

INTRODUÇÃO

No início do século XXI ocorreram profundas transformações no cenário econômico mundial. Os avanços tecnológicos e a evolução dos meios de comunicação tornaram a economia mais globalizada e competitiva. Diversos setores da atividade econômica internacional passaram a integrar-se. Abandonou-se o antigo modelo vertical fordista por uma base de produção horizontal *toyotista*, concebendo-se a idéia de empresa enxuta, leve, competitiva com vistas à racionalização da produção e diminuição de custos. Procura-se então, atribuir a terceiros a execução de atividades acessórias da atividade principal da empresa. Daí que surge o fenômeno empresarial chamado de *terceirização*. Neologismo criado dentro desta dinâmica interna das empresas, portanto, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa¹. Nesse modelo de gestão *toyotista*, busca-se a otimização dos serviços, por meio da especialização, concentrando-se a empresa apenas na sua atividade principal, o qual é sua vocação, com o escopo de aumentar a produtividade.

No Brasil, esse fenômeno surgiu a partir dos anos 80 e 90 através das empresas automobilísticas. Com a abertura comercial e os incentivos promovidos pelo governo federal, as empresas de automóveis se instalaram no país, trazendo consigo as empresas fabricantes de peças e outras atividades econômicas adjacentes. A expansão da terceirização foi rápida e abrangente no mercado brasileiro espalhando-se por todos os setores da economia. Acarretando, desta forma, profundas transformações no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país.

Destarte, como é característico de fenômenos socioeconômicos e jurídicos novos, o tema tem gerado muitas dúvidas e polêmicas no meio acadêmico, na doutrina e jurisprudência. Razão esta para a escolha do tema.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 414

Aliás, muitos são os esforços hermenêuticos dos tribunais do trabalho, e da doutrina na busca da compreensão da natureza e efeitos jurídicos do processo terceirizante e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável. O debate doutrinário e jurisprudencial concentra-se em grande parte em torno dos efeitos jurídicos da terceirização. Neste embate, os especialistas se dividem: para alguns a terceirização é - fator de competitividade e geração de empregos - algo positivo e lícito; para outros, a terceirização precariza as condições de salário e trabalho dos obreiros, se contrapondo aos princípios protetivos do hipossuficiente, devendo ser combatido, portanto ilícito.

No entanto, a presente pesquisa tem como objetivo primordial apresentar o fenômeno da terceirização tendo como foco a origem do problema, qual seja, a ausência de regulamentação que viabilize a aplicação prática do fenômeno. Deste silêncio normativo atual, como veremos, é que decorre a insegurança jurídica ao operador do Direito, grande litigiosidade nos tribunais e as controvérsias acerca de seus efeitos jurídicos.

A priori, será demonstrado o conceito de terceirização e a origem e evolução histórica do fenômeno. Em seguida, sua evolução normativa e jurisprudencial. Também iremos discorrer de forma pormenorizada a Súmula 256 e 331 do TST, esta última, é o principal preceito legal atual do fenômeno da terceirização. Extraíndo-se dela os critérios de licitude e ilicitude da terceirização, as espécies de terceirização e as responsabilidades do empregador privado e do Ente Público. Por em pauta as perdas e ganhos da terceirização, as controvérsias que cercam o tema, e por fim, propor a regulamentação da terceirização como caminho para sanar a insegurança jurídica, diminuir os problemas de litigiosidade nos tribunais e como caminho mais coerente para a solução pacífica das controvérsias.

Na construção deste trabalho utilizaremos o método lógico-dedutivo. Serão analisados diversos argumentos de vários especialistas do direito, economistas, empresários, sindicatos de trabalhadores, coletados de artigos jurídicos, doutrinas, revistas jurídicas, jurisprudências do TST e STF, e internet, entre outros. Este será o método de procedimento específico do trabalho em questão.

1. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

1.1 Conceito

A expressão *terceirização* resulta de neologismo oriundo da palavra *terceiro*², que por sua vez decorre da palavra latina – *tertius* –, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas ou intermediário, interveniente, ou um terceiro³. Ensina Delgado:

Não se trata seguramente de terceiro no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades acessórias para outrem, um terceiro (DELGADO, 2010, pg.414).

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao direito) foi *terciarização*, referindo-se ao setor terciário da economia⁴. Contudo, não prevaleceu, pois insuficiente para identificar o fenômeno socioeconômico e jurídico em exame.

A terceirização trabalhista recebe em outros países diversas denominações. No Direito francês, por exemplo, atribui-se a expressão “*sous-traitance*” a um processo bem específico: quando uma empresa subcontratada trabalha dentro da empresa principal. Se o trabalho for realizado fora, passa-se a chamar o processo de externalização (*externalizacion*). No Direito espanhol o fenômeno é conhecido como “*arrendamiento de servicios*”, no direito Português, *subcontratação*; e no italiano, *sucontrattazione*⁵. Já nos países de língua inglesa utiliza-se a expressão “*outsourcing*”, cujo significado literal é “fornecimento

² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. Op. Cit., p. 1

³ REIS, Jair Teixeira dos. A terceirização vista pela auditoria fiscal do trabalho. Revista Consulex. 2012. Nº 359. Pg. 12.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. Op. Cit., p. 1

⁵ MARCELINO, Paula. Afinal o que é terceirização? Em busca de ferramentas de análise e de ação política. Doutorado em Ciências Sociais pelo IFCH-Unicamp. 2007. Pg. 02.

vindo de fora”.O termo terceirização usado no Brasil é o equivalente a esta expressão dos ingleses⁶.

Em edições atuais do dicionário *Houaiss* e em outros dicionários indicam sua origem na Economia e na Administração, significando “forma de organização estrutural que permite uma empresa transferir para outra suas atividades-meio”.

A terceirização, portanto:

(...)demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a “terceiro”, no sentido de “outro”, da posição de empregador na relação empregatícia (e conseqüentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados. (...) é uma relação jurídica que envolve três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada tomadora. Por sua vez, a empresa especializada nos serviços contratados é chamada prestadora (ou terceirizada). E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora. (CASTRO, 2000, pg. 78 e 82).

Explica Octávio Bueno que:

Terceirizar significa transferir a terceiros atividades anteriormente a cargo da própria empresa. A terceirização, assim, concebida, possui duas vertentes: transferência a terceiros de toda e qualquer atividade ou apenas das chamadas atividades-meio. (BUENO, pg. 281).

Cássio M. Barros Junior, preleciona que a terceirização,

É uma estratégia econômica através da qual um terceiro, em condições de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa que o contrata. Ao, transferir a esse terceiro a produção das atividades acessórias e de apoio, pode a empresa contratante concentrar-se na sua atividade principal, o que levou a ciência da Administração, a chamar esse processo de focalização⁷.

⁶ Cf. Relatório Técnico DIEESE. O processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil, Pg. 6. Disponível em: www.mte.gov.br. Acesso em 01.10.2012.

⁷Flexibilização do direito do trabalho e terceirização, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 21, p. 277.

Marly A. Cardone fala que “terceirização identifica o fenômeno da transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa que não aquela que primitivamente, os produzia⁸”.

Ives Gandra da Silva Martins Filho define que terceirização:

Trata-se, na sua vertente positiva, de descentralização empresarial tendente à especialização de funções, com vistas ao incremento de eficiência produtiva. No entanto, a vertente negativa, quando visa a redução de custos da liberação de encargos sociais, encontra-se óbice no ordenamento jurídico-trabalhista, protetivo do hipossuficiente⁹.

Para Pedro Vidal Neto, “a terceirização consiste na transferência, a outras organizações, de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades¹⁰”.

Assinala ROBORTELLA, que a terceirização incorporou-se 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”. (1994, pg. 236).

Para Sérgio Pinto MARTINS consiste a *terceirização*:

Na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, e vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS, 2000, Pg. 23).

Neste sentido, o DIEESE menciona:

A terceirização se realiza de duas formas não excludentes. Na primeira, a empresa deixa de produzir bens ou serviços utilizados em sua produção e passa a comprá-los de outra – ou outras empresas – o que provoca a desativação – parcial ou total – de setores que anteriormente funcionavam no interior da empresa. A outra forma é a contratação de uma ou mais empresas para executar, dentro da “empresa mãe”, tarefas anteriormente realizadas por trabalhadores contratados diretamente (DIEESE, 2007, pg. 5).

⁸ CARDONE, Marly A. Introdução do tema da flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 54, 1990.

⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Terceirização legal e ilegal. *Suplemento Trabalhista LTr*. São Paulo, n. 125, 1993

¹⁰ VIDAL NETO, Pedro. Aspectos jurídicos da terceirização. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo, n. 80, 1992.

Portanto, na terceirização, uma empresa transfere suas atividades periféricas a outras empresas independentes e especializadas na realização dessas atividades. Consistena relação triangular que envolve três atores sociais: o *trabalhador*; a *empresa terceirizada* (empresa prestadora de serviços); e a *empresa tomadora* dos serviços. Ensina DELGADO:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2012, pg. 414).

Há nestarelação trilateral, claramente três relações jurídicas envolvidas: entre o trabalhador e a empresa terceirizada, há vínculo empregatício (esta se responsabiliza diretamente pelos direitos e encargos trabalhistas do obreiro); entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviço, há mera relação de trabalho (responsabilidade subsidiária); eentre a empresa terceirizada e a empresa tomadora dos serviços, há uma relação de natureza civil ou empresarial (contrato).

Com base nisso, podemos afirmar que terceirização consiste em um contrato, de natureza civil ou empresarial, entre a empresa terceirizada e a tomadora, tendo como objeto a prestação de serviços ou fornecimento de bens, relativo à atividade-meio da empresa contratante, situando o trabalhador no pólo empregatício da empresa interposta (relação de emprego), e à tomadora, mera relação de trabalho.

1.2 Origem e evolução histórica

O fenômeno da terceirização teve suas origens na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), surgindo da necessidade de demanda da indústria bélica em manter a oferta de armamento para os países em conflito. E a única forma de manter esse fornecimento era remodelando a forma de produção transferindo atividades não essenciais a outras empresas.

Contudo, a terceirização somente foi implementada de forma efetiva, a partir do novo modelo de produção denominado método *toyotista*, que:

“Teve seus primórdios na década de 70, no período da crise do petróleo (embora a crise econômica mundial não tenha sido causada apenas pela subida dos preços desta *commodity*) a oportunidade de ganho pela ampliação de mercados desaparece, e as empresas passam a ter de alterar seu modo de administração, tendo agora uma grande preocupação com seus custos de fabricação e de funcionamento. Essa nova realidade administrativa fez com que as empresas alterassem o modo de organização do trabalho, pelo que adotaram o método toyotista de produção, segundo o qual a verticalização da produção passou a ser substituída pela horizontalização da mesma, criando uma rede de produtores e fornecedores (HINZ, 2005, pg. 134)”.

O novo modelo introduz a idéia de horizontalização, se contrapondo ao método taylorismo/fordismo de organização verticalizada com o nítido propósito de elevar a produtividade do trabalho e ao mesmo tempo adaptar as empresas a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor¹¹.

O novo método possibilita aos empregadores reduzirem o máximo possível os custos com a produção. Por isso, as empresas abandonaram a velha estrutura vertical típica do *taylorismo/fordismo* e se horizontalizaram. O primeiro modo se fundava em um padrão verticalizado de produção, ou seja, a maioria das atividades necessárias para se alcançar o produto final era realizada dentro da própria empresa. Já o modo de produção toyotista, ao contrário, adotou padrão horizontal de produção, ou seja, as empresas não mais precisavam se preocupar tanto com os detalhes de produção de suas matérias-primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois essa preocupação seria transferida aos seus fornecedores. Criava-se, dessa maneira, uma rede de produtores e fornecedores, iniciando-se, nas indústrias, a delegação a

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. Pg. 47.

terceiros da responsabilidade pela produção de um ou mais itens necessários ao seu funcionamento. Fenômeno este que podemos chamar de *desfordização* das fábricas. Essa nova forma de organização produtiva incorporou conceitos de qualidade total e ênfase na terceirização.

(...) o toyotismo propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa pólo. Passa-se a defender, então, a idéia de empresa enxuta, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais a seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final almejado. (DELGADO, 2005, PG. 48).

Desta feita, as atividades consideradas não essenciais, nesse novo modelo, passam a ser terceirizadas, ou seja, delegadas a outras empresas especializadas, que oferecem o mesmo serviço a preços menores¹².

Através deste método as empresas conseguiram uma flexibilidade no fornecimento, redução ou mesmo a supressão de estoques e eliminação de gastos com o local de trabalho¹³. E também vantagens econômicas como competitividade, ganho em escala e aumento do lucro:

Com esse sistema, as empresas não mais precisariam se preocupar tanto com os detalhes de produção de suas matérias-primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois que essa preocupação seria transferida ao seu fornecedor. Assim, por exemplo, a administração de uma indústria não precisaria se preocupar com as variações de seus estoques, pois que poderia comprar de seu fornecedor apenas aquilo que ela necessitasse para o atendimento de seus pedidos em carteira. Ou seja, deixam de se preocupar com as oscilações da demanda. A redução – ou mesmo eliminação – de seus estoques reduz custos com capital imobilizado. (HINZ, 2005, pg. 134)

É importante destacar, que foram as empresas multinacionais fabricantes de automóveis que difundiram a novidade pelo mundo a fora. Na verdade, estas fábricas são “montadoras”, totalmente dependentes da produção de peças oriundas de diversos fornecedores:

As grandes montadoras do mundo já não consideram a produção de motores ou de transmissão como parte principal de seu negócio. É o que indica a decisão da GM e da FIAT de criar empresa única para controlar a fabricação de equipamento das duas companhias nos

¹² REIS, Jair Teixeira dos. A terceirização vista pela auditoria fiscal do trabalho. Revista Consulex. 2012. N° 359. Pg. 12.

¹³ HINZ, Henrique Macedo. Rev. TST, Brasília, vol. 71, maio/ago 2005. Pg. 135

mercados da Europa e da América Latina (...) ganhar escala passou a ser mais importante do que ter um motor exclusivo (SARATT, SILVEIRA, DAIBERT e MORAIS, 2000).

Portanto, atualmente:

Na indústria automotiva, quase a totalidade da produção está terceirizada, para não dizer a própria montagem, cabendo à montadora propriamente dita, apenas os setores de *marketing*, projetos e financeiro (HINZ, 2005, pg. 134).

Já no Brasil, a terceirização teve seu início na década de 80, fruto da onda reestruturante iniciada pelo governo brasileiro. Entretanto, ganhou mais evidência nos anos 90 com o movimento de abertura comercial, e incentivo às empresas automobilísticas a se instalarem no país. E no bojo destas migrações, vieram as empresas fabricantes de peças automotivas e outras atividades econômicas adjacentes. A expansão da terceirização no mercado de trabalho brasileiro avançou rapidamente por todos os setores da economia causando certa perplexidade.

Estima-se que o número de trabalhadores abrangidos pela terceirização no Brasil, equivale ao intervalo de 8 a 11 milhões de pessoas conforme fontes do DIEESE¹⁴. No mundo, estas empresas movimentam cerca de quatro trilhões de dólares anualmente, segundo dados da IAOP¹⁵. Estamos diante de uma realidade inexorável: a terceirização não vai acabar¹⁶. É fato inconteste. Esta se tornou da essência da atividade econômica nacional e internacional, então pensar em extinguir a terceirização no estágio atual em que se encontra é irreal e de extremo radicalismo.

1.3 Evolução Normativa no Brasil.

¹⁴ Cf. Relatório Técnico DIEESE. O processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil. Disponível em: www.mte.gov.br. Acesso em 10.10.2012.

¹⁵ Jornal Diário do Comércio, do dia 18 de julho de 2008, Regulamentação da Terceirização, Edição 1595, p. A2.

¹⁶ ABDALA, Vantuil. Terceirização, porque normatizar? Revista Consulex. Nº 359. 2012. Pg. 44.

A legislação brasileira sempre foi omissa quanto à terceirização. Aliás, este é o maior problema da terceirização trabalhista no Brasil: a ausência de normas jurídicas capazes de viabilizar a sua prática e utilização. Resta-nos apenas a orientação advinda da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, expressa pela súmula n. 331, e algumas legislações esparsas de caráter restritivo, porém, incapazes de delimitar e abranger o fenômeno com todas as suas peculiaridades e respectivos efeitos jurídicos.

Na década de 1940 a CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada, bem como a pequena empreitada (art. 455 e 652, “a”, III, CLT), época em que a terceirização não tinha tanta relevância e abrangência dos tempos atuais. Nem se quer merecia qualquer epíteto designativo especial¹⁷. Fora estas referências celetistas incipientes, encontramos outros diplomas que tratam da temática, os quais serão expostos a seguir.

1.3.1 Decreto-Lei n. 200 de 1967 e Lei n. 5.645 de 1970

De todo modo, as primeiras referências legais acerca da terceirização, ainda que sem essa nomenclatura, vieram do ramo estatal, por meio do Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70. Ensina Delgado:

Efetivamente, no âmbito da administração pública criaram-se alguns mecanismos jurídicos propiciadores da denominada descentralização administrativa, através da contratação de trabalhadores assalariados por interpostas empresas, para realização de serviços de apoio, instrumentais, meramente de execução. Esse é o sentido de diplomas legais como o decreto lei n. 200, de 1967 (art. 10) e a lei n. 5.645, de 1970. (DELGADO, 2010, pg. 418).

O Decreto-Lei n. 200/67, art. 10, caput, dispõe: “(...) *execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada*” (grifos acrescidos). O art. 10, parágrafo 7º, completa “*Para melhor desincubar-se das*

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 417

tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (grifos acrescidos).

O dispositivo cria mecanismos jurídicos que possibilitam a chamada descentralização administrativa no âmbito estatal, conduzindo o ente público a desobrigar-se da realização material de serviços de apoio, instrumentais e executivos, delegando à iniciativa privada a execução destes, mediante contrato. Tudo para melhor desempenhar as tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle do crescimento desmesurado da máquina administrativa.

O texto deixa claro que o próprio Estado adotou o sistema terceirizado quando enfatiza a prática da descentralização administrativa no tocante à operacionalização de tarefas meramente executivas¹⁸. No entanto, o texto não deixou claro quais atividades específicas seriam terceirizadas.

Posteriormente, a Lei n. 5.645, de 1970, trás um rol exemplificativo das tarefas instrumentais e executivas passíveis de serem terceirizadas: “*As atividades relacionadas com transportes, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200...*” (Lei n. 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; grifos acrescidos).

Conforme ensina Delgado,

Trata-se de claro rol exemplificativo, como se vê. Não obstante isso, é também inquestionável que todas as atividades referidas nesse rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio. (DELGADO, 2010, pg. 418).

¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. P. 128.

Portanto, a legislação é clara e propõe que a execução das atividades da administração federal deve ser amplamente descentralizada, envolvendo atividade de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, ou seja, atividades instrumentais ou de apoio ligadas, claro, exclusivamente a atividade-meio do ente estatal. Cabe ressaltar, que não há autorização legal para terceirização de atividades-fim.

1.3.2 Lei n. 6019/74 (Lei do trabalho temporário) e Lei n.7102/83 (Lei dos Serviços de vigilância, patrimonial, pessoal, conservação, limpeza, e serviços especializados).

Entretanto, na órbita privada, a terceirização não teve o mesmo tratamento jurídico atribuído ao segmento estatal. Se bem que nada obsta que a iniciativa privada se utilize de aplicação analógica dos dois diplomas referente à Administração Pública. Entretanto:

De fato, nos anos de 1970 apenas um único diploma legal, de efeitos restritos a contratos de curta duração (Lei do Trabalho Temporário, de 1974), veio acobertar o processo terceirizante. Nos anos 80 mais um diploma legal surge (Lei n. 7.102, de 1983), caracterizado também por seus restritos efeitos, dado dirigir-se a um específico e delimitado conjunto de trabalhadores (vinculados à segurança bancária, na época). (DELGADO, 2012, pg. 417)

Na tentativa de viabilizar o fenômeno terceirizante no âmbito privado, surgiram duas leis no cenário legislativo nacional: a Lei 6.019/74 (lei do trabalho temporário) e a Lei n. 7.102/83. No entanto, a expansão do processo terceirizante foi muito além das hipóteses previstas nesses dois dispositivos. Tais circunstâncias requereram esforços hermenêuticos exaustivos dos tribunais do trabalho na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável¹⁹.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 417

Segue adiante a análise das referidas leis que versam sobre a terceirização no segmento estatal.

Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6019 de 1974): o trabalho temporário é “... *aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.*” (art. 2º, Lei n. 6.019/74). A empresa referida no dispositivo: “*empresa de trabalho temporário é a pessoa física e jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos*” (art. 4º, Lei n. 6.019/74).

Trabalho temporário é aquele em que o trabalhador se vincula juridicamente a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, e presta serviços a uma empresa, para atender necessidade de substituição do pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.

Percebe-se que, por se chocar com a estrutura teórica e normativa do Direito do Trabalho, a terceirização sofre restrições por parte da doutrina, jurisprudência e do legislador pátrio que vislumbra o novo modelo como modalidade excetiva de contratação de força de trabalho²⁰:

A Lei n. 6.019/74, ao gerar a figura do trabalho temporário, pareceu querer firmar tipicidade específica, inteiramente afastada da clássica relação de emprego. Não apenas sufragava a terceirização (o que já inseria um contraponto à CLT), mas também fixava rol modesto de direitos para a respectiva categoria, além de regras menos favoráveis do que aquelas aplicáveis a empregados clássicos também submetidos a contratos a termo. (...) a jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura jurídica excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas. Nesse quadro evolutivo, hoje prepondera o entendimento de que o contrato temporário, embora regulado por lei especial, é um contrato de emprego, do tipo pacto a termo, apenas submetido às regras especiais da Lei n. 6.019/74. Eclipsou-se, desse modo, a intenção original da Lei n. 6.019/74 de formar tipo legal inconfundível com o regido pelos arts. 2º e 3º, caput da CLT. (DELGADO. 2010, pg. 432).

²⁰DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 415

Por esta razão que a referida lei do trabalho temporário autoriza este tipo de terceirizações somente nos casos de “necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora” como, por exemplo: férias ou afastamento por licenças previdenciárias; ou “acréscimo extraordinário de serviços da tomadora” (exemplo, o setor de comércio em época natalina).

Estes contratos têm duração máxima de três meses, salvo em caso de autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social que poderá ampliar este prazo (art. 10, Lei n. 6.019/74). Justificado, claro pelo caráter transitório da referida lei.

A contratação do trabalhador temporário deve ser feita por uma empresa prestadora de serviços que tem como finalidade disponibilizar mão de obra e, por isso, pode ser vista como uma forma de terceirização. O contrato feito entre a empresa prestadora de serviço e a tomadora deve ser feito por escrito, e nele deve ser expresso o motivo pelo qual a empresa tomadora está requerendo trabalho temporário. A empresa de serviço temporário também deverá ser registrada junto ao Ministério do Trabalho. Ao trabalhador temporário são asseguradas as mesmas condições dos empregados permanentes da empresa tomadora no que diz respeito aos seguintes aspectos: remuneração equitativa; jornada regular de 8 horas; férias (proporcionais); repouso semanal remunerado; adicional por trabalho noturno; indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido; seguro contra acidente do trabalho; e a proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, assinatura da CTPS (art. 12, § 1º, Lei n. 6.019/74).

Portanto, são estas as duas restritas hipóteses de pactuação que possibilitam a existência do trabalho temporário: necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora; ou acréscimo extraordinário de serviços da tomadora. Sem esses requisitos, restará extinta, além, de ilícita esta modalidade excetiva de contratação trabalhista. Autorizando a formação de vínculo diretamente com o tomador dos serviços. (Súmula 331, TST).

Lei n. 7.102 de 1983 (Lei dos Serviços de vigilância, patrimonial, pessoal, conservação, limpeza, e serviços especializados): o modelo terceirizante da Lei n. 6.019/74 (Lei do trabalho temporário) trouxe efeitos limitados na tentativa de enquadrar o fenômeno às regras laborais, pois a fórmula do trabalho temporário não abrangia a terceirização permanente, apenas a de caráter transitório. Neste contexto surge a lei n. 7.102/83 que prevê hipóteses de terceirização permanente, porém, com abrangência restrita, limitando-se apenas a disciplinar forma de terceirização de categoria específica: a de vigilantes do setor bancário.

A Lei n. 7.102/83 regula a segurança bancária para estabelecimentos financeiros, instituindo normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

Posteriormente, segundo Delgado:

Com as alterações propiciadas pela lei n. 8.863, de 1994, alargou-se o âmbito de atuação de tais trabalhadores e respectivas empresas. Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia de transporte de qualquer tipo de carga (art. 10 e seus parágrafos da lei n. 7.102/83, com alterações da Lei n. 8.863/94). (DELGADO, 2010, pg. 419).

As modificações introduzidas pela nova lei ampliaram a abrangência da Lei 7.102/83, possibilitando a prestação de serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, indústrias, entidades sem fins lucrativos, além de residências e empresas públicas (art. 10, § 2º, Lei n. 7.102/83, modificada pela Lei n. 8.863/94), além de serviços de conservação e limpeza.

Mais adiante foram criadas normas específicas de terceirização, como os serviços de telefonia (Lei 9.472/97) e nas concessionárias de serviço público, na forma definida na Lei 8.987/95.

Portanto, mesmo com as alterações decorrentes da Lei n. 8.863/94, que ampliaram o alcance da terceirização permanente, continuou o diploma com

seu caráter restritivo, não abrangendo todas as hipóteses de terceirização. A tarefa, portanto, de estabelecer as normas genéricas dessa matéria ficou a cargo da jurisprudência trabalhista.

Neste contexto, o TST editou Súmula nº 256 e posteriormente, a Súmula nº 331, esta revisão da anterior, e único diploma jurídico atual e abrangente do fenômeno de terceirização (os quais serão analisados no capítulo II).

2. TERCEIRIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

2.1 Súmula 256 do TST de 1980

Em 1980, diante do silêncio legislativo sobre a temática em estudo, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 256 de 1980, de sua súmula de jurisprudência acerca da terceirização, que assim dizia: “*Salvo nos casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços*”.

Nota-se claramente que o TST fixou o entendimento de que a regra era a vedação da terceirização, somente admitindo-se em duas hipóteses: *trabalho temporário e serviço de vigilância*.

O enunciado restringiu as práticas terceirizantes atribuindo-lhes licitude somente em relação às atividades de trabalho temporário e de vigilância bancária. As outras formas de contratação de mão de obra seriam consideradas ilegais ou ilícitas, além de gerar vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

A doutrina e jurisprudência sempre viram a terceirização como exceção em relação ao modelo clássico empregatício de natureza bilateral (empregado–empregador). Por causa disso, o novo modelo sofre restrições por parte da doutrina e jurisprudência trabalhista:

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho esse novo modelo sofre restrições da doutrina e jurisprudência trabalhista, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. (DELGADO, 2012, pg. 415).

Assim, fixava a súmula que a terceirização é forma excetiva de contratação de força de trabalho, permanecendo a regra geral de contratação o modelo empregatício constante da CLT. Por isso, seu evidente caráter restritivo de hipóteses de contratação terceirizada de trabalho.

No entanto, essa orientação jurisprudencial, para o mundo globalizado, não se harmonizava com a realidade do mercado competitivo, uma vez que a terceirização se expandia e cada vez mais era utilizada e difundida. Somando-se a isto, a oposição severa de grande parte da doutrina contra a súmula 256, do TST, por entenderem que:

A mencionada súmula pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes, o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e Lei 5.645/70 – exceções consubstanciadoras de um comando legal ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da carta constitucional de 1988, (art. 37, II e § 2º), não tinham guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256). (DELGADO, 2010, pg. 422).

Para Arnaldo SUSSEKIND o Enunciado nº 256 não proibia uma empresa, contratar prestadora de serviço ou empreiteira, para a execução de serviços ou obras, mas que a proibição estava restrita à contratação de trabalhadores por empresa interposta, não podendo suportar “por ferir o sistema jurídico nacional, é que a súmula em foco tenha tido a intenção de proibir os legítimos contratos de prestação de serviços ou de empreitada de obras, previstos no Código Civil²¹”.

Manifestou-se Octávio Bueno MAGANO, dizendo que o:

Enunciado em questão mostrou-se inteiramente divorciado da realidade palpante em nossos dias, em que sobressai o fenômeno da cooperação entre empresas, explicável pelas exigências da técnica e pela exacerbação da concorrência. Para enfrentar a concorrência, cada vez mais aguçada, a empresa precisa aumentar a sua produtividade, o que a leva a se especializar e a adquirir, no campo de sua especialização, dimensão que lhe permita o uso intenso da técnica²².

Na opinião de Marly A. Cardone, o:

²¹ SUSSEKIND, Arnaldo. Enunciado nº 256: a mão de obra contratada e empresas de prestação de serviços de serviços. *Revista LTr*. São Paulo, v. 51, 1987.

²² MAGANO, Octávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. Alcance e limites da terceirização no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995. Pg. 60

Tribunal Superior do Trabalho exorbitou ao editar o Enunciado nº 256, cristalizando o que não é cristalizável, já que a Jurisprudência, em sua função integrativa e formuladora do Direito, deve ter exatamente a flexibilidade que a lei não pode ter, examinando as facetas de cada caso²³.

Onofre Carlos de Arruda SAMPAIO manifestou-se no sentido de que nem todas as empresas prestadoras de serviços têm como objetivo fraudar a legislação trabalhista, e de que não estão tais empresas limitadas às atividades de baixo nível intelectual, meramente braçal, como limpeza e vigilância, mas abrangem todos os campos com as que fornecem serviços de alimentação, de programação para computadores, assistência médica, odontologia, assistência técnica para equipamentos, manutenção elétrica, etc²⁴.

Portanto, a orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, contida no Enunciado nº 256, contrariava a ideia da terceirização, impedia a contratação das empresas prestadoras de serviços (locação de serviços, empreitadas) e inviabilizava contratos de conservação de elevadores, pintura de edifícios, e execução de serviços de hidráulica, alvenaria, etc. Além de ofensa à Constituição que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; sem contar o ato atentatório contra a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais previstas em lei (art. 5º XIII, CF). Por isso, à época, diante de tanta pressão, se defendia a sua revisão o que de fato veio ocorrer com a edição do Enunciado n. 331, do TST em 1993.

2.2 Súmula 331 do TST de dezembro 1993

A nova súmula, assim reza:

²³ CARDONE, Marly A. A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho. *Revista de direito do trabalho*. São Paulo, n. 80, 1992.

²⁴ SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. Na Contramão da história. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 18, 1987.

- I- *A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.74);*
- II- *A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional (art. 37, II, CF);*
- III- *Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.*
- IV- *O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.*

A Súmula 331 incluiu as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação, limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público²⁵. Com isto, a nova Súmula respondeu algumas críticas que se faziam à Súmula 256.

Entretanto, a mudança mais significativa diz respeito à distinção entre *atividades-meio* e *atividades-fim* do tomador de serviços, sem, no entanto, discriminar especificamente quais seriam na prática estas atividades. A diferenciação vem da doutrina. Essa distinção é o critério aferidor da licitude ou ilicitude da terceirização. Ou seja, a Súmula busca esclarecer o fundamental contraponto entre *terceirização lícita* versus *terceirização ilícita*²⁶.

No item IV, a Súmula expõe a natureza e extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas. E elege a responsabilidade

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 423

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 423

subsidiária do tomador dos serviços no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora do serviço. Desde que, claro, o tomador tenha participado da relação processual e conste também no título executivo judicial.

Posteriormente, a resolução n. 96, de 11.09.2000, do TST, alterou o inciso IV dando nova redação:

- IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (grifo do autor).

A alteração visava esclarecer que a responsabilidade subsidiária abrangia também “os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

Posteriormente, a súmula sofreu novas alterações através da Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, do TST, o qual deu nova redação ao inciso IV e acrescentou os incisos V e VI à súmula, nos seguintes termos:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida

responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

A fim de afastar a antiga controvérsia acerca da aplicabilidade da *responsabilidade subsidiária à Administração Pública* na terceirização, o TST acrescentou o item V à Súmula n. 331, esclarecendo, em consonância com o entendimento do STF, em sede de ação declaratória(ADC nº 16) julgada em 24 de novembro de 2010, que a responsabilização do ente público não é automática, mas *pode ocorrer* dependendo de sua culpa *in vigilandoe in eligendo*.

O tribunal definiu ainda que a “responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação” (Súmula 331, VI, do TST). Este entendimento deriva do fato de que os empregados terceirizados têm direitos às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços.

2.2.1 Licitude e Ilicidade da terceirização

A súmula 331 do TST enumera quais as hipóteses em que a prática da terceirização é permitida no País. Ela faz distinção entre terceirização lícita da ilícita. A súmula expõe claramente o ponto de vista do TST acerca da terceirização lícita, a percebendo como exceção ao modelo empregatício clássico previsto na CLT (arts. 2º e 3º, caput, da CLT).

A licitude pode ser enquadrada em quatro grupos, todos definidos nos itens I e III da Súmula 331: trabalho temporário (Lei n. 6.019/74); serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83); serviços de conservação e limpeza prevista

também na Lei n. 7.102/83; e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

As três primeiras hipóteses já foram abordadas no presente trabalho. Quanto ao último grupo referente aos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, pode ser conceituado, nas palavras de Delgado, como:

Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo(...)são ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.). (DELGADO, 2010, pg. 425).

E quanto às atividades-fim do tomador, o mesmo autor ensina que se trata de *atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços*²⁷.

Há outra classificação na doutrina bem interessante apresentada por Newton Saratt, Adriano Silveira, Arlindo Daibert, e Rogério Pires Morais²⁸, quanto as atividades-meio e fim. Os quais lecionam que as atividades empresariais podem ser classificadas em três grupos:

- *Atividades-meio de apoio*: não agregam valores à produção ou ao negócio do tomador de forma direta. Trata-se, evidentemente, de serviços necessários, mas facultativos, ou seja, não essenciais, tais como conservação e manutenção predial, limpeza, vigilância, refeitório, transporte de empregados, serviços contábeis etc. Estas atividades, pelas suas características, são indicadas para a terceirização;
- *Atividades-meio essenciais*: aqueles serviços ligados operacionalmente ao negócio ou ao empreendimento, vinculados, no sentido amplo, ao fornecimento de matéria-prima, ou seja; são as atividades sem as quais

²⁷DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 425

²⁸SARATT, Newton. ET. AL. Quarteirização – Redefenindo a Terceirização. Porto Alegre: Badejo Editorial, 2000.

não pode existir o produto final: insumos, componentes ou, até mesmo, partes do processo produtivo. A empresa pode optar entre produzir esses itens diretamente ou contratar serviços de terceiros, fornecendo ou não a matéria-prima para sua produção;

- *Atividade vocacional ou atividade-fim*: é aquela relacionada diretamente ao negócio, que, segundo o entendimento jurisprudencial predominante, não pode ser terceirizada, devendo ser realizada diretamente. É o *knowhow* da empresa, no qual reside o seu diferencial competitivo, é como esta se apresenta ao mercado.

Destarte, a atividade-fim se refere à atividade nuclear, a essência da dinâmica empresarial, aquela relacionada diretamente ao negócio da empresa, é como esta se apresenta ao mercado. Quanto a atividade-meio, são as que não se referem à atividade nuclear da empresa, não é de sua essência, são aquelas funções e tarefas como: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc. Referem-se analogicamente ao que se encontra na Lei n. 5.645, de 1970.

2.2.2 Pessoaalidade e subordinação

Cabe ressaltar ainda, que nos casos de serviços de vigilância, conservação e limpeza, e os serviços especializados na atividade-meio do tomador (hipóteses de terceirização permanente), possuem uma peculiaridade: *“desde que inexistente a pessoaalidade e subordinação direta”*. Delgado leciona:

“A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enunciadas, *desde que inexistente a pessoaalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços* (Súmula 331, III, *in fine*, TST). (DELGADO, 2010, pg. 425).

RubensFerreira de Castro expõe que:

Essa essência de pessoalidade caracteriza-se pela ausência de ligação pessoal entre o trabalhador (empregado da prestadora de serviços) e a tomadora. A prestadora poderá substituir seu empregado sempre que lhe convier, estando obrigada, por força do contrato que celebrou com a tomadora, apenas a manter em execução os serviços contratados (...) Não poderá o tomador dos serviços estabelecer ordens técnicas ou regulamentares diretas ao trabalhador contratado pela prestadora de serviços. Também não poderá aplicar-lhe punições disciplinares, pois, se assim agir, estará transferindo o vínculo de emprego da prestadora para si, pois cristalizar-se-á a figura do empregado (...)²⁹.

Portanto, a subordinação e a pessoalidade, na relação trilateral empregatícia formada pela terceirização, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados³⁰.

É evidente claro que a subordinação e a pessoalidade não se aplicam à primeira hipótese do inciso I, da Súmula 331, que trata do trabalho temporário, por motivo de suas peculiaridades específicas.

Estas, pois, são as hipóteses delimitadas de terceirização lícita prevista na Súmula 331 em análise. Desta feita, fica mais simples definir a chamada terceirização ilícita, a qual corresponde às situações que não se enquadram nos limites impostos pela Súmula 331, do TST. Fora as hipóteses previstas na súmula em estudo, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, serão consideradas ilegais e conseqüentemente acarretará a formação de vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Doravante vedações, os discutidos incisos I e III, não atingem o que está prescrito nos arts. 1.237 a 1.247, como também nos arts. 1.216 a 1.236, todos do Código Civil, os quais abordam acerca do contrato de empreitada e prestação de serviços, respectivamente.

2.2.3 Inexistência do vínculo empregatício pelo Poder Público

²⁹ CASTRO, Rubens Ferreira de. A Terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 98

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 425

Quanto ao inciso II da referida súmula, dispõe que a *“contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”* (inciso II, da Súmula 331 do TST, revisão do Enunciado nº 256 - TST). De acordo com esse item, não há vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional quando estes contratarem trabalhadores de forma irregular mediante empresa interposta. A crítica, que de certa forma surgiu na doutrina, por não ter sido bem compreendida, deu-se, principalmente, por entenderem ter sido uma forma de camuflar as artimanhas do Estado ou protegê-lo da punibilidade diante dos atos irregulares praticados, ofendendo, assim, o princípio da isonomia.

Em contrapartida, os que defendem o posicionamento do TST acreditam que a inexistência do vínculo empregatício veio assegurar a aplicação dos princípios da moralidade e da legalidade. Ressalta-se que, inobstante esse posicionamento, ele mantém a responsabilização do administrado pela contratação irregular penal, civil e administrativo (inciso IV, Súmula 331).

O que ocorre é que o item II tem como arcabouço o art. 37, II da Constituição Federal que dispõe: *“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”*

Destarte, o inciso II irá impedir a prática que alguns administradores tinham de utilizar a terceirização para preencher o quadro de funcionários com seus conhecidos e familiares – prática reconhecida como fraude –, e assegura, desta forma, os princípios da moralidade e legalidade. Nesse sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 69):

[...] se outra tivesse sido a decisão do TST, as portas estariam abertas à fraude, servindo o contrato de terceirização para inflar, de forma inconstitucional e lesiva ao erário e ao princípio da moralidade, os quadros do funcionalismo. O concurso público, expressamente

exigido por norma constitucional (artigo 37, II), é instrumento altamente salutar de seleção dos trabalhadores do setor público, assegurando igualdade de oportunidades e privilegiando o mérito, de forma a democratizar o acesso aos cargos e empregos públicos.

Portanto, só é permitido o ingresso aos cargos e empregos públicos da Administração Pública se o indivíduo tiver sido aprovado em concurso público, assegurando, assim, o preenchimento do quadro de funcionários pelo critério da isonomia.

Por sua vez, o administrador que agir com ilegalidade estará sujeito aos rigores da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), devendo reparar os cofres públicos, caso tenha causado algum prejuízo ao erário e, sendo o Estado condenado, pagar indenização.

Alerta-se, entretanto, que de acordo com a Orientação Jurisprudencial 321 da SBDI-I do TST, tratando-se de período anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, ocorrendo a contratação ilegal mediante empresa interposta, com exceção dos serviços de vigilância e trabalho temporário, restará configurado vínculo empregatício do terceirizado com a tomadora de serviço, ainda que esta tenha sido a Administração Pública, posto que na Carta Magna anterior não havia a dependência de aprovação em concurso público para investidura ao emprego público, a dependência se dava somente aos cargos públicos.

2.3 Controvérsias: dificuldade em diferenciar atividade-meio e atividade-fim na prática.

Como visto a Súmula 331, do TST, estabeleceu parâmetro - atividade-meio e atividade-fim - para determinar a licitude da terceirização, assim como elegeu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por todas as obrigações laborais decorrentes do fenômeno terceirizante. No entanto, este suscita algumas dúvidas na prática: Será que a empresa terceirizada que realiza empréstimos ao banco, abertura de conta corrente, ou funções de caixa,

realizando atividade acessória, porventura não é atividade fim, já que este serviço é inerente e precípua do ramo bancário? Será o empregado desta terceirizada também empregado da empresa bancária, a tomadora? Será que esse parâmetro não tem um caráter duvidoso, impreciso e gera insegurança jurídica?

A Súmula 331, do TST, no inciso III, prevê hipóteses de terceirização lícita como aquelas ligadas à *atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta*. Dessa relação, decorre a responsabilidade subsidiária do tomador caso a empresa terceirizada não cumpra suas obrigações trabalhistas. Naturalmente, se for àquelas ligadas à atividade-fim do tomador, teremos um tipo de terceirização ilícita. Conseqüentemente, haverá a formação de vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador de serviços, e este se responsabilizará diretamente pelos direitos trabalhistas deste obreiro.

Esta é a lógica da súmula jurisprudencial em estudo. Ocorre, porém, que:

Na prática é muito difícil se diferenciar a atividade-meio da atividade-fim de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o objeto da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro nesse sentido (...) na maioria dos casos, essa classificação chega a ser impossível. (HINZ, 2005, pg. 136).

Ora, basta verificar o caso dos Bancos comerciais que anteriormente tinham como atividade nuclear a captação de recursos dos poupadores e em seguida disponibilizavam estes mesmos recursos aos consumidores através de empréstimos ou financiamentos. Porém, com o surgimento dos bancos múltiplos, os quais são autorizados a atuar em diversos segmentos de mercado (seguridade, capitalização, consórcio, etc.), ficou mais difícil delimitar seu objeto precípua, dado a dificuldade de diferenciar com convicção qual seria na prática sua atividade meio ou fim. Hoje, atividades de caixa, empréstimos, financiamentos, abertura de contas, entre outras, estão terceirizadas. É difícil imaginar que as atividades de caixa bancário e empréstimos não sejam atividades-fim deste tomador.

No entanto, todas anteriormente atividades-fim, agora estão autorizadas pelo Banco Central a serem terceirizadas. E muitas outras atividades-fim do ramo bancário estão sendo descaracterizadas como tal a fim de serem passíveis de serem terceirizados.

Ensina Henrique Macedo Hinz, assevera que:

Dada a impossibilidade de se limitar à terceirização de serviços dentro de uma atividade econômica – o seu uso tende ao infinito – tem-se que o enquadramento de uma atividade como sendo *meio* ou *fim* é impossível, e ainda que não o fosse, seria insuficiente para caracterizá-lo como *lícita* ou *ilícita*, com as consequências jurídicas antes citadas e de todos já conhecidas. (HINZ, 2005, pg. 136).

No mesmo sentido, o ex-ministro Veuil Abdala (1996, p. 508), decano do TST, menciona:

É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e muitas vezes estar-se-ia diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra. Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo, ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fa-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a busca de maior eficiência na sua finalidade original, e não apenas a diminuição de custos.

Desse modo, a Súmula 331 deixa a desejar, pois não especifica um critério legal para definir esses conceitos. O que dificulta a interpretação por parte do operador do direito e atribui ao Julgador poderes amplos demais para classificar a terceirização como lícita ou ilícita, sendo que o mesmo não tem a menor noção fática do que se trata³¹.

Isto, como consequência, provoca insegurança jurídica aos atores envolvidos, impedindo que os mesmos tenham o gozo de prerrogativas que lhe são de direito, causando muitas injustiças. Neste contexto, a terceirização de uma atividade-meio pode ser fraudulenta, e uma atividade-fim ser perfeitamente legal, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível³².

³¹ HINZ, Henrique Macedo. Rev. TST, Brasília, vol. 71, maio/ago 2005. Pg. 135

³² *Idem*

Quanto a este tema, merecem atenção duas reclamações: a Rcl. 10.132 MC/PR e Rcl. 11.275 MC/AC. Uma vez que trouxeram indagações interessantes a respeito do que seria atividade-fim e atividade-meio, e tiveram seus pedidos de liminares concedidos.

Em síntese, recentemente foram concedidas liminares no STF suspendendo decisões julgadas pelo TST (Rcl. 10132 MC/PR) e pela Primeira Turma do TRT da 14ª Região (Rcl. 11275 MC/AC), as quais reconheciam vínculo empregatício de terceirizados com as empresas de telecomunicações por considerarem que os prestadores de serviço exerciam atividade-fim e não atividade-meio na respectiva empresa.

Analisando o caso, a Rcl. 10132 MC/PR, feita com pedido de liminar, a Vivo S/A Empresa de Telecomunicações impetrou reclamação junto ao STF contra ato da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, contrariou a cláusula de reserva do plenário, previsto súmula n. 10 do STF, afastando a aplicabilidade do art. 94, II, da Lei n. 9.472/97, que permite a terceirização em concessionárias de serviços de telecomunicações, que assim aduz:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:
[...] II - contratar com terceiros o desenvolvimento de *atividades inerentes*, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. (grifo do autor)

O referido dispositivo estabelece que concessionárias de serviços de telecomunicações poderão, observadas as condições e limites estabelecidos pela agência reguladora, contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

Na decisão reclamada, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicabilidade do referido dispositivo, apoiando-se, tão somente, na Súmula n. 331, III, conforme decisão ementada a seguir:

EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - IMPOSSIBILIDADE. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema

callcenter, eis que aproveitados em atividade essencial para o funcionamento das empresas. Recurso de revista conhecido e desprovido.

A reclamação feita pela Vivo S/A, perante o Supremo Tribunal Federal, sustentou-se na Súmula Vinculante n. 10 do STF, que assim reza: *“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”*.

Com efeito, a decisão do TST violou o que está prescrito na Súmula Vinculante, pois, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do art. 94 da Lei n. 9.472/97, ele afastou a incidência do inciso II, configurando, assim, uma afronta a clausula de reserva de plenário.

O que se indaga agora é se as atividades inerentes seriam as mesmas atividades-fim.

Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes posicionou-se da seguinte forma:

Verifico que, enquanto a Súmula 331, III, do TST limita a possibilidade de terceirização à atividade-meio das empresas de telecomunicações, o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997 permite a contratação com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares. Em um juízo sumário de cognição, os termos utilizados não parecem ser sinônimos, o que evidencia a existência de *fumus boni juris* que justifica a concessão da medida liminar pleiteada [...].

Destarte, na prática é impossível vislumbrar critérios legais e objetivos que possibilite uma correta interpretação do que é atividade-fim e atividade-meio. Restando ao julgador utilizar critérios subjetivos e muitas vezes contraditórios, como se observa nos julgados referidos do TST e STF, e em muitos outros litígios, provocando como consequência, insegurança jurídica. Assim sendo, Torna-se imprescindível e urgente uma legislação que estabeleça parâmetros seguro ao aplicador do direito quanto à definição do que vem ser atividade fim ou meio.

3.TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE:

3.1 Responsabilidade da empresa tomadora do segmento privado

A terceirização cria uma relação jurídica trilateral entre a empresa terceirizada, o trabalhador e a empresa contratante, a tomadora. O vínculo empregatício permanece estabelecido entre a empresa terceirizada e o trabalhador. Esta por sua vez, se responsabiliza por todas as obrigações trabalhistas decorrentes da relação empregatícia.

Entre a empresa tomadora e a empresa terceirizada, existe uma relação jurídica de natureza contratual ou comercial. Já entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado há mera relação de trabalho. E o questionamento que surge desta relação é qual seria a responsabilidade do tomador no que tange ao trabalhador, já que não há uma relação contratual ou um vínculo empregatício entre eles?

A resposta veio por meio da jurisprudência trabalhista do TST, na Súmula 331, item IV: “*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.*”

A Súmula fixou o entendimento de que caberia a responsabilidade subsidiária do tomador em relação às obrigações trabalhistas da empresa terceirizada, em caso de inadimplemento. Desde que, claro, este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A palavra “subsidiário” deriva do latim *subsidiarius*, que significa secundário. Responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços)³³.

A Súmula ainda acrescenta no item VI “*A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral*”. (Súmula 331, VI, TST). Este

³³ MARTINS, Sergio Pinto. Contrato de Prestação de Serviços, qual a Responsabilidade do Ente público? Revista Consulex, nº 359. 2012. Pg. 33.

entendimento deriva do fato de que os empregados terceirizados têm direitos às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços.

Cabe ressaltar ainda, que a interpretação da Súmula abrange todas as hipóteses de terceirização lícitas veiculadas na ordem sociojurídica brasileira³⁴, inclusive o trabalho temporário. No caso de contratações irregulares ou ilícitas, a responsabilidade é solidária entre o tomador e a empresa contratada.

Quanto ao fundamento jurídico da responsabilidade subsidiária, este se encontra no art. 186 do Código Civil, que dispõe: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. E do ato ilícito surge a obrigação de indenizar o ofendido, conforme disposição do art. 927, do mesmo Código Civil.

Não obstante os dois artigos citados, o inciso IV da Súmula 331 se baseou também pelo art. 9º da CLT, o qual considera fraude à lei todo ato que confrontar os direitos previstos na CLT. Ou seja, o empregador que sonegar qualquer direito trabalhista, assegurado ao empregado, pratica ato ilícito. Figura-se, nesse caso, o tomador dos serviços que não fiscaliza o cumprimento do contrato, como também não escolhe de forma mais cautelosa as empresas prestadoras dos serviços. Assim, mesmo que a terceirização seja lícita, o tomador poderá se responsabilizar subsidiariamente.

Destarte, a doutrina e a jurisprudência, entendem que a responsabilidade subsidiária do tomador se funda na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, partindo-se do pressuposto que ele agiu com culpa ao contratar a empresa fornecedora dos serviços que violou os direitos dos trabalhadores (culpa *in eligendo*) e por não fiscalizar o cumprimento de obrigações trabalhistas daquela para com esses (culpa *in vigilando*). É o que ensina Sérgio P. Martins:

O fundamento do referido inciso IV é que o não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da prestadora de serviços, indicando que a tomadora tem

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 425

culpa in eligendo e in vigilando pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente para contratar e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas. (MARTINS, 2012, pg. 33).

Assim, se a tomadora é beneficiada pela prestação de serviços do empregado da terceirizada, ela deve responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas de acordo com o entendimento jurisprudencial do TST. Nesse raciocínio, não seria possível determinar o retorno do empregado ao *status quo ante*, porque não pode ser devolvida a energia de trabalho do obreiro, de modo que ele terá de receber seus direitos de quem foi beneficiado pela prestação dos serviços³⁵.

3.2 Responsabilidade do Ente Público

O Tribunal Superior do Trabalho previa a responsabilidade da Administração Pública nos seguintes termos: “*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 8.666/93)*”. (Súmula nº 331, inciso IV, do TST, alteração dada pela Resolução nº 96, de 11.09.2000).

O artigo 71, caput, da Lei de Licitações (nº 8.666/93) a que se refere á Súmula 331, do TST, assim reza: “*O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato*”.

A redação original do § 1º deste artigo, que assim reza: “*A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu*

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Contrato de Prestação de Serviços, qual a Responsabilidade do Ente público? Revista Consulex, nº 359. 2012. Pg. 33.

pagamento...”(art. 71, § 1º, da Lei n. 8666/93), previa indiretamente que a inadimplência não poderia ser transferida para a Administração Pública, que, portanto, não seria responsável solidária nem subsidiária pelo pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários. A Lei posterior nº 9.032/95, só reforçou esse entendimento.

Conforme leciona Delgado:

(...) o texto da Lei de licitações aparentemente pretendeu excluir tais entidades do vínculo responsabilizatório examinado. De fato, estabelece o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.93, que a inadimplência do contratado com referência às dívidas trabalhistas e de outra natureza “...não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento...”. (DELGADO, 2010, pg. 440).

No entanto, a doutrina e a jurisprudência do TST, não acolheram o entendimento da isenção responsabilizatória da administração e suas entidades com o fundamento de que a Lei de licitações desrespeitaria o § 6º do art. 37 da Constituição Federal “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Com base nesse entendimento, o TST e parte da doutrina argumentam a inconstitucionalidade da previsão do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que afronta o § 6º do art. 37 da CF. Conforme leciona Delgado:

Ora, a Súmula 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio de isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º da Lei de Licitações – por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem trabalhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica – proposta construída após largo debate jurisprudencial – regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988... Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos. (DELGADO, 2012, pg. 441).

O texto constitucional do § 6º do art. 37, ora mencionado, trata especificamente da chamada *responsabilidade objetiva* e diz respeito a qualquer dano. O agente, nesses casos, pode ser tanto a pessoa física como a jurídica.

Nesse sentido, a responsabilidade objetiva só poderia ser atribuída à Administração Pública quando esta diretamente for *a prestadora do serviço público ou indiretamente, por sua delegação a particular*. No entanto, na relação trilateral formada pela terceirização, *a Administração Pública é a tomadora dos serviços*.

As empresas terceirizadas que prestam serviços de limpeza ou de vigilância *não são empresas privadas que prestam serviços públicos, mas, sim, empresas privadas que prestam serviços privados*. Portanto, não se enquadram nos limites do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Empresas privadas que prestam serviços públicos são, por exemplo, aquelas que recolhem o lixo ou fazem a varrição de ruas na cidade³⁶.

Assim sendo, em sede de ação declaratória julgada em 24 de novembro de 2010 (ADC nº 16), o STF declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Logo, ele é plenamente aplicável³⁷.

Sergio Pinto Martins expõe que:

Ao proferir seu voto, em determinados momentos do debate, o Ministro Relator Cezar Peluso afirmou que: “[...] esse dispositivo é constitucional. Mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade. É outra matéria. São outros fatos [...] isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos”. Também se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, afirmando que “[...] foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da Súmula, para que haja essa culpa in vigilando, fundamental”. O Ministro Cezar Peluso ainda asseverou: “A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade [...], mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei³⁸”.

No que tange a culpa do ente Estatal, o mesmo autor leciona:

³⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Contrato de Prestação de Serviços, qual a Responsabilidade do Ente público? Revista Consulex, nº 359. 2012. Pg. 33.

³⁷ Idem

³⁸ Idem

Age a Administração Pública de acordo com o princípio da legalidade administrativa (art. 37, CF), observando o procedimento de licitação (art. 37, inciso XXI, CF) na contratação de prestadores de serviços. A Administração Pública direta, as autarquias e fundações públicas não visam ao lucro. Assim, não existe culpa in eligendo da Administração Pública, em razão da necessidade de ser feita licitação para a contratação de prestador de serviços. Em outros casos, deverá ser demonstrada a sua culpa³⁹.

Justamente em função da exigência de licitar que o inciso IV da Súmula nº 331 do TST não pode ser aplicado à Administração Pública direta e indireta. Por isso, ao editar a Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, o TST deu nova redação ao inciso IV e acrescentou o inciso V à Súmula⁴⁰, nos seguintes termos:

- IV- *“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.*
- V- *Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”*

Desse modo, a Administração Pública direta e indireta será responsabilizada subsidiariamente não por causa do inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador terceirizado, mais por sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, e principalmente na fiscalização destas obrigações.

³⁹ Idem

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Contrato de Prestação de Serviços, qual a Responsabilidade do Ente público? Revista Consulex, nº 359. 2012. Pg. 33.

Ora, o ente público que pratica a terceirização com empresa inidônea não só comete a culpa *in eligendo*, mesmo tendo firmado contrato licitatório, mais também incide na culpa *in vigilando*⁴¹.

Já Maurício Godinho Delgado (2007, p. 461, grifo do autor) se manifestou da seguinte forma:

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea [...] comete culpa *in eligendo* [...], mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incido, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos).

Uma forma de verificar se há culpa na fiscalização exercida pela Administração Pública é constatar se houve o recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS pela empresa prestadora de serviços. Outra forma é através da Certidão Nacional de Débitos Trabalhistas da empresa prestadora de serviços, que, inclusive, passa a ser exigência para a participação da empresa na licitação pública. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública, especialmente designada, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, enquanto aquele anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (caput e § 1º do art. 67 da Lei de Licitações). O ente público deve fiscalizar o contratado para que ele cumpra as responsabilidades assumidas em decorrência dos trabalhadores que emprega, do contrário, não deve pagar o valor da sua fatura, antes exigindo a demonstração da quitação das obrigações trabalhistas e previdenciárias. A culpa da Administração Pública, certamente, deverá ser demonstrada pelo empregado⁴².

⁴¹ Idem

⁴² MARTINS, Sergio Pinto. Contrato de Prestação de Serviços, qual a Responsabilidade do Ente público? Revista Consulex, nº 359. 2012. Pg. 33.

3.3 Controvérsias jurisprudenciais a cerca da responsabilização do Ente Público.

Pode-se observar que grande parte das reclamações sobre a terceirização, que são direcionadas ao Supremo Tribunal Federal, envolvem a discutida responsabilidade subsidiária da Administração Pública presente no inciso IV, V e VI da Súmula 331 do TST. As questões que têm envolvido a responsabilidade do ente Público perante o STF têm encontrado guarida no art. 103-A, § 3º da Constituição Federal que reza: “§ 3º - *Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo tribunal Federal que julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso*”. Combinado com o texto da Súmula Vinculante nº 10 do STF: “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

Os posicionamentos da Suprema Corte foram, por muito tempo, favoráveis às disposições presentes na Súmula 331 do TST. Pode-se destacar: Rcl. 10.376 CE, Rcl. 10.416 PA, Rcl. 10.645 PA e Rcl. 10.655 RJ. Em todas, realizadas no ano de 2010, os reclamantes sustentavam que as decisões da Justiça Laboral teriam violado a Súmula Vinculante 10 do STF no que tange à reserva de plenário. Todas as reclamações requeriam, inclusive, o deferimento liminar do pedido, entretanto, todas foram *indeferidas* pelo STF.

Em verdade, a Rcla. 10.376 CE foi ajuizada pelo Município de Ibiapina/CE em 06 de julho de 2010 contra julgados do TRT da 7ª Região que, nos autos dos Recursos Ordinários 591/2008, 010/2009, 013/2009, 014/2009, 015/2009, 016/2009, 017/2009, 092/2009, 094/2009 e 098/2009, afastaram a aplicabilidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) e descumpriram a Súmula Vinculante 10 do STF. Pela reserva de plenário, uma lei só pode ser declarada inconstitucional pelos tribunais se houver voto da

maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Insta observar que, primeiramente, o Juiz da Vara do Trabalho de Tianguá/CE condenou o município de Ibiapina/CE ao pagamento de verbas trabalhistas, atestando a responsabilidade subsidiária do ente público com base na Súmula 331, IV do TST, conforme ementado: “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, INCISO IV, DO TST. A decisão está em sintonia com a Súmula 331, IV, do C. TST. Inegável a responsabilidade indireta do tomador de serviços, ainda que ente público. Recurso ordinário conhecido e desprovido”

No Recurso Ordinário, o Município sustentou a sua ilegitimidade passiva com fulcro no art. 71, §1º da Lei de Licitações, no qual estabelece que, ainda que houvesse inadimplência do contratado, os encargos trabalhistas não devem ser transferidos à Administração Pública – o TST negou o recurso.

Em face da negativa recursal, o Município de Ibiapina ajuizou reclamação constitucional (Rcla. 10376 CE) contra o TST, com pedido de liminar, tendo este sido indeferido pela Ministra Carmen Lúcia, sob o argumento de existir uma exceção ao princípio da reserva de plenário, a qual se encontra no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que expõe: “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Para a Ministra, esta exceção pode ser estendida aos Tribunais Regionais, dispensando-os da instauração de incidentes de inconstitucionalidade nos casos em que o tribunal superior, vinculados, já tenha pronunciado sobre a inconstitucionalidade de determinada norma legal. E continua a Ministra (BRASIL, 2010c, p. 1):

Em casos análogos ao presente, nos quais a responsabilidade subsidiária do poder público por débitos trabalhistas foi reconhecida com fundamento na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm negado seguimento à reclamação, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Pelo art. 21, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “§ 1º Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência”.

Nessa mesma linha segue a Rcl. 10.416 PA. Ajuizada pelo Estado do Pará, em 23 de julho de 2010, contra ato da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que também teria descumprido a Súmula Vinculante 10 do STF nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. AIRR-119140-13.2007.5.08.0009.

No presente caso, o reclamante havia ajuizado reclamação trabalhista contra a Fundação de Estudos e Pesquisas em Administração e Desenvolvimento – FEPAD e o Estado do Pará requerendo o recebimento de verbas trabalhistas. Rejeitada a preliminar de carência de ação – tendo o juiz declarado que existe responsabilidade subsidiária do Estado do Pará pelas verbas trabalhistas, diante da inadimplência da primeira reclamada, em face da ocorrência de terceirização entre os reclamados – o Estado do Pará interpôs Recurso Ordinário n. 01191-2007-009-08-00-5 e posteriormente Recurso de Revista, sendo que ambos foram rejeitados, em conformidade com o item IV da Súmula 331 do TST.

Negando também Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o Recurso de Revista, a Terceira Turma do TST ainda atentou para o comportamento irregular do Estado do Pará em não fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, o que caracterizou a culpa *in vigilando* e conseqüentemente o dever de responder, subsidiariamente, pela inadimplência configurada.

A reclamação foi indeferida também pela Ministra Carmen Lúcia, que fundamentou sua decisão nas Rcls. 7.345, 7.289, 7.812 e 8.020, bem como na Rcl. 10.376, acima apresentada; e, com fundamento no §1º do art. 21 do RISTF, a Ministra ainda destacou alguns julgados (BRASIL, 2010d, p. 1):

Não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão (RE 278.710-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 28.5.2010). E: Controle de constitucionalidade; reserva de plenário (CF, art. 97): aplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C. Pr. Civil (red. da L. 9.756/98), que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (RE 440.458-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 6.5.2005).

Torna-se oportuno destacar, também, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações (8.666/93), afastando a responsabilidade objetiva dos órgãos públicos pelo pagamento de débitos trabalhistas e fiscais de empresas terceirizadas, conforme ementado (BRASIL, 2010b, p. 1):

PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II - Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III – Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10. IV – Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação. (grifo nosso)

Daí porque, em 24 de novembro de 2010, o Ministro Gilmar Mendes reconsiderou uma decisão agravada e julgou procedente a Rcl. 9.894 RO, conforme ementado:

Agravo Regimental em Reclamação. 2. Direito do Trabalho. Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de Órgão Fracionário. Violação à Cláusula de Reserva de Plenário. Súmula Vinculante 10. Ocorrência. 3. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16.71§ 1º. 8.6664. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação (9894 RO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-032 DIVULG 16-02-2011 PUBLIC 17-02-2011)

Esse agravo regimental foi interposto pelo Estado de Rondônia contra decisão monocrática do Ministro Cezar Peluso que não conheceu a reclamação

constitucional, sob a justificativa de que a decisão reclamada seria anterior à publicação da Súmula 10 do STF.

Inobstante a isso, o agravante sustentou que a lesão ao art. 97 da Constituição Federal seria suficiente para o ajuizamento da reclamação. Bem como, a inobservância do procedimento dos arts. 480-482 do CPC pela Súmula 331, IV, do TST veio violar o princípio da reserva do plenário (art. 97, CF), como também o foi em virtude da decisão reclamada ter sido proferida por órgão fracionário.

Ante o exposto, o Ministro Gilmar Mendes deu provimento ao agravo regimental, julgando procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, declarando que o discutido dispositivo da Lei 8.666/93 é compatível com a Constituição, com base no art. 161, parágrafo único, RISTF – “O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. (Acrescentado pela ER-000.013-2004)”, e que, conseqüentemente, o acórdão reclamado seja cassado para que outro seja proferido em seu lugar. Por fim, diante do número de reclamações acerca do mesmo tema, foi determinado o efeito vinculante da decisão, tornando-a monocrática, com base na ADC 16.

Considera-se de extrema importância a ADC 16, principalmente porque ela foi de encontro às decisões da própria Suprema Corte, e que serão novamente destacadas, são elas: Rcl. 10.376 MC/CE, Rcl. 10.416 PA, Rcl. 10.645 PA e Rcl. 10.665 RJ.

Em verdade, com a ADC n. 16, houve a reconsideração das decisões agravadas, precedentes do plenário, citadas acima, e suas posteriores procedências.

Entretanto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2011, p. 361) entende:

[...] embora seja necessário acompanhar a evolução da jurisprudência a respeito do importante tema, é possível dizer que a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas pode ser aplicada quando esta tenha cumprido todos os preceitos da norma relativa a licitações e contratos administrativos, inclusive fiscalizando a empresa ou ente prestador dos serviços contratados,

no sentido de verificar o regular adimplemento dos direitos trabalhistas. Nessa linha, pode-se defender que, conforme o caso em concreto e as suas peculiaridades de fato, ainda é possível a responsabilização do ente público tomador dos serviços terceirizados, quando incorrer em dolo ou culpa na contratação e fiscalização da empresa prestadora, notadamente se restar demonstrada a omissão da Administração Pública no acompanhamento e na exigência da demonstração de regularidade e de quitação das verbas trabalhistas devidas aos empregados da empresa contratada.

4. TERCEIRIZAÇÃO EM DEBATE: PERDAS E GANHOS

Neste capítulo nos dedicaremos a expor as perdas e ganhos decorrentes do processo terceirizante no Brasil, bem como as críticas ou as controvérsias decorrentes do fenômeno, dos quais podemos destacar os principais:

- A) A terceirização como fator de competitividade, redução de custos e aumento de empregos.*

Sabemos que através deste novo método de produção capitalista as empresas conseguiram descentralizar os riscos da produção e de distribuição de bens ou serviços, e transferiram a seus fornecedores com o objetivo de aumentar a produtividade, reduzir os custos, e serem mais competitivas no mercado econômico.

Nesse contexto, a prática terceirizante torna vantajosa aos empresários. Robertella ensina que:

Um dos aspectos mais atraentes da terceirização vem da possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias e em novos produtos. (1994, pg. 236).

Carlos Alberto Ramos Soares de QUEIROZ enumera os principais benefícios da terceirização às empresas:

Gera a desburocratização, alivia a estrutura organizacional, proporciona melhor qualidade na prestação de serviços, contribuindo para a melhoria do produto final, traz mais eficácia empresarial, aumenta a flexibilidade nas empresas, proporciona maior agilidade decisória e administrativa, simplifica a organização, incrementa a produtividade, tem como uma das consequências a economia de recursos humanos, materiais, instrumentais, de equipamentos, econômicos financeiros⁴³.

Percebe-se que há um aumento da qualidade das tarefas realizadas, em virtude da especialização das empresas prestadoras dos serviços. O que provoca também o aumento de produtividade e qualidade na produção, e conseqüente, diminuição do preço dos produtos, possibilitando maior competitividade no mercado econômico.

Outro fator positivo, segundo alguns autores, a terceirização de várias linhas de serviços abre oportunidades para pequenas empresas. Tais firmas seriam as grandes geradoras de empregos formais no país. De fato, há que se falar que conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego, em 2010, dos mais de 2,1 milhões de novos empregos no país, 78% foram gerados por micro e

⁴³QUEIRÓZ, Carlos Alberto Ramos Soares. *Manual de terceirização*. São Paulo: STS, 1992. Pg. 19/20.

pequenas empresas, sendo que 40% destes estão no setor de serviços, onde se concentra a terceirização⁴⁴.

Rubens F. de Castro nesse raciocínio, defende:

A aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de empresas dentro da economia nacional, sendo que essas aumentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social, pois uns dos principais objetivos do Direito do trabalho é o pleno emprego, a garantia de trabalho para todos⁴⁵.

Segundo informações do DIEESE que:

Na esfera dos serviços ligados à indústria se nota uma trajetória ascendente do emprego. Isto decorre, em boa medida, do ajuste realizado pelas grandes empresas que vêm externalizando inúmeras atividades com o intuito de reduzir custos⁴⁶.

Indalécio Gomes Neto radicaliza:

Isto revela que a xenofobia à terceirização, mais prejudica do que ajuda aqueles que necessitam de emprego. Esta expansão da terceirização, ensejando a criação de novas empresas, tem ampliado o mercado de trabalho e poucos ousam dizer que tal contratação visa fraudar a legislação trabalhista (2012, pg. 20).

Nota-se ou percebe-se, que a terceirização é vista até como solução para o grave problema de desemprego no país, pois, haveria o aumento de novas empresas criando novos postos de trabalho, possibilitando o desenvolvimento socioeconômico do país.

No mesma direção, Luiz Carlos Amorim ROBOTELLA fala desta expansão do setor de serviços como fonte de geração de empregos e defende o estímulo da prática de tais atividades:

O elevado número de empresas de prestação de serviços no país, com milhões de trabalhadores, torna essencial uma política legislativa

⁴⁴ Cf. Terceirização e Desenvolvimento. Uma Conta que não Fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT Nacional. Set. 2011.

⁴⁵ CASTRO, Rubens Ferreira de. A terceirização no Direito do trabalho. São Paulo: Melheiros, 2000. Pg.80

⁴⁶ Cf. Terceirização e Desenvolvimento. Uma Conta que não Fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT Nacional. Set. 2011.

de estímulo a essas atividades econômicas, que constituem instrumento de combate ao desemprego⁴⁷.

Indalécio G. Neto na mesma linha de raciocínio defende que:

Não se pode ignorar que a eficiência, a competitividade e escala de produção não são apenas diferenciais em qualquer atividade econômica, mas condição de sobrevivência da empresa. Em um mundo globalizado e de acirrada concorrência, será cada vez mais difícil sobreviver sozinho. É preciso administrar com eficiência, sem prescindir da especialização em cada setor da produção, pois só assim é possível disseminar a atividade econômica e o aumento do emprego (2012, pg. 20).

Portanto, como se vê, do ponto de vista do empresariado e de parte da doutrina que a terceirização é extremamente vantajosa, por proporcionar competitividade, ganho em escala e aumento do lucro, com conseqüente aumento de postos de trabalho e contribui significadamente para desenvolvimento socioeconômico do país.

B) A terceirização provoca a precarização das condições de salário e trabalho

No sentido contrário, parte da doutrina tem visto o fenômeno da terceirização como fator causador de precarização das condições de salário e trabalho do obreiro terceirizado. Esta direção se coaduna com ótica da flexibilização dos direitos trabalhistas uma vez que o fenômeno trilateral em estudo não se enquadraria aos princípios rígidos do modelo empregatício bilateral clássico do Direito Trabalho. Isso significa que num contexto de inovações no método de produção, um sistema jurídico que consagra uma inserção estável de trabalhadores, cercados de regras protetivas, passa a ser visto como entrave e, assim, surge a corrente da flexibilização dos instrumentos normativos de proteção previstos no Direito do Trabalho.

Amauri Mascaro NASCIMENTO leciona que:

Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição

⁴⁷ ROBORTELLA, Luís Carlos Amorin. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. Pg. 255.

pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador, concepção que romperia definitivamente com a relação de poder entre os sujeitos do vínculo de emprego, pendendo a balança para o economicamente forte⁴⁸.

Sergio Pinto Martins acentua que:

Aflexibilização do Direito do Trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existente na relação entre capital e o trabalho⁴⁹.

O novo modelo de produção com base numa relação trilateral se encaixa perfeitamente aos princípios de flexibilização do Direito do Trabalho. Neste sentido o DIEESE menciona:

No que se refere especificamente à mão de obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, ao eliminar para a firma contratante o “problema” dos custos econômicos diretos com o trabalho, dentre os quais admissão, demissão, treinamento e benefícios sociais⁵⁰.

Sob a ótica da flexibilização a terceirização é vista por parte da doutrina como um fenômeno nocivo aos trabalhadores, como ensina Paulo L. Schmidt:

Algumas lógicas perversas estão na gênese da terceirização, e a principal é tornar o custo fixo dos empregados de uma empresa em um custo variável, representado pelos empregados da prestadora. Como não há milagre nisso, esse custo variável se traduz em redução da “despesa” que decorre dos menores salários pagos aos terceirizados, do aumento da jornada, da precarização das condições de trabalho e da transferência de responsabilidade de uma empresa para outra (Schmidt, 2012, pg. 59).

Nesta nova dinâmica empresarial, segundo os autores, os mais prejudicados são os trabalhadores, o elo mais fraco desta relação, e infelizmente, sobre seus direitos é que incide grande parte das fórmulas empresariais de redução de custos e de aumento da competitividade e lucro. Na verdade, não existe mágica, pois, na terceirização só quem se beneficia é o empresário. Ocorre

⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. Pg. 137

⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Pg. 25

⁵⁰ Cf. Terceirização e Desenvolvimento. Uma Conta que não Fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT Nacional. Set. 2011.

geralmente que a empresa escolhida pelo tomador para prestar aquele serviço é justamente a que oferece preços menores. Evidentemente, que a baixa oferta resulta justamente da redução nos salários, direitos, benefícios, e nas condições de trabalho do obreiro terceirizado:

De forma bem pragmática, podemos dizer que a terceirização é boa para empresário, mas não para o trabalhador. Ainda que alguns renitentes insistam em dizer o contrário, parece óbvio que a redução de custos com a mão de obra implica, necessariamente, a redução de direitos dos trabalhadores, mesmo porque em economia não existe mágica. Trata-se de falácia argumentar que a terceirização cria postos de trabalho quando, na realidade, apenas transforma como um “Midas às avessas”, o trabalho digno em trabalho indigno. (LOPES, 2011, pg. 28).

Então argumentar que a terceirização é grande geradora de emprego no país é leviano, ela não cria postos de trabalho. Ao contrário, a terceirização relega o trabalhador a condições indignas de trabalho. Assim critica Souto Maior:

O único aspecto irreversível da terceirização é o rebaixamento da condição humana. Não há, concretamente, como criar um modelo jurídico que, ao mesmo tempo, legitime a terceirização e preserve a eficácia dos direitos dos trabalhadores. (2011, pg. 52).

Na mesma esteira, Delgado, ensina:

É que se constata inegável a criação, pela fórmula terceirizante, de um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício clássico. E esse contraponto de situações socioeconômicas e jurídicas não é tolerado pela ordem constitucional vigorante no país. (DELGADO, 2010, pg. 446)

A relação trilateral formada pelo fenômeno terceirizante produz condições claramente inferiores a do empregado clássico fundada em relação bilateral regido pela CLT. Primeiro porque o obreiro terceirizado não possui a estabilidade gozada se ele fosse empregado da tomadora. Isto devido a grande rotatividade de mão de obra que ocorre nas empresas contratadas. Segundo, porque os salários pagos pela empresa terceirizada são inferiores aos pagos se este pertencesse aos quadros da tomadora do serviço. Neste mesmo sentido, Pochamann afirma:

Destacam-se alguns dos principais impactos gerados no emprego da terceirização. Inicialmente, há presença de forte rotatividade da mão de obra, cuja taxa chega a ser duas vezes maior que a praticada ao trabalhador não terceirizado, que representa, em média, a metade

daquela destinada à mesma função exercida por trabalhador não terceirizado. Na sequência, o pagamento de remuneração ao trabalhador terceirizado, que representa, em média, a metade daquela destinada à mesma função exercida por trabalhador não terceirizado (POCHAMANN, 2012, pg. 11).

Além de não gozarem de estabilidade no emprego, e da baixa remuneração em relação ao trabalhador não terceirizado, o trabalhador da empresa contratante também não possui os mesmos benefícios como auxílio alimentação, auxílio saúde e outros decorrentes de acordo coletivo dos empregados efetivos da empresa a quem ele empresta o serviço:

Os empregados terceirizados não gozam dos mesmos benefícios e condições de trabalho que os empregados diretos da tomadora do serviço. Isso ocorre porque, apesar de prestarem serviços para empresas tomadoras, a categoria profissional a que pertencem é aquela correspondente à atividade preponderante de sua respectiva empregadora, qual seja, a prestadora dos serviços. (MASCARO, 2011, pg. 16).

A Auditoria Fiscal do Trabalho enumera outras consequências danosas do fenômeno aos trabalhadores terceirizados:

A prática da terceirização, em determinados segmentos, de forma ilegal e/ou irregular, com fito de reduzir custos com mão de obra por parte do empresariado, caracteriza-se por uma sequência desordenada de subcontratações (terceirização, quarteirização, quinteirização), prática essa, que impõe aos trabalhadores subordinados condições de trabalho cada vez mais precárias, sem garantias de seus direitos laborais, expondo-os aos riscos decorrentes dessas atividades (...) não lhes são assegurados os mesmos direitos dos trabalhadores da atividade principal, previstos em acordo e convenções coletivas de trabalho, verificando-se remuneração inferior ao piso da categoria; não concessão de benefícios como convênios médicos, odontológicos, alimentação, etc.; deterioração das condições de trabalho (jornada, descansos, saúde e segurança); rotatividade de mão de obra com desemprego periódico e sazonal. (REIS, 2011, pg. 14)

É o problema das condições precárias de trabalho do terceirizado. É notório que a empresa tomadora através da terceirização, quer realizar o trabalho ao um custo menor. E este é o foco, não importa se os trabalhadores estão em boas condições de trabalho ou não, a ideia é reduzir despesas no intuito de obter lucro. Isso, muitas vezes através de sequências desordenadas de subcontratações. O resultado desta busca desenfreada pelo lucro são as frequentes ocorrências de acidentes e doenças ocupacionais dos trabalhadores terceirizados, em razão dos baixos investimentos na área.

As empresas prestadoras, em geral, garantem seu lucro com a exploração da mão de obra e a precarização do trabalho. Desse modo, outra não poderia ser a conclusão: as condições laborativas oferecidas aos trabalhadores terceirizados, por essas empresas prestadoras, são no mínimo insuficientes para assegurar a sua saúde e segurança no ambiente de trabalho.

Portanto, com base nesses argumentos doutrinários, são notórios os efeitos colaterais advindos do fenômeno terceirizante, dos quais podemos resumir: criação de empregos precários e eventuais; causa de subemprego e desemprego; causa de redução salarial, pois algumas empresas visam pagar menos do que pagariam aos especialistas se estes fossem seus empregados; piora sensível nas condições de saúde e segurança do trabalho dos empregados prestadores de serviços; eliminação dos benefícios sociais diretos e indiretos; rotatividade de mão de obra, gerando insegurança no emprego.

C) O fenômeno enfraquece a organização sindical do trabalhador terceirizado.

E quanto à organização sindical? Será que com a ausência de um empregador comum, nesse novo modelo, a organização sindical não resta enfraquecida? Isso não dificulta o alcance do trabalhador às melhorias sociais?

Como resposta a este questionamento basta analisar o relatório divulgado pelo DIEESE que delinea os principais benefícios da terceirização aos empresários. Entre os aspectos positivos elencados estão: um novo relacionamento sindical, desmobilização dos trabalhadores para reivindicações, desmobilização para greves, eliminação das ações sindicais e eliminação das ações trabalhistas⁵¹. Nota-se que os aspectos positivos elencados estão ligados diretamente à desmobilização de ações sindicais, trabalhistas e de movimentos grevistas. Aspectos que não estão ligados diretamente com a produção⁵².

⁵¹ Cf. Relatório Técnico DIEESE. O processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil, Pg. 6. Disponível em: www.mte.gov.br. Acesso em 01.10.2012.

⁵² Idem

Isto se deve ao fato de que um sindicato com uma base forte e coesa acaba se tornando um entrave para os objetivos de competitividade e aumento do lucro das empresas.

Com a transferência de etapas do processo produtivo e do vínculo empregatício à empresa terceirizada, a empresa tomadora consegue desmobilizar ações e greves de organizações sindicais, pois, estes não são mais de sua responsabilidade, e sim da empresa contratada. Porém, em razão da instabilidade no emprego eo alto índice de rotatividade, acabamque desestimulando e enfraquecendo qualquer tentativa de organização sindical.

Outro fato que dificulta a organização e atuação sindical do obreiro terceirizado é a pulverização da força de trabalho, conforme ensina Delgado:

A ideia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, os quais servem a dezenas de diferentes tomadores de serviços, integrantes estes de segmentos econômicos extremamente díspares, é simplesmente um contrassenso. Sindicato é unidade, é agregação de seres com interesses comuns, convergentes, unívocos. Entretanto, se o sindicato constitui-se de trabalhadores com diferentes formações profissionais, distintos interesses profissionais, materiais e culturais, diversificadas vinculações com tomadores de serviços – os quais, por sua vez, têm natureza absolutamente desigual –, tal entidade não se harmoniza, em qualquer ponto nuclear, com a ideia matriz e essencial de sindicato.

(Grifo do autor). (DELGADO, 2012, pg. 450).

A terceirização desorganiza perversamente a atuação sindical e praticamente suprime qualquer possibilidade eficaz de ação, atuação e representação coletivas dos trabalhadores terceirizados⁵³. Neste sentido, de acordo com Viana:

Hoje, os trabalhadores – especialmente os terceirizados – vagam no espaço e no tempo. Vão e voltam, passando do emprego ao desemprego, ao subemprego e a um novo emprego, numa relação de permanente **curto-circuito**. É difícil identificá-los e reuni-los, pois o sindicato não tem a mesma plasticidade⁵⁴. (Grifo do autor).

Isto dificulta a formação de uma base sindical coesa e forte. Desta feita, a organização sindical dos trabalhadores sindicais, mesmo quando conseguem

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 450.

⁵⁴ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira.

se formar estas são bem mais frágeis em comparação aos sindicatos das empresas tomadoras.

Sem contar que algumas empresas terceirizadas possuem empregados espalhados por várias cidades ou Estados, ou de várias especialidades diferentes, com interesses diferentes, inclusive como objetivos e pretensões totalmente contraditórias, pois, varia conforme o ambiente o qual estão inseridos. Todos estes fatores enfraquecem ou impedem a formação de uma identidade de classe ou uma representação sindical eficiente que defenda os interesses dos trabalhadores terceirizados.

Desta feita, tais circunstâncias impedem a formação ou provoca o enfraquecimento dos sindicatos representantes das categorias dos trabalhadores terceirizados, que muitas das vezes são mais frágeis que as organizações sindicais dos empregados da tomadora. Com a base sindical enfraquecida, os trabalhadores das prestadoras perdem o poder de negociação ou barganha junto às empresas terceirizadas, no que tange a suas condições de salário e trabalho, obstaculizando o acesso dos trabalhadores terceirizados o alcance de melhorias sociais.

D) Isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e os trabalhadores da tomadora dos serviços de mesma categoria.

Como já sabemos, os trabalhadores terceirizados recebem salários bem inferiores aos pagos aos trabalhadores da empresa tomadora. No entanto, a contratação terceirizada não pode, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalente na empresa tomadora de serviços. Sendo devido nesse sentido, para garantir a isonomia entre estes trabalhadores, o devido salário equitativo.

Sendo assim, o trabalhador terceirizado deverá receber a mesma remuneração que recebe o empregado da empresa tomadora, sem prejuízo das devidas verbas trabalhistas inerentes à função.

Defende-se este entendimento baseado no art. 12 da Lei 6.019/74 que prevê tratamento salarial isonômico entre o trabalhador temporário e o trabalhador da empresa tomadora. Infelizmente, a Súmula 331 do TST não deu a devida atenção a este fato, pois seria um grande avanço e resposta a uma das principais críticas ao fenômeno: a precarização das condições de salárioprovocada pela terceirização.

Mesmo com a negligência da Súmula 331, do TST, parte da doutrina tem defendido que o benefício da isonomia salarial aplicados ao trabalhador temporário deve ser estendido às outras formas de terceirização.

Não se justifica, contudo, essa resistência à aplicação do critério isonômico remuneratório a todas as situações de terceirização pactuadas no mercado de trabalho⁵⁵. Ao não se permitir a extensão do direito de isonomia salarial aos trabalhadores terceirizados afronta-se o preceito constitucional que preceitua a não discriminação na ordem jurídica “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico, e intelectual ou entre os profissionais respectivos”(art. 7º, XXXII, da CF), preceito que se coaduna com o art. 3º, parágrafo único, da CLT, além de se harmonizar com o princípio isonômico previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal.

Desse modo, se aos trabalhadores terceirizados temporários que desempenham a mesma função dos empregados efetivos da tomadora, por um dado período de tempo, é assegurada a remuneração equitativa, qual seria o argumento para não se aplicar tal norma também ao trabalhador terceirizado permanente que pertence à mesma categoria do efetivo da empresa? Ora, se ambos executam as mesmas funções e pertencem à mesma categoria, não se justifica o tratamento desigual que vêm recebendo em alguns casos.

Neste sentido ensina Delgado:

[...] a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero

⁵⁵DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho – 9. Ed. – São Paulo: LTr, 2010, pg. 446.

veículo dediscriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixandodrasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercadode trabalho do país. Reduzir a terceirização a um simples mecanismode tangenciamento da aplicação da legislação é suprimir o que podehaver de tecnologicamente válido em tal forma de gestão trabalhista,colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramojurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações detrabalho na sociedade contemporânea. (DELGADO, 2010, pg. 447).

Na mesma linha de entendimento, esclarece Hazan que:

Com relação ao salário equitativo, merece ser destacado o tratamentoisonômico entre o trabalhador terceirizado e o da empresa tomadorade serviços. Com efeito, a Lei n. 6.019/74 garante, em seu art. 12,remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesmacategoria da empresa tomadora ou cliente, calculada à base horária.Desta forma, o tratamento isonômico, notadamente o de aspectosalarial, é plenamente aplicável às situações que envolvam otrabalhador temporário e o terceiro⁵⁶.

A implementação da isonomia salarial e sua aplicação a todas as formas decontratações terceirizadas garante ao trabalhador terceirizado maior dignidade erespeito. Não é admissível na ordem jurídica que pessoas com a mesma capacidade laborativa, ocupantesda mesma categoria e que laboram na mesma empresa sofram qualquer tipo dediscriminação.

4.10 caminho para a solução pacífica das controvérsias é a regulamentação.

No estado atual que se encontra a economia brasileira percebe-se que quase tudo, encontra-se terceirizado. Quando viajamos de avião – a emissão de passagens, a limpeza de aeroportos e aeronaves, fornecimento de alimentos –; o carro que usamos no dia a dia; os serviços bancários; a indústria; os setores de serviços; e a própria Administração Pública tem se utilizado do método terceirizante. Portanto, a maioria dos bens e serviços que consumimos quase

⁵⁶ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais? *In*: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. (Coord.) **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 287.

tudo é fruto de um processo terceirizante. É uma realidade na qual estamos envolto, e não podemos ignorar.

Portanto, a terceirização é fato inconteste. Não há como desprezar o fenômeno, não tem como esconder o luzeiro em meio à escuridão. É um fato social visível que nasceu, cresceu e se desenvolveu, porém, à margem da lei. E passam-se os anos, cinco anos, dez, quinze ou mais, e inacreditavelmente, não se edita nenhuma lei que regule a terceirização. Estamos diante da advertência de George Ripert: “*quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o direito*⁵⁷”.

Alerta Delgado:

(...) O fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do trabalho no país. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica. (DELGADO, 2010, pg. 417).

E no mesmo sentido, continua:

Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que se tem hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justrabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental. (DELGADO, 2010, pg. 416)

A legislação brasileira infelizmente sempre foi omissa quanto à regulamentação do fenômeno terceirizante. Não há na ordem jurídica nacional regras que discipline a terceirização e que viabilize a sua aplicação. E diante do silêncio legislativo, como vimos, a tarefa de estabelecer as normas específicas dessa

⁵⁷ ABDALA, Vantuil. Terceirização Por Que Normatizar? Revista Consulex. Nº 359. 2012, pg. 46.

matéria ficou a cargo da jurisprudência trabalhista. Cada vez mais criticada pelos doutrinadores.

Aliás, questiona-se na doutrina, se porventura a interferência do TST ao pretender legislar sobre matéria não regulada em lei, relativo à terceirização, não seria inconstitucional, já que impõe restrições que a lei não proíbe. E conseqüentemente, violaria o princípio da legalidade previsto na carta magna em seu art. 5º, inciso II. O raciocínio seria que naquilo que a lei não restringe, não cabe ao seu aplicador (o juiz) restringir.

Cumpra registrar o acórdão da 2ª turma do TRT da 1ª região:

Súmula 331 do TST não pode ser objeto de inconstitucionalidade, pois apenas serve de diretriz e pacificação da jurisprudência trabalhista, não vinculando o julgador, nem possuindo conteúdo normativo. Ademais o STF ao julgar sua ADC n. 16/DF, que trata da responsabilidade subsidiária do ente público, não afastou a aplicação da aludida jurisprudência cristalizada do TST. Justamente para se adaptar ao decidido pelo STF, na ADC 16, é que o TST, atualizando sua súmula 331, acrescentando seu item V.(acórdão da 2ª turma do TRT da 1ª região. Responsabilidade subsidiária. Súmula de n. 331 do TST. Objeto de inconstitucionalidade. Impossibilidade 15.09.2011)

Os tribunais do trabalho defendem e reafirmam a legalidade da súmula 331, do TST, alegando que a mesma não possui conteúdo normativo, pois, tem como propósito apenas de servir de diretriz e pacificação jurisprudencial e, portanto, não poderia ser objeto de inconstitucionalidade.

Assim, não estaria usurpada a competência legislativa do Congresso Nacional. O TST argumenta que apenas esta suprindo uma lacuna normativa através de um vetor jurisprudencial que não vincula o julgador.

No entanto, a Súmula 331 do TST, ainda é insuficiente para delimitar o fenômeno com todas as suas peculiaridades, pois, ainda gera muitas dúvidas e questionamentos. E o resultado claro desta lacuna legislativa aos atores envolvidos é a insegurança jurídica.

E acaba que todos sofrem com este eterno silêncio legislativo. Como bem argumenta Vantuil Abdala:

Os trabalhadores, porque são vítimas das fraudes, por parte das prestadoras de serviços inidôneas; as prestadoras de serviço idôneas, pela imagem negativa de sua atividade e, ainda, pela concorrência predatória; as tomadoras de serviços de boa-fé, pela indefinição normativa e inseguranças jurídicas; e, por fim, o próprio Estado, vítima não só como o tomador de serviços, como também enquanto arrecadador do que lhe é devido em contribuições fiscais e previdenciárias. Some-se a isto a questão grave, relativa à saúde e à segurança na prestação de serviços terceirizados no que tange aos trabalhadores. (ABDALA, 2011, pg. 46)

Sem contar a dimensão da litigiosidade que cerca o tema nos tribunais:

Basta observar que existem mais de dez mil processos no TST em que se discute a licitude da terceirização, ou em que o trabalhador cobra do tomador de serviços seus créditos trabalhistas que não recebeu da empresa interposta. Se levarmos em conta que chegam ao TST, apenas dez por cento das demandas judiciais de todo o país, dar para perceber a dimensão da insegurança jurídica que nos encontramos em razão da ausência de regulamentação dessa espécie de contratação.(ABDALA, 2011, pg. 46).

Portanto, mesmo diante da insegurança jurídica e a grande litigiosidade do fenômeno nos tribunais, continuamos sem uma legislação que possibilite a sua aplicação prática.

A precarização não é da essência da terceirização, pelo que poder ser consideravelmente diminuído com a regulamentação.

Atualmente várias proposições legislativas tramitam hoje no Congresso Nacional a fim de regulamentar a questão.A maioria dos projetos em trâmite pretende alterar a lei 8.666/93, para regulamentar a terceirização dos serviços no setor público, como por exemplo, os projetos 1.292/1995, 1.587/2003, 6.420/2005 e 6.894/2006.

Em se tratando do setor privado, destaca-se o projeto 5.439/2005 que proíbe a utilização de mão-de-obra interposta e os projetos 1.621/2007 e 6.832/2010, que pretendem regulamentar a terceirização proibindo sua utilização em atividades-fim das empresas.

O Projeto 5.439/2005, em junho de 2005, foi apensado ao 4.330/2004, de autoria do empresário e Deputado Federal Sandro Mabel (PL-GO), que prevê a total inexistência de vínculo empregatício entre a empresa contratante e os empregados da empresa contratada, determinando que as relações entre as

empresas devam ser regida pelas normas de Direito Civil. E também defende a terceirização de atividade-fim da empresa, e autorizando inclusive o fenômeno da quarteirização.

Ambos os projetos estão sem movimentação desde agosto/2009, quando foram remetidos à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados.

No entanto, o que deveria prevê a nova legislação? É necessário, segundo Abdala:

Que se estabeleçam requisitos para a criação e o funcionamento de empresas prestadoras de serviços a terceiros, a delimitação do objeto do contrato e da forma de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte destas, (ABDALA, 2011, pg. 46).

A nova legislação deve prevê um controle fiscalizatório rigoroso no cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa terceirizada. A Certidão Nacional de Débitos Trabalhistas da empresa terceirizada deve ser de exigência obrigatória nos contratos de prestação de serviços do segmento privado, assim como já é obrigatório no segmento estatal.

Além disso, deve-se estabelecer um critério legal para definir os conceitos de atividades-fim e atividades-meio. A sua devida compreensão facilita a interpretação da licitude e ilicitude da terceirização - tão importante ao operador do direito - o que vai evitar muitas injustiças. Deve ser vedada expressamente a subcontratação em cadeia, em que a responsabilidade do tomador vai se diluindo em sequências de terceirização, fenômeno conhecido com quarteirização, quinteirização, e assim segue.

As questões relativas à saúde, segurança, higiene e salubridade no ambiente de trabalho deve merecer especial atenção por parte da nova regulamentação, pois, trata-se do princípio da dignidade do trabalhador. E também, atento a esse princípio e ao princípio da isonomia, em que o

trabalhador terceirizado, que executa as mesmas funções do empregado da tomadora, não seja tratado de forma discriminatória⁵⁸.

Precisamos de uma legislação que possibilite um tratamento isonômico salarial entre o trabalhador terceirizado permanente e empregado da empresa tomadora, sendo devido o salário equitativo entre estes trabalhadores baseado no art. 12 da Lei 6.019/74.

Quanto à responsabilidade do tomador do segmento privado, deve ser eleita a solidária em vez da subsidiária com vistas a preservar os direitos dos trabalhadores. Facilitando os créditos trabalhistas em caso de litígio, e pressionando as empresas tomadoras a serem mais criteriosas na escolha das empresas interpostas antes de firmarem contrato. Neste sentido, ensina Paulo SHHMIDT:

(...)nos casos em que a lei venha autorizar a terceirização, deverá a tomadora responder solidariamente com a prestadora pelo pagamento dos eventuais créditos trabalhistas dos empregados da contratada, a exemplo do que já ocorre com o crédito previdenciário (2012, pg. 59).

As delongas nas execuções das prestadoras de serviços incapazes de adimplir suas obrigações trabalhistas por estarem por exemplos falidas tem causado muitos transtornos aos trabalhadores na prática e merece atenção da nova lei. A responsabilidade subsidiária não tem sido suficiente para garantir os direitos dos trabalhadores. Devendo ser estabelecido a responsabilidade solidária do tomador.

Quanto ao ente estatal, o Supremo Tribunal Federal em decisão recente, a princípio, decidiu que não há responsabilidade da Administração Pública direta e indireta, e é justamente onde se verificam as maiores irregularidades. A nova legislação deverá dar atenção especial a esta temática.

Outro ponto que precisa ser discutido na nova norma é a inserção sindical desses trabalhadores terceirizados. Hazan propõe que:

⁵⁸ ABDALA, Vantuil. Terceirização Por Que Normatizar? Revista Consulex. Nº 359. 2012, pg. 46.

[...] o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados se define pela atividade empresarial desenvolvida pela empresa rede ou tomadora dos serviços, até mesmo porque as atividades desenvolvidas pela terceira estão vinculadas, direta e subordinadamente, à atividade fim da tomadora dos serviços, que, antes deste regime de terceirização, era efetivamente realizada e gerenciada por ela. Portanto, não há como negar que os trabalhadores que estão prestando serviços à empresa tomadora através de empresa interposta possuem o mesmo enquadramento sindical dos trabalhadores daquela empresa principal, seja pela definição de grupo econômico, seja pela responsabilidade solidária prevista na lei, seja pelas previsões da Súmula 331 do TST, seja pela subordinação entre terceira e tomadora⁵⁹.

Ao se permitir o enquadramento do trabalhador terceirizado no sindicato das empresas tomadoras, realiza-se o princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro, além de cumprir a finalidade teleológica do Direito Laboral de melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Tal entendimento perfaz-se, ao considerar que o referido sindicato é mais forte e possui maior poder de negociação perante a empresa. O enquadramento sindical do obreiro terceirizado assume peculiar relevância de Delgado, para quem:

[...] a adequação jurídica da terceirização permitirá conferir verdadeira **eficácia social**, **efetividade**, ao princípio do ser coletivo obreiro notocante aos trabalhadores terceirizados. [...] sem dúvida, reduzirá a perversidade do processo terceirizante, permitindo a um sindicato mais forte e dinâmico retificar, mesmo que em parte, as mais desfavoráveis condições de labor dos trabalhadores terceirizados (Grifos do autor). (DELGADO, 2010, pg. 451).

Deve-se, pois, unir forças e vozes para o aperfeiçoamento do instituto, em nome da segurança jurídica, indispensável ao progresso econômico e ao convívio social e, ainda, em nome de um trabalho decente do respeito à dignidade da pessoa humana, apanágio de um verdadeiro regime democrático⁶⁰.

⁵⁹HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais? *In*: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. (Coord.) **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 287.

⁶⁰ABDALA, Vantuil. Terceirização Por Que Normatizar? *Revista Consulex*. Nº 359. 2012, pg.46.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo primordial analisar a problemática da ausência de regulamentação do fenômeno da terceirização no Brasil. E como esta tem provocado tanta polêmica e controvérsias no meio jurídico, e grande litigiosidade na justiça do trabalho, e claro, provoca aos atores envolvidos profunda insegurança jurídica.

Porque não normatizar? Como vimos, não é mais uma questão de ser contra ou a favor da terceirização, se ela precariza as condições de salário e trabalho do obreiro ou se proporciona aumento e a geração do emprego, ou se ela enfraquece os sindicatos de trabalhadores, ou fortalece a economia com a possibilidade de proporcionar maior competitividade às empresas, mais é uma questão de regulamentar a terceirização.

Muitos dos problemas que os críticos alegam que decorre do fenômeno terceirizante resolveriam sensivelmente com a regulamentação. Na verdade só ocorrem porque não há uma legislação que estabeleça parâmetros seguros e que possibilitem um equilíbrio entre os interesses dos empregadores e a preservação dos direitos dos trabalhadores. Como analisado, a precarização não é exclusivo e nem da essência da terceirização, pois, pode haver condições precárias de salário e de trabalho em qualquer relação trabalhista.

Alguns doutrinadores chegam a clamar pelo fim do fenômeno por entenderem que só os empregadores se beneficiam da prática terceirizante. No entanto, como vimos depois de uma longa evolução histórica do fenômeno no Brasil e no mundo, e do estágio atual que se encontra a terceirização, entranhada culturalmente na economia brasileira, pensar em proibir o fenômeno, seria impossível. Não resta alternativa, a não ser regulamentar.

Através da análise da evolução normativa das leis que versam sobre a terceirização, observamos que elas não conseguiram abranger todos os aspectos, peculiaridades e complexidades do fenômeno. Assim sendo, ficou a cargo da jurisprudência trabalhista, suprir a lacuna legislativa através das súmulas 256 e 331 do TST, sendo esta última, o único diploma legal atual a cerca do fenômeno.

No entanto, a súmula em comento se revelou também insuficientes para abranger o fenômeno na sua totalidade. Além disto, os critérios de licitude quanto à atividade-fim ou meio, trouxeram muitas dúvidas e questionamentos no meio jurídico, provocando decisões contraditórias nos tribunais trabalhistas e na suprema corte. Essas contradições refletem bema angústia do aplicador do direito em estabelecer com segurança o que realmente é atividade-fim ou

atividade-meio, sendo atribuídos a eles poderes subjetivos demasiados no que se refere a estas definições. E é justamente isso, que provoca tantas controvérsias e litigiosidade. E não só isto, também no que tange a discutida responsabilidade subsidiária da Administração Pública presente na Súmula 331 do TST. Fato este que tem provocado celeuma nos tribunais trabalhistas e tem sido alvo de reclamações junto ao STF, que cada vez mais tem tomado decisões que contrariam a referida súmula.

E mesmo diante de tais circunstâncias, passam-se os anos e nada do legislativo se pronuncia e resolve o maior problema da terceirização no Brasil: a falta de normas que viabilizem a aplicação prática do fenômeno.

Mas, evidente que se devem estabelecer parâmetros para a edição de uma nova lei abrangente a cerca do tema. Deve-se observar que deverá haver um controle fiscalizatório rigoroso no cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa terceirizada; deve-se estabelecer um critério legal para definir os conceitos de atividades-fim e atividades-meio na prática; deve ser vedado expressamente o fenômeno conhecido com quarterização; deve ser observado também, as questões relativas à saúde, segurança, higiene e salubridade no ambiente de trabalho, pois, trata-se do princípio da dignidade do trabalhador; e na mesma esteira, preveja um tratamento isonômico salarial entre o trabalhador terceirizado permanente e empregado da empresa tomadora, e que aquele não seja tratado de forma discriminatória; quanto à responsabilidade do tomador do segmento privado, deve ser eleita a solidária em vez da subsidiária com vistas a preservar os direitos dos trabalhadores; quanto ao ente estatal, quanto a responsabilidade da Administração Pública direta e indireta, ficar atento, pois, é justamente onde se verificam as maiores irregularidades; outro ponto que precisa ser discutido na nova norma é a inserção sindical desses trabalhadores terceirizados, pois, só assim é possível que os trabalhadores possam se organizar e lutar por melhores condições de salário e trabalho.

Portanto, é fundamental e urgente a regulamentação da terceirização, pois, é o único caminho para a solução pacífica das controvérsias, para resolver os milhares de processos que tramitam na Justiça do Trabalho a cerca

do tema, e proporcione a segurança jurídica aos atores envolvidos, ou seja, os trabalhadores, empregadores e o próprio Estado como tomador ou arrecadador de impostos.