avanço significativo da terceirização, não há qualquer regra a respeito, principalmente para estabelecer a responsabilidade das empresas envolvidas nessa transferência de atividade, ou determinação daquelas passíveis de subcontratação. Em face da omissão do legislador, encarregou-se o Tribunal Superior do Trabalho de aprovar a Súmula 331.

Entretanto, pela dimensão alcançada, deveria ter tratamento um pouco mais cuidadoso por parte do legislador, o que facilitaria a análise e a condução do tema por parte dos tribunais. Enquanto não promulgada lei no sentido de regular uniformemente o tema, é preciso conviver com um conjunto de leis esparsas e orientações jurisprudenciais e deles retirar as linhas gerais que serão utilizadas pelos tribunais na criação das normas jurídicas para os casos concretos.

Outrossim, embora esteja relacionada com fenômenos como globalização e flexibilização de direitos trabalhistas, cada país tem tratado de maneira peculiar a subcontratação de mão-de-obra, em posições que vão desde a proibição total até posições mais brandas, com graus de permissão que variam conforme o caso.

Na Itália, proíbe-se a terceirização.

Na Alemanha, terceiriza-se sob a forma de subempreitada, principalmente nos setores de fabricação de automóveis, da indústria elétrica e eletrônica, da siderurgia e da química.

Na França, a subcontratação é utilizada até mesmo para as atividades-fim da empresa. A jurisprudência considera válida a terceirização desde que o poder de direção seja efetivamente do terceirizado.

No Japão, a terceirização tem sido utilizada para todas as atividades estranhas à atividade-fim da empresa. No setor siderúrgico, existe inclusive um sindicato dos trabalhadores subcontratados.

Nos países do sudeste asiático (Coréia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura etc.) é comum se usar muito a terceirização, a subcontratação e o emprego temporário com o objetivo de cumprir contratos de produção de mercadorias de encomendas esporádicas, normalmente feitas pelas pequenas empresas.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) não trata especificamente do tema terceirização, mas se observa uma certa permissão nesse sentido, a exemplo das Convenções nºs 34, 122, 161.

Assim, o fenômeno da terceirização, tanto sob o ponto de vista fático quanto do ponto de vista jurídico, deve ser visto como um tema complexo e peculiar a cada realidade e a cada lugar. Dito de outra forma, não há uma única forma de terceirização, mas diferentes formas de práticas e normatizações a respeito da subcontratação de mão-de-obra, que variam no espaço e no tempo. Existem várias formas de “terceirizar”, assim como existem várias formas de regular a terceirização.

4.4 Breve Histórico

O instituto do *marchandage* é apontado, de forma pacífica, como antecedente da terceirização. A *marchandage* é um tipo de subempreitada, sendo assim chamada quando visa, exclusivamente, a lucrar em face do trabalho alheio. Enquanto o empreiteiro ou o subempreiteiro, que atuam lícitamente, podem especular sobre todos os elementos da empresa, como o material e o próprio capital investido, o *manchandeur* só pode obter lucro do único elemento que fornece e dispõe: a mão-de-obra. Com isso, seu lucro resulta da diferença entre o preço que estipula com o empreiteiro principal e os salários que paga aos empregados que contrata e dirige. Assim, quanto menos ele paga aos empregados que contrata mais ele lucra.

Seu apogeu ocorreu nos primeiros momentos da Revolução Industrial, no auge do liberalismo e do individualismo. A preocupação com a *marchandage* surge com ênfase especial na Revolução Francesa de 1848. Um dos primeiros atos dessa revolução foi proibir a prática da *marchandage*, por representar a exploração do trabalho como se fosse mercadoria (mercadoria de homens). Seguindo essa linha, vários países proibiram essa prática a partir da segunda metade do século XIX.

Muitos autores interpretam a terceirização como um retrocesso em termos de legislação trabalhista, aproximando-a ora da *marchandage*, ora da locação de serviços.

Outro antecedente importante da terceirização é o trabalho temporário. A história da terceirização confunde-se, em parte, com o histórico do trabalho temporário. O trabalho temporário tem sua origem nos países anglo-saxônicos pela figura do *personal leasing*, correspondendo a algumas necessidades objetivas das empresas, expandindo-se rapidamente pela Europa. Todavia, é no período entre as duas grandes guerras que se registra, com segurança, o nascimento das empresas

de cedência de mão-de-obra na Europa, embora a maturação da figura do trabalho temporário ocorra por volta de 1950, tanto nos países europeus, onde sempre foi mais acentuada, como nos Estados Unidos, tendo adquirido seu apogeu pelos anos 70 do século XX.

Embora já existisse tanto na indústria quanto no setor de serviços, a terceirização ganhou o patamar de estratégia fundamental do capital a partir da década de 1970, quando da expansão dos princípios toyotistas de gestão e organização do trabalho e da produção. Gestado no pós- Segunda Guerra, no Japão, o toyotismo se ampliou no ocidente em resposta à crise nas taxas de lucro e no domínio sobre os trabalhadores, marcados, respectivamente, pelo choque do petróleo de 1973 e as manifestações de maio de 1968. Para além de uma simples introdução de novas tecnologias, o toyotismo reorganizou a produção e implementou uma nova forma de relação entre capital e trabalho. Seu sucesso dependeu, em grande medida, de um consentimento ativo dos trabalhadores com a empresa e a produção; além de não questionar, eles também participavam, sugeriam e buscavam a otimização da qualidade e da produtividade. Uma das conseqüências imediatas para a organização dos trabalhadores foi o fato de o toyotismo combater o sindicalismo classista ou qualquer forma de organização e mobilização que colocasse em oposição trabalhadores e patrões.

Desde meados do século XIX, o Estado Liberal começou a apresentar falhas, despertando protestos das mais variadas formas. Os sintomas do absoluto distanciamento aparecem: aumentam a fome, a miséria, as doenças, as pragas. A desigualdade é gritante. Os monopólios aniquilaram as pequenas produções e o mercado se descontrolou.

O acúmulo de tarefas foi-lhe prejudicial. A insuficiência de recursos traduziu-se em ineficiência das prestações de serviços públicos. Por tudo isso, buscou-se alternativas através da reformulação de alguns aspectos da estrutura estatal.

Iniciou-se a fase do Estado Democrático, onde a participação popular foi valorizada, bem como a justiça social, realçada. O Estado passou a procurar a colaboração da iniciativa privada. Desregulamentou, flexibilizou, terceirizou. Eis o pensamento neoliberal.

Seguindo essa linha histórica e considerando a utilização da terceirização com maior ou menor freqüência pela atividade empresarial, é possível estabelecer

um marco divisório. Isso vai ocorrer junto com a chamada globalização e os movimentos de flexibilização de direitos trabalhistas, que exigem das empresas melhores níveis de competitividade, levando ao uso de novas técnicas de organização de produção e demandas de flexibilização dos direitos trabalhistas.

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX.

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo à montagem final do veículo.

Amparada por uma legislação ambígua, a terceirização se ampliou continuamente no Brasil desde a década de 1980. Em praticamente todos os ramos de trabalho (na indústria, no comércio e nos serviços) existem atividades que são realizadas por trabalhadores subcontratados. A terceirização não é, contudo, uma estratégia importante somente para os capitalistas de países de economia dependente. De acordo com a posição de cada país na divisão internacional do trabalho, define-se o nível de sua inserção na reestruturação produtiva. No Brasil, o tripé neoliberal desregulamentação financeira e do mercado de trabalho, privatização e abertura comercial é seu alicerce.

Neste sentido, podemos compreender o alcance da terceirização no processo de reestruturação produtiva: ao mesmo tempo em que ela diminui os gastos com a força de trabalho, também promove a divisão entre os trabalhadores. Por compreender a importância da terceirização como um elemento estruturador de uma nova configuração do trabalho e, conseqüentemente, por entender que ela exerce uma influência considerável na organização dos trabalhadores, é que se propõe o presente estudo.

5- RELAÇÃO TERCEIRIZADA DE TRABALHO

5.1 Base normativa

As normas jurídicas aplicáveis à terceirização são encontradas nas distintas hierarquias: normas constitucionais, normas infraconstitucionais e regulamentos. A base normativa foi escolhida de acordo com os institutos jurídicos eleitos como compatíveis com a terceirização: empreitada, prestação de serviços, contrato por obra certa, trabalho temporário, serviços de vigilância, cooperativas de trabalho e terceirização no serviço público e condomínios.

A empreitada está disciplinada nos arts. 610 a 626 do novo Código Civil. A responsabilidade do empreiteiro principal encontra-se também prevista no art. 455 da CLT.

O contrato de prestação de serviços está previsto nos arts. 593 a 609 do Código Civil.

O contrato por obra certa está na Lei nº 2.959/56.

Os Decretos-leis 1.212 e 1.216/66 autorizam a utilização de serviços de segurança terceirizados.

O Decreto 62.756/68 legalizou a locação de mão-de-obra através de agências especializadas.

O Decreto 1.034/69 regulou os serviços de vigilância em bancos, diretamente ou através de empresas intermediadoras.

O trabalho temporário talvez seja a forma jurídica mais utilizada para fins de terceirização. Sua previsão de normatividade está na Lei nº 6.019/74. Também tratam do tema o Decreto 73.841/74 e as Instruções Normativas nºs 03/97, 01/01 e 02/01.

A Lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto 89.056/83, permitiu a terceirização de serviços de vigilância e de transporte de valores.

A terceirização no serviço público está relacionada com a Constituição Federal de 1988, sem seus arts. 37 a 39. Há referência no Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 8.666/93. A distinção entre terceirização e concessão pode ser encontrada nos arts. 25 e 26 da Lei nº 8.987/95.

As cooperativas em geral e as cooperativas de trabalho, em particular, têm extensa regulação normativa. No plano constitucional estão as normas do art. 5º, XVIII, art. 146, III, “c”, art. 174, §§ 2º, 3º e 4º, art. 187, VI, e art. 192, III. O novo Código Civil trata da sociedade cooperativa nos arts. 1.093 a 1.096, e o regime jurídico geral das cooperativas está na Lei nº 5.764/71. Algumas leis esparsas tratam do tema: Leis nºs 8.949/94, 9.711/98 e 9.867/99.

Por fim, os condomínios estão disciplinados no Código Civil, arts. 1.314 a 1.358.

5.2 Base jurisprudencial

São incontáveis os registros jurisprudenciais a respeito do tema.

A Súmula 239 não se refere expressamente à terceirização, sendo seu texto restrito ao universo do serviço bancário. Contudo, ao afirmar que é bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, está, de forma indireta, estabelecendo o entendimento de que o serviço de processamento de dados constitui atividade-fim nos bancos. Lido dessa forma, dificultaria a terceirização desses serviços. Entretanto, inúmeros julgados têm enfrentado o problema da terceirização de serviços de compensação de cheques, realizado por empresa interposta que não é integrante do mesmo grupo econômico, com entendimentos diversos.

A Súmula 257 foi editada com base na Lei nº 7.102/83, que permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores. Esse verbete estabelece de forma alternativa, uma faculdade na contratação dos vigilantes: diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas. Dispõe, ainda, que o vigilante, em serviço no banco ou no transporte de valores e que não se confunde com vigia, não frui as vantagens do regime de trabalho bancário.

A Súmula 256 entendia ser vedada a subcontratação de mão-de-obra, em geral, admitindo-se apenas nos casos de trabalho temporário e vigilância. Nos demais casos, a contratação era ilegal, originando-se vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços.

Inicialmente revisada, em 1993, pela Súmula 331, a Súmula 256 foi cancelada, posteriormente, pela Resolução 121/03 do TST. Entretanto, a Orientação Jurisprudencial 321 da SDI-1 do TST, que se encontra em vigor e com redação

nova, possui redação semelhante à da Súmula 256, embora sua aplicação esteja restrita à contratação de trabalhadores ocorrida anteriormente à promulgação da CF atual.

A falta de regulação específica dificulta o manejo do tema da terceirização, existindo uma série de dúvidas quanto ao seu alcance, legalidade e limites de responsabilidade. Em razão disso, o TST editou a Súmula 331, adequando o seu posicionamento à nova ordem constitucional, trazendo uma regulação sobre a matéria que serve de orientação jurisprudencial para as dúvidas que assolam a prática da terceirização, no que tange às terceirizações de trabalho cujas contratações ocorreram após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tais entendimentos expressados no âmbito do TST, embora não sejam norma jurídica, vieram a ocupar um vácuo legislativo, tornando-se rapidamente referência para a jurisprudência de tribunais inferiores e para a própria doutrina.

Por último, a Súmula 363 pode ter aplicação conexa com a Súmula 331, IV, no que tange à responsabilidade e sua extensão. A Súmula 363 refere-se à contratação ilegal de servidores públicos sem concurso, diretamente, em afronta ao art. 37, II, da CF/88. No caso de contratação direta, sem concurso direto, a contratação é declarada nula segundo o verbete 363, mas lhe confere o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e também, com a nova redação dada pela resolução 121/03, os valores referentes aos depósitos do FGTS.

5.3 Elementos

Rodrigo Coimbra Santos elenca os seguintes elementos caracterizadores da terceirização:

1. Vínculo jurídico de natureza contratual

A terceirização se realiza, no plano jurídico, por um vínculo de natureza contratual. O instrumento utilizado é um negócio jurídico, que deve observar os elementos essenciais de todo e qualquer negócio: capacidade das partes contratantes; manifestação de vontade sem vícios e licitude do objeto.

Mesmo nos casos de terceirização ocorrida no serviço público, o vínculo tem natureza contratual, embora com as particularidades relativas aos contratos administrativos. A circunstância de um dos pólos da relação estar sendo ocupado

pelo Estado (tomador do serviço) dá ao processo de terceirização um matiz especial, pois, além dos elementos comuns à Teoria Geral dos Contratos, devem ser levados em conta os princípios peculiares à Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

A terceirização realizada pela Administração Pública está inserida no contexto da aproximação entre direito público e privado, não obstante a terceirização seja um fenômeno de direito privado.

2. Relação trilateral

Para que exista terceirização, sob o ponto de vista jurídico é indispensável a concorrência de três partes: a empresa tomadora de serviço, a empresa prestadora de serviços e o trabalhador. Assim, a terceirização é constituída, necessariamente, por uma relação trilateral.

Afirma Rodrigo Coimbra Santos:

“A terceirização provoca um verdadeiro desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como uma entidade auto-suficiente, autárquica, que se responsabilizava por todas, ou quase todas, as fases do processo produtivo. A relação laboral deixou de ser aferida a partir de uma concepção homótipa da relação de trabalho bilateral.

Entre o trabalhador e a empresa terceirizada ser forma um contrato de natureza trabalhista. Entre a empresa terceirizada e a empresa tomadora dos serviços daquela há um contrato de outra natureza jurídica (civil). E, entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços, existe uma situação de fato, que poderá tornar-se uma situação jurídica, caso comprovada a existência de fraude ...”

3. Coexistência de obrigações complexas

A terceirização é constituída, sob o ponto de vista jurídico, por um complexo de vínculos obrigacionais, nele incluídas relações regidas pelo Direito Civil e relações regidas pelo Direito do Trabalho, sem excluir a possibilidade de incidência de normas de outra natureza. Trata-se de uma obrigação complexa, isto é, de uma obrigação que contempla direitos subjetivos interrelacionados, composta de vários atos logicamente entrelaçados entre si.

4. Especialização dos serviços

Os serviços prestados pela empresa terceirizada à empresa tomadora de serviços devem ser especializados. É indispensável que a empresa prestadora de serviços tenha uma atividade definida e seja especializada nesta atividade. Cabe lembrar que a especialização dos trabalhadores terceirizados é apontada como uma das principais vantagens da terceirização de serviços, no que tange à administração de empresas, visando alcançar o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ofertado ao cliente, diminuindo, inclusive, as perdas e danos do processo produtivo.

5. Direção do trabalho pela prestadora do serviço

Na relação terceirizada de trabalho a tomadora dos serviços terceirizados não poderá exercer nenhum ato que consubstancie direção direta sobre a prestação dos trabalhadores terceirizados. A empresa tomadora contrata serviços diretamente com uma empresa prestadora de serviços, e os seus contatos durante a execução dos serviços, devem ser mantidos com o representante da prestadora, nunca diretamente com os empregados dela.

6. Boa-fé entre as partes

Nas relações terceirizadas de trabalho a boa-fé é um elemento essencial, que deve estar presente de forma específica. Se numa relação bilateral a boa-fé é importante, mais ainda se faz necessária numa relação trilateral atípica, em que os direitos subjetivos de cada sujeito se entrelaçam, resultando um complexo de vínculos obrigacionais.

5.4 Vantagens da Terceirização

A primeira vantagem, sob o aspecto administrativo, é o aumento da produtividade pela utilização de funcionários capacitados para funções específicas e direcionadas ao fim comum da empresa, ainda que não se deixe de lado a interdisciplinaridade adequada às empresas, exigidas pela globalização. A preocupação da empresa como um todo estará voltada ao seu objetivo-fim e não às atividades-meio, considerando-se aquele a razão de ser da empresa, a atividade para a qual ela foi criada. A atividade-meio representa a atividade de apoio à consecução da atividade-fim, muito embora não pertença ao objetivo social da empresa e que viabiliza que este se concretize, a exemplo de atividades como de

vigilância, de limpeza, de transportes, de manutenção, jardinagem, contábil, assistência informática e similares.

Outra vantagem é a redução interna de funcionários, facilitando a administração e gerenciamento da empresa, tornando-a apta a enfrentar a competitividade imposta nos tempos atuais e a conseqüente redução do índice de desemprego, com a criação de micro-empresas para a execução dos serviços meio, uma vez que o crescimento das empresas proporciona o aumento do número de vagas para empregados.

A redução de custos trabalhistas e previdenciários representa mais uma vantagem da terceirização, pois que a relação jurídico-trabalhista será firmada não entre a empresa cliente e empregado, porém empresa terceira e empregado, a qual suportará todos os encargos previdenciários referentes aos empregados que prestarão a mão-de-obra para a empresa cliente.

Outra vantagem, mas não menos importante, é a melhoria na qualidade do produto ou serviço vendido, pois as atividades terão uma finalidade única com especificação, ainda que dentro da empresa seus funcionários possam mutuar de uma atividade à outra dentro do programa de interdisciplinaridade global, a finalidade e a dedicação terão o mesmo fim, o objeto social da empresa.

A terceirização confere ainda a possibilidade da absorção de mão-de-obra desqualificada, que se encontra à margem do emprego, além de permitir que as empresas concentrem seus recursos materiais e humanos nas atividades essenciais, possibilitando, assim, o aperfeiçoamento das técnicas de produção, o que tem repercussão na economia nacional.

Ademais, ao repassar para terceiros suas atividades-meio, a sua estrutura organizacional se restringirá apenas à sua atividade-fim, ocasionando, desta forma, uma diminuição do espaço ocupado na empresa em relação a estas atividades que foram terceirizadas, não só de pessoal como de material.

6- HIPÓTESES LÍCITAS DE TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO

6.1 Trabalho Temporário

O trabalho temporário foi disciplinado em nosso país pela Lei nº 6.019/74, regulamentada pelo Decreto 73.841/74.

É conveniente distinguir terceirização na prestação de serviços da terceirização no trabalho temporário (Lei nº 6.019/74). Nesta, há apenas a locação de mão-de-obra de uma fornecedora para uma tomadora por período determinado, não se verificando a passagem de uma certa atividade para um terceiro. Demais disso, ao contrário do que ocorre na primeira, a responsabilidade na realização de determinada atividade continua a ser da empresa cliente. Quanto à semelhança, registre-se que a terceirização e o contrato de trabalho temporário possuem estrutura trilateral, vislumbrando-se dois vínculos formais: um vínculo de caráter civil, através de um contrato de prestação de serviços entre a empresa tomadora e a empresa prestadora ou de trabalho temporário, e outro de caráter trabalhista entre esta e o trabalhador.

6.2 Cooperativas

Cooperativa é a sociedade de pessoas que objetivam a organização de esforços em comum para a consecução de um fim, cujos membros não têm subordinação entre si, mas vivem num regime colaborativo.

O art. 5º, da Lei 5.764/71, estabelece que as cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-lhes o direito exclusivo e exigindo-lhes a obrigação do uso da expressão cooperativa em sua denominação.

As cooperativas, segundo Martins, classificam-se em: de consumo, de produção, de crédito e de serviço. A relação nas cooperativas é associativa, sendo os atos praticados como cooperativos.

Trata-se de cooperativa sob a forma de terceirização, quando a empresa necessita de serviços ou bens que são produzidos por aquela.

“ qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (Lei 8.949, 9/12/94, acrescentada ao art. 442 da CLT)

Assim, ressaltamos que não existe vínculo empregatício entre a empresa e qualquer um de seus associados. Também, neste mesmo artigo, é estabelecido uma presunção *iuris tantum* da inexistência do vínculo de emprego, que pode ser elidida por prova em sentido contrário, diante do princípio da realidade que informa o Direito do Trabalho.

“ Inadequada intermediação na contratação de trabalho entre cooperativado e destinatário da prestação, a pretexto de locação de serviços, em aberta infração à ordem jurídica – Reconhecimento da relação de emprego entre o prestador e o beneficiário do serviço, assegurada a sua eficácia legal” (TRT – 4ª R., RO nº 2.035/80, Ac 1ª T., j. 10-11-80, Juiz Ermes Pedro Pedrassani, LTr 45-5/6001)

Sendo assim, para que haja real prestação de serviços por intermediário da sociedade cooperativa sem vínculo empregatício, é necessário que os serviços sejam geralmente de curta duração, de conhecimentos específicos. Quando for por prazo indeterminado, deve-se fazer um rodízio dos associados na prestação de serviços, para não se discutir a existência do vínculo de emprego.

A Lei 8.949/94 introduziu na CLT um parágrafo único em seu art. 442, estimulando as terceirizações por meio de cooperativas. Deve-se ter presente que a utilização de cooperativas de trabalho em atividade-meio é plenamente viável, com o trabalho por conta própria dos cooperativados. No entanto, a terceirização por meio de cooperativas de mão-de-obra é temerária, pois a fraude é praticamente certa, visto que haverá intermediação de mão-de-obra sem que a cooperativa esteja enquadrada na Lei 6.019/74, que admite essa intermediação apenas por meio das empresas de trabalho temporário.

Com o intuito de disciplinar o trabalho temporário, a Lei 6.019/74 é bem clara em estabelecer que a cooperativa não pode revestir a condição de agenciadora ou de locadora de mão-de-obra, pois desvirtuaria plenamente os seus objetivos.

A cooperativa sob forma de terceirização é lícita, devidamente autorizada por lei, desde que observados seus requisitos legais.

6.3 Serviços de Vigilância, Transporte de Valores e Segurança

Sobre a legalidade das empresas de vigilância, transporte de valores e segurança, o Decreto-Lei 1.034/69 já estabelecia créditos para contratação dos mesmos por intermédio de empresas especializadas.

Art. 4º Os estabelecimentos de crédito manterão a seu serviço, admitidos diretamente ou contratados por intermédio de empresas especializadas, os elementos necessários à sua vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministério da Justiça, ou quando se tratar de serviço local, do Secretário ou Chefe de Polícia."

Com a Lei 7.102/83, verificou-se a consolidação da obrigatoriedade do funcionamento de um sistema de segurança em qualquer estabelecimento financeiro e previu que a vigilância ostensiva do estabelecimento e o transporte de valores pudessem ser executados por empresas especializadas contratadas ou pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim e com pessoal próprio.

A orientação do Enunciado 257 do TST é coerente com a Lei nº 7.102, pois esta permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores. Logo, não se poderia afirmar que o vigilante que presta serviços em banco seria bancário, pois o trabalho do vigilante não seria mais extenuante que o do bancário, de modo a ser contemplado com jornada de 6 horas.

6.4 Serviços de Conservação e Limpeza

Diferentemente das espécies de terceirização até aqui tratadas, que são consideradas lícitas por força de leis que especificamente as regulamentaram, as atividades de conservação e limpeza não são disciplinadas em lei própria, obtendo sua licitude apenas por contemplarem hipóteses de terceirização expressamente admitida pela Súmula 331 do TST.

6.5 Serviços Especializados Ligados à Atividade-meio do Tomador

Assim como os serviços de conservação e limpeza, os serviços ligados à atividade-meio da empresa tomadora dos serviços terceirizados estão expressamente previstos no inciso III, da Súmula 331 do TST, constituindo-se, por isso, hipótese de terceirização lícita, nas contratações de trabalhadores, via terceirização, ocorridas na vigência da Constituição Federal. Atividades-meio podem ser definidas como aquelas cuja finalidade é o apoio, a instrumentalidade do processo de produção de bens ou serviços.

Ao admitir a terceirização dos serviços relacionados à atividade-meio da empresa tomadora de serviços, o TST entende, ao senso contrário, ser vedada a terceirização dos serviços relacionados à atividade-fim, assim entendidas como aquelas para as quais foram constituídas as empresas tomadoras de serviços.

Como exemplo, cite-se o fato de uma escola não poder contratar professores por intermédio de empresa interposta, pois ministrar aulas é sua atividade-fim, porém poderia contratar uma pessoa para fornecer refeições a seus funcionários, pois seria uma atividade-meio.

6.6 Serviços Públicos

Ao fixar orientações gerais a respeito da contratação de prestação de serviços entre empresas, inclusive para os entes públicos, estabelece a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta. Excepcionando tal regra, temos as situações autorizadas de contratação de trabalho temporária (Lei nº 6.019/74), a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

A exemplo do que ocorre nas entidades privadas, a terceirização, nas entidades públicas, presta-se à execução de atividades secundárias, tidas como de apoio, para que o tomador ou cliente (privado ou público) alcance o seu fim social. No intuito de tornar mais eficiente a atuação do Estado, de reduzir o seu tamanho e obter maior agilidade na persecução de suas finalidades, a Administração Pública, nas últimas décadas, intensificou a contratação de empresas prestadoras de serviço.

O marco legislativo da terceirização na Administração Pública foi o Decreto-Lei nº 200/67, recebendo a denominação de execução indireta de serviços. Posteriormente, houve a edição da Lei nº 5.465/70 e do Decreto-Lei nº 2.300/86, versando este sobre a contratação de serviços de terceiros pela Administração. A Lei nº 8.666/93, sucedendo o Decreto-Lei nº 2.300/86, prescreve que, na prestação de serviços em que o tomador ou cliente é entidade pública, o ajuste é feito mediante contrato administrativo, sendo necessária a licitação, salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade.

Sendo firmado contrato administrativo e não de trabalho, não há que se falar em vínculo empregatício entre o trabalhador e a Administração, considerando que entre os mesmos não existe relação de subordinação ou de pessoalidade. Verifica-se tal vínculo entre o trabalhador e a prestadora de serviços.

Ressalte-se que, mesmo que haja irregularidade na contratação de prestadora de serviços pela Administração Pública, não se pode reconhecer a existência de vínculo empregatício entre o trabalhador e a administração pública, tendo em vista o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que prevê a investidura em cargo ou emprego público mediante aprovação em concurso público. Observe-se que o princípio da primazia da realidade, especial ao Direito do Trabalho, é superado pelo princípio da legalidade.

Outro não é o entendimento do TST, consubstanciado na Súmula 331, inciso II. Trago jurisprudência:

EMPRESA INTERPOSTA FRAUDE VÍNCULO DE EMPREGO COM TOMADORA EMPRESA PÚBLICA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SÚMULA Nº 331, ITENS II E IV, DO TST Nos termos da Súmula nº 331, II, do TST, a contratação irregular de trabalhador por meio de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração indireta. Recurso de Revista conhecido e provido. (Recurso de Revista – 1.676/1999-090-15-00.8, DJ de 17/02/2006, Ministra-Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

Por fim, imprescindível fazer algumas considerações acerca da responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. De início, necessário registrar que a subsidiariedade não tem previsão em lei, tampouco no Código Civil. A Súmula nº 331, do TST, em seu inciso IV, prevê que o tomador de serviços, mesmo

quando integrar a Administração Pública, responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo prestador dos serviços.

A aplicação da mencionada súmula à Administração Pública é questão polêmica e altamente discutível, em face do disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual não há qualquer responsabilidade para a Administração Pública. Parte-se da premissa que, tendo havido regular procedimento licitatório, a terceirização será desempenhada de forma adequada. Para Carlos Henrique Bezerra Leite, a única forma de responsabilizar a Administração Pública é a declaração "*incidenter tantum*" da inconstitucionalidade do supracitado dispositivo legal.

Assim sendo, tal entendimento encontra-se cristalizado pela mencionada súmula que, em seu inciso IV, reconhece a incidência da responsabilidade subsidiária, nos casos em que a administração pública figure como tomadora de serviços, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Posiciona-se o Tribunal Superior do Trabalho:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. O instituto da licitação visa propiciar à entidade estatal ou paraestatal a escolha do melhor contratante, jamais mecanismos para acobertar irresponsabilidade patrimonial. A culpa "in eligendo" e "in vigilando", da Administração atrai a responsabilidade subsidiária, por atuação do princípio incerto no art. 455 da Consolidação, aplicado por força do inciso II § 1º do art. 173 da CF/88, além do que preconiza o art. 67 da mesma Lei nº 8.666/93. Aplicação da Súmula nº 331, inciso IV, desta colenda Corte Superior. Recurso de revista conhecido e provido.

(Recurso de Revista – 779647/2001.5, DJ de 30/09/2005, Juíza convocada - Relatora Maria Doralice Novaes).

7- RESPONSABILIDADES NA TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO

7.1- Inviabilidade da terceirização

A terceirização é amparada juridicamente pela Súmula 331 do TST, não existindo no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica sobre o tema. Quanto a essa questão, a Constituição Federal é bastante clara e dispõe no seu art. 5º, inciso II, que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”*

De acordo com este mesmo Enunciado, é vedada a terceirização de atividade-fim. Porém, na prática, a contratação de mão-de-obra terceirizada tem-se verificado tanto para atividades-meio, quanto para as consideradas atividades-fim.

No âmbito das relações individuais do trabalho, o maior problema consiste em evitar que a terceirização sirva como meio hábil à realização de fraudes à legislação trabalhista, desvirtuando o real objetivo da terceirização. A principal questão é evitar justamente os efeitos nocivos da terceirização que, via de regra, surgem apenas quando ela não é realizada com o real intuito de modernizar a produção e tornar a empresa mais competitiva.

A terceirização traz um dilema para o Direito do Trabalho, em especial no setor de serviços, onde nem sempre se torna fácil distingui-la da fraudulenta intermediação de mão-de-obra. Na verdade, a terceirização não coloca o Direito do Trabalho frente a uma situação embaraçosa, ela apenas ressalta a problemática existente na própria gênese deste ramo do Direito: a compatibilização entre divergentes interesses dos fatores de produção.

Reforce-se que a terceirização será fraudulenta quando, utilizando-se da desculpa da necessidade de promover a modernização da produção, atentar-se contra proteção do trabalhador e será autêntica quando ao dar-se vida aos interesses empresariais de avanço produtivo, respeitar-se aos limites traçados para a justa proteção daquele que vive de seu trabalho”.

Seguem algumas dicas que podem evitar que as contratações possam ser consideradas irregulares:

1. Não é possível ser terceirizada atividade fim da empresa;
2. Estabelecer contrato escrito com a prestadora de serviços;
3. Verificar a idoneidade da empresa contratada;
4. Evitar contratação de empresa para prestar serviços de caráter habitual;
5. Estabelecer rotatividade entre os funcionários da contratada;
6. Exigir comprovação da contratada de que está regular com o recolhimento dos tributos e encargos trabalhistas dos funcionários
7. Procurar diferenciar os empregados da contratada dos da empresa contratante através de uniformes ou identificação (crachás) próprios;
8. Nunca utilizar os funcionários da contratada para tarefas diversas daquelas previstas no contrato;
9. É aconselhável que a contratada possua outros clientes, evitando-se a exclusividade.

7.2- Fatores restritivos

Existindo empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadoras, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256, da Súmula do TST, há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviços em espécies outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar, na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor.

Para fins didáticos e para melhor visualização do tema, entende-se de bom alvitre transcrever o retromencionado item IV da Súmula 331/TST que foi alterado pela Resolução nº 96/2000 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

IV – 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).

Analisando a mencionada Súmula 331, pode-se constatar que ela diz exatamente o contrário do que está previsto no parágrafo primeiro do artigo 71, ao preceituar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços implica em responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que este seja uma pessoa jurídica de direito público.

Permissa venia, tal entendimento jurisprudencial não pode prevalecer, visto que está em total descompasso com a legislação que rege a matéria. Frise-se que a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa no ponto referente à responsabilidade do tomador de serviços em contratos de terceirização, sendo que a matéria encontra-se regulamentada de forma precisa pelo artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos.

A terceirização da prestação de serviços, como o de vigilância e limpeza, é plenamente lícita e utilizada comumente pelos entes da administração pública.

Um dos aspectos mais preocupantes com relação à terceirização, diz respeito ao estabelecimento de monopólios formados através das fusões entre empresas, cada vez mais freqüentes. Isto significa a incorporação de pequenas empresas por grandes grupos, o que equivale a dizer que se centraliza cada vez mais a riqueza. Em decorrência, observar-se-á uma linha ascendente nos níveis de desemprego.

Como fatores restritivos, aponta MARTINS (1995, p. 37):

- a) **Desemprego**, com a terceirização, uma ampla rotatividade de mão-de-obra, o que traz insegurança aos empregados terceirizados, pois há o risco de desemprego e a não absorção de mão-de-obra na mesma proporção.
- b) **Redução de custos salariais**, ou seja, há o incentivo a contratação de trabalhadores por salários inferiores, onde algumas empresas visam com a terceirização pagar menos que pagariam aos especialistas se fossem empregados.
- c) **Falta de vínculo empregatício com a contratante**, ou seja, o trabalhador não tem a carteira assinada pelo contratante.

d) O **ambiente** de trabalho em que passa a trabalhar pode ser degradante, mormente quando as subcontratadas não têm a mesma estrutura das empresas tomadoras de serviços.

e) Quanto à **empresa**, poderá haver maior dependência de terceiros, além do risco da escolha de parceiros inadequados e o custo das demissões.

f) **Enfraquecimento do sindicato**, considerando que o sindicato dos trabalhadores argumentam que há perda da carteira de trabalho assinada, dos benefícios previstos para categoria, do próprio emprego e outros reflexos como a perda de receitas sindicais. A terceirização pode ser considerada como um instrumento para combater o movimento sindical e as conquistas dos trabalhadores.

A principal desvantagem é o custo ainda maior para a empresa, contratando outra empresa para gerenciar as terceirizadas. Some-se a isso, as seguintes:

Com relação ao trabalhador, a desvantagem mais relevante é a perda do emprego, em que tinha remuneração certa por mês, passando a tê-la incerta, além da perda dos benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria. O trabalhador deixa de ter uma tutela trabalhista de modo a protegê-lo.

Todo processo, toda mudança traz vantagens e desvantagens, pelo que importante será o papel do legislador que deverá ter a sensibilidade de sentir e captar as necessidades que ligam capital e trabalho, interlocutores sociais, editando leis que propiciem a transição da forma menos traumatizante possível.

Conforme decisões do Tribunal Superior do Trabalho, existindo a terceirização ilícita ou ilegal é configurado o vínculo trabalhista, sendo a tomadora responsável solidária, sendo que é a Justiça do Trabalho que determina o vínculo empregatício.

Ocorrendo a determinação do vínculo trabalhista pelo juiz, a tomadora é responsável imediatamente pelo pagamento de todas as verbas trabalhistas a que o funcionário tem direito.

Também a Justiça do Trabalho vem decidindo que, se a empresa terceirizada não tiver recursos suficientes para os pagamentos das verbas relativas a

reclamatórias trabalhistas, caberá à empresa Contratante o pagamento das verbas trabalhistas reclamadas.

Isso significa, mesmo não sendo considerado o vínculo trabalhista, que a Tomadora pagará os direitos trabalhistas, nos casos em que a terceirizada não honre seus compromissos com os funcionários.

Por isso, a escolha do terceirizado é de fundamental importância para que a tomadora não tenha contratempos trabalhistas, os quais não são totalmente inevitáveis, mas podem ser reduzidos ao contratar uma empresa idônea.

Como se verifica, em qualquer caso, se o funcionário não receber as verbas trabalhistas, a tomadora é responsável, configurando ou não o vínculo. Dessa forma, é muito importante, ao selecionar a terceirizada averiguar sua capacidade financeira, sua idoneidade e exigir garantias.

A terceirização legal é aquela que segue os preceitos jurídicos e da legislação, respeitando as normas regulamentares, tais como a Súmula 331 do TST, repetidas vezes mencionada.

Nos casos de ações trabalhistas, pouco importa a alegação da tomadora acerca dos cuidados que tomou para verificar, por exemplo, o recolhimento de contribuições previdenciárias, fiscais ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço -FGTS. O fato da empresa terceira não pagar as verbas rescisórias do empregado, por si só já caracteriza a sua inidoneidade, tornando-se presumida a culpa da tomadora.

A Lei Maior, em seu artigo 37, § 6º, remete à responsabilidade solidária das empresas públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, responsáveis pelos danos que os seus agentes causarem a terceiros.

No Direito Civil, também existe previsão legal de responsabilidade solidária indireta, entre comitente e preposto, disciplinada no artigo 1521, inciso III, 1522 e 1518, § único, do Código Civil. Trata-se de uma responsabilidade por fato de outrem.

7.3- Responsabilidade Direta e Total do Tomador

A responsabilidade pelas obrigações trabalhistas provenientes de uma relação de trabalho terceirizada seria apenas do tomador de serviços. O tomador de serviços responderia direta e totalmente pelas parcelas trabalhistas devidas pelo fato

de que ele seria o real beneficiado e a presença do prestador de serviços não passaria de uma tentativa de fraudar os preceitos trabalhistas e diminuir os custos do tomador com mão-de-obra.

Tal argumento era mais utilizado antes da edição da Súmula 331 do TST, mas ainda é utilizado pelo TST em casos de trabalhadores contratados por interposta pessoa, antes da CF, incidindo a OJ 321 da SDI-1 do TST. Segundo essa linha, as hipóteses de terceirização tidas como lícitas são bastante limitadas, restritas ao trabalho temporário e aos serviços de vigilância, e em todos os demais casos a contratação é considerada ilegal, originando-se responsabilidade direta e totalmente com o tomador de serviços.

7.4- Responsabilidades Solidária e Subsidiária

Não exista previsão expressa na legislação sobre a responsabilidade solidária entre as duas empresas, contratante e contratada, pelos débitos trabalhistas oriundos da terceirização permanente em geral.

Somente em relação às empresas prestadoras de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74, existe essa previsão legal e, ainda assim, só no caso de falência da prestadora de serviços.

A jurisprudência do TST, entretanto, vem admitindo a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive no que se refere aos Órgãos da Administração Direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Enunciado nº 331).

Essa última exigência do TST, constante da ressalva mencionada, para que resulte caracterizada a responsabilidade subsidiária, merece uma explicação mais minuciosa. Deve-se, de início, notar que não existe responsabilidade automática do tomador de serviços. Essa responsabilidade apenas será reconhecida no caso de o trabalhador, empregado da empresa contratada, apontar também a empresa contratante como reclamada em uma ação trabalhista.

Pois bem, consoante a exigência contida na Súmula nº 331 do TST, para que o reclamante (trabalhador da empresa de terceirização) possa demandar os

seus créditos trabalhistas também do tomador dos serviços, este deve constar da relação processual desde a fase de conhecimento.

No Direito do Trabalho, em algumas situações específicas, como já dito, garante-se a responsabilidade solidária. A Lei 6.019, que regula o trabalho temporário, prevê em seu artigo 16, a responsabilidade solidária do tomador, no caso de falência da tomadora. O artigo 2º, § 2º, da CLT também prevê a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo econômico, neste sentido, sob mesma direção, controle e administração de outra.

O inciso IV do Enunciado traz a responsabilidade subsidiária para o tomador quando do inadimplemento do empregador. Neste caso, mesmo que não haja a caracterização de vínculo de emprego entre o tomador e o empregado da terceira, o enunciado reserva o direito deste receber daquele.

A condição deste recebimento é que o tomador tenha feito parte da relação jurídica processual, e, posteriormente, do título executivo judicial. No entanto, somente após esgotar a execução em relação ao empregador, o empregado poderá requerer a execução do tomador.

A responsabilidade civil é instituto do Direito Civil, é fonte secundária para a aplicação da responsabilidade no Direito do Trabalho. DINIZ (2001, p. 34) assim define responsabilidade civil:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

No caso do enunciado, a responsabilidade é objetiva, pois mesmo que a atividade seja lícita, mesmo não existindo o vínculo empregatício com o tomador, ainda assim ele responderá pelas verbas trabalhistas inadimplidas.

Segundo CRUZ (2001, p. 101) acerca deste risco:

“Ora, tendo o tomador de serviço colocado – voluntária e facultativamente – aqueles que lhe prestam serviços vinculados a uma empresa interposta, deve arcar com todas as consequências (ou seja, os prejuízos) desta situação que, como já foi dito, beneficia muito mais à empresa destinatária final da prestação do que ao empregado. Se o destinatário final beneficia-se da prestação de serviço e se o empregado, de regra, vantagem alguma tem com a terceirização, não há

dúvida de que o tomador deve-se responsabilizar pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pela empresa interposta”.

Essa responsabilidade decorre da culpa da tomadora em virtude de seu poder diretivo: ela elegeu a sua prestadora ou parceira. O inadimplemento desta é causador da culpa *in eligendo*. Também cabe à tomadora o acompanhamento do cumprimento das obrigações contratuais entre a prestadora e seus empregados. Do descuido deste, resulta a culpa *in vigilando*.

Nos casos de ações trabalhistas, pouco importa a alegação da tomadora acerca dos cuidados que tomou para verificar, por exemplo, o recolhimento de contribuições previdenciárias, fiscais ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço -FGTS. O fato da empresa terceira não pagar as verbas rescisórias do empregado, por si só já caracteriza a sua inidoneidade, tornando-se presumida a culpa da tomadora.

De acordo com LIMA (2000, p.66), *“comitente é aquele que tem a faculdade de dar ordens ao preposto ou ao empregado e controlar a execução dos serviços respectivos, sendo preposto aquele que, sob as ordens e autoridade do comitente, executa os serviços que lhe são conferido.”* Para este autor, o fundamento desta responsabilidade consiste no fato de que :

“o exercício de uma atividade determinada faz nascer uma série de obrigações jurídicas destinadas a tornar socialmente suportáveis as prerrogativas daquele que age. Estas obrigações não são, na realidade, senão limites impostos por lei ao direito subjetivo do qual se prevalece o indivíduo. Elas estão a este título indissoluvelmente presas e este direito. (...) É inegável que o preposto põe em atividade os direitos de seu comitente e não os seus próprios. Tal é o único sentido da expressão: ‘o preposto age por conta de seu comitente’ (...) A solução oposta conduziria a analisar os direitos subjetivos ou liberdades como conferindo uma série de prerrogativas ao comitente e uma série de obrigações aos seus prepostos”

A responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco (da máxima *“quem aufere o cômodo, suporta o incômodo”*). No Direito do Trabalho, esta teoria está inserida no artigo 2º da CLT, que assim dispõe: *“Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*.

8- CONCLUSÃO

A terceirização é um processo econômico com importantes efeitos de natureza jurídica. Com a crescente prática gerencial a partir dos anos 80 no país, expandiram-se também os problemas e os debates no campo do Direito, em especial do Trabalho.

No Brasil, a legislação que regula, em detalhes, os elementos que envolvem o ato de terceirização é inexistente. Atualmente, a principal referência jurídica ainda é a Súmula 331, que foi bastante enfatizada neste trabalho. Mesmo assim, as atuais decisões judiciais são contraditórias quanto à sua interpretação.

Diante do levantamento realizado nesta monografia, que, se o Enunciado apresenta fragilidade do ponto de vista de abarcar as complexas variantes relacionadas à terceirização, e que é reconhecido pelos estudiosos da ciência jurídica como uma das principais salvaguardas legais para evitar fragilidade nas relações de trabalho.

Entre outros itens do trabalho, está o fato da Súmula 331 prevê que a empresa pública ou privada não pode terceirizar suas atividades-fim, mas apenas as atividades-meio. Entretanto, é difícil para o trabalhador identificar a legalidade ou ilegalidade da terceirização, já que para o próprio Judiciário é difícil definir as atividades-meio e atividades-fim no caso concreto, gerando discrepâncias entre um julgamento e outro. Sendo assim, a abordagem levada a efeito neste breve estudo, mostrou-nos as diferentes interpretações de juristas e estudiosos em relação ao tema da terceirização, suas possibilidades e limites legais, assim como as vantagens, fatores restritivos, legalidade, inviabilidade e proteção jurídica do trabalhador.

Percebe-se a relevante importância deste estudo por abranger um setor econômico atual e que as relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão disseminadas em nossa sociedade e presentes em nosso cotidiano. Observa-se que é preciso uma legislação que defina, de fato, os limites para prática de terceirização regular, esclarecendo quais as atividades empresariais passíveis de serem terceirizadas ou a forma pela qual deverão desenvolver tais relações.

Na terceirização, o trabalhador pode ser colocado em segundo plano, um terceiro sem validade, mero instrumento pelo qual a empresa prestadora de serviços se desincumbe de sua prestação obrigacional para com a empresa tomadora de serviços. Assim, se a terceirização é uma forma inexorável de organização dos meios de produção, o julgador deve interpretar as relações triangulares laborais, observando a legislação trabalhista, considerando a Constituição Federal como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, para que possamos assegurar uma proteção jurídica mínima ao trabalhador.

Necessário reiterar que a resistência com relação ao instituto em comento decorre do desvirtuamento da sua finalidade, a exemplo, no âmbito da Administração Pública, da sua utilização para substituir a mão-de-obra de concursados. Conforme afirma, com muita propriedade, o prof. Otávio Augusto Reis de Sousa, a tendência à especialização e a realidade econômica subjacente impõem uma melhor compreensão do fenômeno terceirização e a sua correta aplicação.

É importante perceber a relevância de tal instituto, desde que seja devidamente regulamentado e aplicado, pois constitui instrumento útil para as empresas. Representando técnica de planejamento, racionalização e especialização da produção, possibilita às empresas dedicarem-se a suas atividades-fim, gerando, por consequência, a elevação de sua eficiência e produtividade, e legar a execução das atividades secundárias ou de suporte, a terceiros, nelas especializados, ensejando redução de custos e economia de tempo.

Por todo o exposto, verifica-se, repito, que há necessidade emergencial de um tratamento legal à terceirização em nosso ordenamento. As relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão disseminadas em nossa sociedade e presentes em nosso cotidiano. Nesse setor, o direito não tem acompanhado a dinâmica dos fatos. E a situação fica ainda pior quando o Tribunal Superior do Trabalho tenta legislar sobre a matéria, baixando Enunciados descompassados. Primeiro (Enunciado 256) restringe ao máximo as hipóteses cabíveis, para depois escancarar as portas da terceirização, com o parâmetro indefinido da "atividade-meio" (Enunciado 331).

É preciso uma legislação que defina, de uma vez por todas, os limites para a prática da terceirização regular, esclarecendo quais as atividades empresariais passíveis de serem terceirizadas ou a forma pela qual deverão desenvolver-se tais relações. Além disso, urge a previsão expressa de

responsabilidade solidária das empresas participantes da terceirização, para afastar o obstáculo da responsabilidade subsidiária que vem protelando a efetividade do processo de execução trabalhista. E há muito mais amparo legal para a condenação solidária das empresas do que para a subsidiária.

9- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, M. S. B. *Terceirização: parceria e qualidade*. Rio de Janeiro. Campus, 1996.

BARRETO, Gláucia, ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

FARIA, Aparecido de. *"Terceirização: um desafio para o movimento sindical"*. In: *Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho*, Heloísa de Souza Martins & José Ricardo Ramalho (orgs.), São Paulo, Hucitec/Cedi-Nets, 1994, p. 41-61.

GIOSA, Lívio Antonio. *Terceirização uma abordagem estratégica*. São Paulo: Pioneira, 1993.

LEIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton Dorneles. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Editora Gente, 1995.

_____, *Terceirização passo a passo: o caminho para a administração pública e privada*. Porto Alegre: Sagra-Dc Luzzatto, 1992.

LEITE, J. C. *Terceirização em informática no Brasil*. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 68-77, Jul./Set. 1997.

MAIA, Antônio C *Sobre a analítica do poder de Foucault*. *Revista de Sociologia da USP*. Vol. (1-2), pp. 83-103, São Paulo, Outubro de 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 7ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

MORAES NETO, Deraldo Dias de. *Terceirização: uma oportunidade de Negócios para a pequena empresa*. Salvador: SEBRAE/BA, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 22ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

OLIVEIRA, Marco A. *Terceirização: estruturas e processos em xeque nas empresas*. São Paulo: Nobel, 1994.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002.

RAMALHO, J. R. *Terceirização e prática sindical. Tempo e presença*. São Paulo, mai/jun., 1993, p. 35.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1994.

ROMANOSCHI, Paulo Otto. *Terceirizar sem planejar, pode falhar: sua empresa está preparada? dúvidas e soluções*. São Paulo: Maltese, 1994.

ROWAN, Gilson – *Repensando o futuro: repensando negócios, princípios, concorrência, controle e complexidade, liderança, mercados e o mundo* – tradução de Maria Cláudia Ratto; revisão James Wright – São Paulo: MAKRON Books, 1998.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações Terceirizadas de Trabalho*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Ciro Pereira. *A terceirização responsável: modernidade e modismo*. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, R. A.; ALMEIDA, M. C. *Terceirização e Quarteirização: indicativos estratégicos para implementação*. IN: XXI Encontro Anual da ANPAD, 1997, Rio das Pedras RJ. ANAIS ANPAD, 1997.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002.

TARETTO, Silvio. *Terceirização: modismo ou solução eficaz?* Jornal Trabalhista. Brasília, p. 2, out., 1992.

VIDAL NETO, Pedro. *A terceirização perante o direito do trabalho*. In : MALLETT, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim(coords). *Direito e Processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor Octávio Bueno Magano*. São Paulo: LTR, 1996.