PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BRUNO NARCISO

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BRUNO NARCISO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de pós-graduação *lato sensu* de Direto, na área de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Ms. Zelia Maria Cardoso Montal.

São Paulo

2016

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela vida que me deu e por tudo de bom que tem me proporcionado;

Aos meus pais, pelo incansável suporte e infinito amor;

Ao meu irmão Joaquim, pela amizade eterna, sincera e verdadeira;

Aos tios Fernanda e Flávio, e à minha prima Alice, para que os laços harmoniosos de família sejam perpétuos;

À minha avó Lina, que do céu guia meus passos;

Aos meus amigos Douglas Otsuka Degan, Renan Leite, Felippe Russo e Gabriel Pitoscia, pela amizade que supera o tempo;

Ao professor Adalberto Martins, pelas aulas que me motivaram a estudar Direito do Trabalho, meu modelo de professor;

À professora Zelia Montal, orientadora desta monografia, pela coordenação de debates que tanto contribuíram para minha formação acadêmica e pelo carinho com que sempre me tratou.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a teoria da subordinação estrutural. Trata-se de conceito novo introduzido no Brasil, amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, e que afeta diretamente o instituto da terceirização. Para os adeptos da teoria, é subordinado o trabalhador inserido no processo produtivo, na dinâmica e na estrutura da empresa, mesmo que não receba ordens diretas do tomador de serviços. A introdução desta teoria no Brasil teve como objetivo suprir uma lacuna da legislação, que não acompanha a evolução das relações de trabalho. Contudo, a teoria da subordinação estrutural encontra fundamento em teorias anticontratualistas, não adotadas pelo Brasil. Ainda, carece de amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Contrato de trabalho, prestadora de serviços, relação de emprego, subordinação, subordinação estrutural, terceirização, tomadora de serviços.

ABSTRACT

The following academic work aims to analyze the theory of structural subordination, which is a new concept introduced in Brazil, widely accepted by doctrine and jurisprudence, that directly affects the outsourcing institute. For the adherents of this theory, the worker is subordinated to the productive process, also to the dynamics and structure of the company, even if it does not receive direct orders from the borrower of services. The introduction of this theory in Brazil was intended to fill a gap in legislation, which does not follow the evolution of labor relations. However, the theory of structural subordination is based on anti-contractualist theories, not adopted in Brazil. In summary, it still lacks legal protection in the Brazilian legal system.

Keywords: Labor contract, service provider, employment relationship, subordination, structural subordination, outsourcing, borrower of services.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT- Consolidação das Leis do Trabalho

CPC- Código de Processo Civil

H- Horas

LINDB- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OAB- Ordem dos Advogados do Brasil

OJ- Orientação Jurisprudencial

TRT- Tribunal Regional do Trabalho

TST- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....10

2. CONTRATO DE TRABALHO.....12

2.1. Denominação.....12

2.2. Conceito.....13

2.3. Requisitos do contrato de trabalho.....14

2.3.1. Pessoa natural ou física.....14

2.3.2. Pessoalidade.....14

2.3.3. Não-eventualidade.....15

2.3.4. Subordinação.....16

2.3.5. Onerosidade.....16

2.4. Classificações.....16

2.5. Elementos do contrato de trabalho.....17

2.5.1. Existência.....17

2.5.2. Validade.....17

2.5.3. Eficácia.....19

2.6. Teorias sobre a natureza jurídica da relação de emprego.....21

3. SUBORDINAÇÃO.....25

3.1. Conceito.....25

3.2. Evolução das relações de trabalho.....27

4. TERCEIRIZAÇÃO.....34

4.1. Conceito.....34

4.2. Histórico.....35

4.3. Formas lícitas e ilícitas de terceirização.....38

4.4. Responsabilidade das empresas na terceirização.....45

5. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL.....50

5.1. Conceito.....50

5.2. Análise crítica da teoria da subordinação estrutural.....52

6. CONCLUSÃO.....60

BIBLIOGRAFIA.....63

1. INTRODUÇÃO

É por meio do contrato de trabalho que são definidas as condições pactuadas no vínculo empregatício. Nos conformes do artigo 433 da CLT, o contrato pode ser verbal, tácito ou expresso.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a natureza contratualista do contrato de trabalho. Com isso, pode-se dizer que o contrato de trabalho é negócio jurídico, de caráter privado, gerador de obrigação para as partes, que o pactuam por livre e espontânea vontade. Da pactuação verbal, tácita ou expressa do contrato de trabalho é que surge a relação de emprego.

Contudo, apesar da aceitação, pelo Direito brasileiro, da natureza contratualista do contrato de trabalho, teorias anticontratualistas influenciam julgamentos sobre o tema.

Para a teoria anticontratualista, que se subdivide em teoria da relação de emprego e teoria institucionalista, não importa a manifestação de vontade para formação do vínculo empregatício.

Para a teoria anticontratualista da relação de emprego, para formação de vínculo empregatício, basta apenas que o trabalhador pratique atos de emprego. Já para anticontratualista institucionalista, basta que o empregado esteja inserido na estrutura da empresa.

Atualmente, é incontestável que a globalização e a facilidade das novas tecnologias alteraram, profundamente, as relações de emprego. No entanto, a legislação brasileira não acompanhou a evolução dessas relações, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico ainda é pautado em uma subordinação jurídica clássica que não mais se adequa aos dias atuais.

Para superar essa verdadeira lacuna legislativa, foi importada para o Brasil a teoria da subordinação estrutural, que possui origens em teses anticontratualistas da natureza jurídica da relação de emprego.

São muitos os julgados atuais decidindo com fundamento na subordinação estrutural, o que possui impacto direto no instituto da terceirização.

Nesta monografia, será feita uma análise da evolução das relações de emprego, com aprofundamento do estudo da teoria da subordinação estrutural, para que se possa averiguar se essa teoria, de fato, é válida para a superação da problemática da ausência de leis que devidamente regulem a relação empregatícia no Brasil.

2. CONTRATO DE TRABALHO

2.1 Denominação

O contrato de trabalho define os termos e as condições pactuadas no vínculo empregatício existente entre empregado e empregador. O contrato de trabalho, nos termos do artigo 443 da CLT, pode ser escrito ou verbal, tácito ou expresso.

A relação de trabalho é gênero que engloba diversas espécies, dentre elas a relação de emprego. Por esse motivo, muitos doutrinadores criticam a denominação "contrato de trabalho"[1], pois o mais correto seria "contrato de emprego". Dentre os doutrinadores, faço menção a Amauri Mascaro Nascimento[2]:

> O vértice do direito do trabalho não é todo trabalhador, mas um tipo especial dele, o empregado. Há vários outros tipos de trabalhadores que não estão incluídos no âmbito de aplicação do direito do trabalho. Não há uma definitiva orientação quanto aos tipos de trabalhadores que não estão incluídos no âmbito de aplicação do direito do trabalho. Predomina o entendimento segundo o qual o trabalho que deve receber a proteção jurídica é o *trabalho subordinado*. O trabalhador subordinado típico é o empregado. A CLT é basicamente uma Consolidação das Leis dos Empregados. A Justiça do Trabalho é uma Justiça dos Empregados. Portanto, esse esclarecimento se faz necessário. A expressão "contrato de trabalho" não dá a noção exata do objeto a que se refere, da mesma maneira que a expressão "relação de trabalho" merece idêntica crítica.
>
> (Destaque no original)

Contudo, a denominação "contrato de trabalho", referindo-se à relação entre empregado e empregador, é amplamente utilizada pela jurisprudência e inclusive na CLT[3]. O próprio Título IV da CLT trata do "Contrato Individual de

---

[1] MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p . 114, GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 135 e 136; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37ª Edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 155

[2] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37ª Edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 155

[3] Vide artigos 11, II; artigo 16, caput; artigo 59, § 3º, artigo 130, *caput*; dentre outros.

Trabalho”. Por isso, apesar da atecnia, nesta monografia será adotada a expressão “contrato de trabalho”.

Prevalece no Brasil a teoria da natureza contratual, para a qual o contrato de trabalho é negócio jurídico, fonte de obrigações para as partes, possuindo caráter privado. Sendo negócio jurídico, de intuito negocial, a formação e a manutenção do contrato de trabalho dependem de ato jurídico voluntário das partes, ou seja, o contrato só pode produzir efeitos com o livre consentimento das partes envolvidas.

Contrato de trabalho e relação de emprego são expressões diferentes que se referem ao vínculo entre empregado e empregador. Na verdade, pode-se dizer que o contrato de trabalho é o ato que dá origem à relação de emprego. Nos exatos termos do artigo 442 da CLT, “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

2.2 Conceito

Como o contrato de trabalho reflete a relação de emprego existente entre os contratantes, os requisitos do contrato são os mesmos que os da relação de emprego, constantes dos artigos 2º e 3º da CLT.

Por isso, o contrato de trabalho pode ser conceituado como negócio jurídico entre um empregado (pessoa física) e um empregador (pessoa física ou jurídica), para que o primeiro preste aos segundo serviços de forma pessoal, subordinada, não eventual, percebendo contraprestação remuneratória.

Por mais que, como dito, o contrato de trabalho possua natureza negocial, é sabido que, via de regra, o empregado não possui muito poder de negociação. Por conta disso, muitas vezes, o contrato de trabalho se assemelha a um “contrato de adesão”, aquele em que há imposições unilaterais de cláusulas pela parte contratante, cabendo ao contratado aceitá-las ou recusá-las em sua integralidade, sem qualquer discussão.

Por maior que seja a semelhança, na prática, não é possível dizer que o contrato de trabalho é um contrato de adesão. Isso porque a ausência de discussão sobre as cláusulas, mesmo comum, não é essencial ao ato. Tanto é que há casos em que o empregado possui maior poder negocial para discussão de cláusulas contratuais, como é o caso dos chamados “altos empregados”, ocupantes de cargos de chefia e de direção.

Evidentemente, há patamares mínimos sociais que não podem ser livremente pactuados. Por isso, apesar da natureza privada do contrato de trabalho, certamente nele haverá normas de ordem pública, para que os mínimos direitos do empregado possam ser assegurados.

Passamos a realizar uma análise de cada um dos requisitos.

2.3 Requisitos do contrato de trabalho

2.3.1 Pessoa natural ou física

O empregado é sempre pessoa física. Não é possível uma pessoa jurídica ser empregado.

2.3.2 Pessoalidade

O requisito da pessoalidade indica que o contrato é *intuitu personae*, ou seja, firmado com uma pessoa física específica. Não se admite, então, que o empregado contratado, a seu bel prazer, peça para que outra pessoa física desempenhe as tarefas para as quais foi contratado.

Claro que eventual e esporádica substituição, com a anuência do empregador, não descaracteriza a relação de emprego. Destacamos entendimento jurisprudencial nesse sentido:

> RELAÇÃO DE EMPREGO. PESSOALIDADE. Não afasta a pessoalidade própria da relação de emprego a circunstância da empresa tolerar ausências, indicando pessoa da equipe para substituir a empregada faltosa. E assim é porque não cabia à trabalhadora eleger profissional de sua escolha para substituí-la,

> ficando a cargo da ré designar outro integrante da equipe para fazê-lo. Trata-se, portanto, de substituição entre colegas, circunstância que não descaracteriza a pessoalidade. O caráter personalíssimo da relação de emprego não deriva da infungibilidade da prestação de serviços e, sim, do fato de o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica. Dentro da organização empresarial existem funções que exigem qualificações relativamente homogêneas de modo a permitir a substituição de um trabalhador por outro. Por isso mesmo o caráter intuitu personae da prestação de serviços admite temporárias ou particulares exceções nas hipóteses de interrupção ou suspensão do contrato. (TRT-3 - RO: 01262201300303007 0001262-16.2013.5.03.0003, Relator: Cristiana M.Valadares Fenelon, Setima Turma, Data de Publicação: 01/04/2016)

2.3.3 Não-eventualidade

Por não-eventualidade entende-se a prestação de serviços em que há previsibilidade de retorno do empregado.

Desse modo, um empregado que preste serviços, por exemplo, duas vezes na semana, não necessariamente é um trabalhador eventual. Isso porque aquele que trabalha com eventos não sabe “se” ou “quando” o evento irá acontecer novamente. Na verdade, não tem nem a certeza se será contratado para o próximo evento, se acontecer.

Já o trabalhador não eventual tem a certeza do retorno. Caso trabalhe, no exemplo dado, dois dias na semana, mas toda semana, nesses mesmos dois dias, é esperado que ele volte, sendo previsível seu retorno, pelo que o trabalho é não eventual.

Sobre o tema, destacamos entendimento jurisprudencial:

> VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO-EVENTUALIDADE. CONFIGURAÇÃO. Ainda que a prestação de serviços não ocorra diariamente, se restar caracterizado que o trabalho foi realizado de forma não eventual e por muitos anos ininterruptamente, não se há que falar em esporadicidade na execução dos serviços. Nesse caso, o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe. (TRT-1 - RO: 00003855220145010341 RJ, Relator: Marcos Cavalcante, Data de Julgamento: 22/07/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 05/08/2015)

2.3.4 Subordinação

A subordinação do empregado é jurídica e nasce com o contrato de trabalho.

O empregador é que assume o risco do negócio, conforme artigo 20 da CLT. Por isso, o empregador é que define os objetivos a serem alcançados com a formação do pacto, já que o objetivo do empregado é tão unicamente receber a contraprestação remuneratória.

Para alcançar esses objetivos, então, o empregador dirige a atividade do empregado, estando o empregado subordinado a esse poder diretivo do empregador que, é claro, não pode ser abusivo e nem exigir do empregado condutas contrárias ao ordenamento jurídico.

O conceito é muito importante para o desenvolvimento desta monografia e será analisado em pormenores no próximo capítulo.

2.3.5 Onerosidade

O requisito da onerosidade indica que a relação de emprego abrangida pelo contrato de trabalho não é gratuita. Logo, um contrato de trabalho voluntário, por exemplo, regula uma relação sem vínculo empregatício.

No contrato de trabalho, então, o empregado contratado tem o chamado *animus contrahendi*, ou seja, a intenção de ser remunerado pelo serviço prestado. Portanto, ainda que não haja o pagamento em si, o *animus* já é suficiente para caracterização do requisito da onerosidade.

2.4 Classificações

Podemos dizer que, dentre as classificações dos contratos, o contrato de trabalho é:

Bilateral ou sinalagmático – possui obrigações para ambas as partes

Consensual – o contrato de trabalho forma-se com o a livre manifestação das partes, ainda que tácita, nos conformes do art. 443 da CLT.

Comutativo – as obrigações entre contratante e contratado são equivalentes e conhecidas desde o momento da pactuação.

Oneroso – conforme abordado anteriormente, o empregado que firma um contrato de trabalho tem o *animus contrahendi*, ou seja, a intenção de ser remunerado pelo serviço prestado

Trato sucessivo – a relação empregatícia pactuada apresenta certa duração no tempo.

2.5 Elementos do contrato de trabalho

2.5.1 Existência

Para que exista um contrato de trabalho, exige-se a presença de partes (empregador contratante e empregado contratado), manifestação dessas partes (consentimento), objeto (prestação de serviço subordinado) e forma.

2.5.2 Validade

Para que seja válido o contrato de trabalho, os elementos que compõem sua existência devem estar de acordo com o ordenamento jurídico. Portanto, as partes devem ser capazes e legítimas, a manifestação de vontade deve ser livre de vícios de consentimento e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei, nos termos do artigo 104 do Código Civil.

Em suma, a primeira análise é realizada sobre elementos que, verificados, atestam que o contrato existe. Após, passa-se a uma segunda análise, qual seja, se esses elementos que existem, existem de uma forma válida, nos conformes do ordenamento jurídico.

Insta salientar, a capacidade para fins trabalhistas não se confunde com a capacidade civil em sentido estrito. Isso porque, mesmo civilmente emancipado, o menor continua menor para fins de relação de emprego.

Nos conformes do artigo 8, parágrafo único, da CLT, o direito comum é usado como fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Então, havendo normas trabalhistas sobre maioridade, estas prevalecem. Sobre o tema, destaco ensinamentos de Adalberto Martins[4]:

> Assim, ao menor de idade que conte com menos de 16 anos não está permitido firmar contrato de trabalho, por força de art. 7º, XXXIII, da CF. E dos 16 à véspera de complementar 18 anos de idade o menor necessita de autorização do representante legal para trabalhar – autorização que se presume em face da posse de CTPS, muito embora a presença do representante legal seja indispensável por ocasião da rescisão contratual, à guisa de assistência na quitação (art. 439 da CLT).

Está ressalvada, contudo, a possibilidade de contrato de aprendizagem a partir dos 14 anos, nos conformes do artigo 7º, XXXIII, da Constituição. O maior de 18 anos é absolutamente capaz para firmar um contrato de trabalho.

O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviços subordinados. Esse serviço, para ser válido, deve ser lícito, determinado ou determinável e possível de ser executado.

No entanto, vale o destaque, por vezes, o objeto é lícito, mas o ordenamento jurídico exige certos requisitos para que o trabalho seja desenvolvido. Se essas condições não são compridas, o trabalho é proibido. Nessa hipótese, o trabalho não é nulo, mas sim anulável, ou seja, produz efeitos até sua cessação.

Exemplo típico é o trabalho noturno para menores de 18 anos, conforme artigo 7º, XXXIII da Constituição. No caso, pouco importa que o objeto do contrato de trabalho seja lícito, pois o empregado não cumpre requisitos previstos no ordenamento jurídico, pelo que o trabalho é proibido.

---

[4] MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117.

Quando o objeto é ilícito, o trabalho também é ilícito e nenhum efeito é produzido no direito do trabalho, pois o contrato é nulo de pleno direito.

Como ensina Adalberto Martins[5], é importante distinguir entre a atividade ilícita do empregador e a ilicitude do contrato desenvolvido pelo empregado:

> Todavia, entendemos que deve ser feita perfeita distinção entre a atividade ilícita do empregador e a ilicitude do trabalho desenvolvido pelo empregado. Nesse sentido, será nulo o contrato de trabalho que envolva a venda de entorpecentes, de cambistas do "jogo do bicho", da prostituta, entre outros; mas não vemos óbice algum a que a recepcionista ou a faxineira do prostíbulo sejam reconhecidamente empregadas, com todos os direitos assegurados.

Conforme já pontuado, para a forma do contrato de trabalho ser válida, nos termos do artigo 443 da CLT, a pactuação pode ser expressa ou tácita, verbal ou escrita.

Sendo essas disposições gerais a todos os contratos, ressalto que há contratos com disposições específicas, por suas peculiaridades, o que deve ser respeitado. Assim, por exemplo, o contrato de aprendizagem, insculpido no artigo 428 da CLT, exige forma escrita. Já o contrato de trabalho do advogado empregado, por ser um contrato especial, além dos elementos aqui analisados, exige a inscrição na OAB para sua existência.

A falta de um desses elementos peculiares previstos em lei, para casos específicos, não anula a relação de emprego, mas transforma o contrato especial em um contrato de emprego comum.

2.5.3 Eficácia

A eficácia diz respeito à produção de efeitos dos elementos do contrato.

O capítulo III, do Título I, do Livro III do Código Civil, trata da condição do termo e do encargo, disposições estas que se relacionam com a eficácia do

[5] Idem. p. 118.

contrato e que são chamadas de elementos acidentais do contrato, visto que circunstanciais.

As noções de condição e de termo aplicam-se ao contrato de trabalho. Já a noção de encargo, prevista nos artigos 136 e 137 do Código Civil, ou seja, o ônus a ser suportado pela parte que recebeu o bem ou direito, não se afigura compatível com a relação empregatícia. Isso porque não é razoável impor ao empregado um encargo para poder trabalhar.

A condição para eficácia, apesar de pouco comum, pode ser observada na relação de emprego. Prevista no artigo 121 do Código Civil, condição é a cláusula pactuada, por vontade das partes para que todo o negócio jurídico, ou apenas parte das obrigações pactuadas, surta efeito apenas após a ocorrência de certo evento futuro, possível, mas incerto.

A condição pode ser suspensiva (artigo 125 do Código Civil) ou resolutiva (artigo 127 do Código Civil). No primeiro caso, o efeito passa a ser produzido quando acontecer a condição e, no segundo caso, o efeito deixa de ser produzido quando acontecer a condição.

A justa causa também é vista como condição resolutiva tácita do contrato de trabalho[6].

Por fim, nos termos do artigo 131 do Código Civil, “o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Apesar de também não ser muito comum no âmbito trabalhista, é possível citar o pré-contrato (ou contrato preliminar) como exemplo de contrato de trabalho com termo inicial. Nessa modalidade, as partes firmam que uma relação empregatícia definitiva se dará em determinada data possível, no futuro. Se qualquer das partes descumprir o pré-contrato, deverá indenizar a

---

[6] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.165

outra por perdas e danos comprovados, nos termos do artigo 465 do Código Civil.

O mais comum, no âmbito das relações de trabalho, é o termo final, no caso, por exemplo, de contrato de trabalho a prazo determinado, no qual o empregado já tem, desde a contratação, ciência da data do encerramento da prestação de serviços.

2.6 Teorias sobre a natureza jurídica da relação de emprego

As teorias sobre a natureza jurídica da relação de emprego, com suas subdivisões, basicamente, dividem-se em duas: contratualista e anticontratualista.

As primeiras teorias a respeito do tema foram as contratualistas, que muito se assemelhavam ao contrato de Direito Civil. Maurício Godinho Delgado[7], que divide as teorias contratualistas em tradicionais e modernas, ensina sobre quatro subdivisões da teoria contratualista tradicional: arrendamento, compra e venda, mandato e sociedade. Com base nos estudos do referido doutrinador, será feita breve análise sobre cada uma delas.

Para a teoria do arrendamento, o contrato de trabalho seria uma locação de mão de obra, semelhante a um contrato civil de locação ou de arrendamento.

A teoria não prosperou. Em primeiro lugar porque, no Direito do Trabalho, impossível a separação entre o trabalhador e o objeto do contrato, qual seja, a prestação de serviços. Destaca-se, essa separação é inerente ao contrato de locação do Direito Civil. Em segundo lugar, os institutos não possuem semelhante tratamento jurídico. Por exemplo, o contrato de locação

---

[7] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2009. pp. 287/290

possui prazo determinado, enquanto o contrato de trabalho possui, em regra, prazo indeterminado.

Para a teoria da compra e venda, o trabalhador vende sua força de trabalho ao empregador, que paga um preço por ela. A teoria também não prosperou. Mais uma vez, é impossível separar o trabalhador da prestação de serviços. Contudo, no contrato de compra e venda, alienante e objeto são separados. Ainda, o contrato de trabalho consubstancia-se numa obrigação de fazer, enquanto o contrato de compra e venda consubstancia-se numa obrigação de dar.

Para a teoria do mandato, o contrato de trabalho guardaria semelhança com o Direito Civil na medida em que o empregado atuaria como mandatário do empregador. A teoria não prevaleceu. Não obstante o Direito do Trabalho admita a existência de cargos de confiança, não é a regra geral desse ramo do Direito essa relação de especial fidúcia do empregador para com o empregado.

Por fim, para teoria da sociedade, empregado e empregador desempenham atos sucessivos para o sucesso da sociedade empresarial, que seria do interesse de ambos. A teoria também não prosperou. A responsabilidade de um sócio na empresa em nada se assemelha à de um empregado. No Brasil, nos conformes do artigo 2º da CLT, é do empregador o risco do negócio, não havendo que se falar em responsabilidade do empregado pela sociedade.

Como se nota, a teoria contratualista tradicional, em nenhuma de suas vertentes, trouxe nada de inovador, pois se limitaram a encontrar alguma semelhança com o Direto Civil.

Por isso, prevaleceu no Brasil a teoria contratualista moderna, que corretamente entende que o Direito do Trabalho é autônomo e possui institutos próprios, não devendo ser enquadrado em nenhuma figura do Direito Civil.

A teoria contratualista moderna reafirma que o contrato de trabalho é que dá origem à relação de emprego. A adoção dessa teoria pelo Brasil fica muito clara pela definição do artigo 442 da CLT.

Vale dizer, a teoria contratualista adotada pelo Brasil não nega a utilização de institutos do Direito Civil, desde que compatíveis com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, a teor do artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

Contudo, apesar da teoria contratualista ser a utilizada no Brasil, para o desenvolvimento desta monografia, é importante discorrer sobre a teoria anticontratualista, que Mauricio Godinho Delgado[8], chama de acontratualista, subdividindo-a em teoria da relação de emprego e teoria institucionalista. Mais uma vez, com base nos estudos do referido doutrinador, será feita breve análise sobre cada uma delas.

Para a teoria da relação de emprego, pouco importa a livre vontade do trabalhador de constituir vínculo empregatício. Desde que pratique atos de emprego, é empregado, ainda que sem ajuste de vontades. Por isso, para essa teoria, o fato da prestação de serviços gera o vínculo empregatício, não o contrato.

A teoria da relação de emprego não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos dos artigos 442 e 443 da CLT, o contrato de trabalho pode ser expresso ou tácito. Para Adalberto Martins[9], “mesmo o contrato de trabalho tácito não elide a natureza contratual, na medida em que pressupõe o consentimento silencioso”.

Não se pode dizer, então, que em uma relação de emprego que não foi previamente pactuada em contrato, não houve prévia manifestação de vontade,

---

[8] Idem. pp. 293/297.

[9] MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p.116.

pois essa manifestação pode ter sido tácita. Desse modo, se uma prestação de serviços é iniciada, com o conhecimento do empregador e sem a recusa deste, entende-se que houve sim pactuação entre ambos, uma pactuação tácita.

Portanto, para a teoria contratualista, aceita no Brasil, toda relação entre empregado e empregador é, necessariamente, um contrato, expresso ou tácito. Já para teoria anticontratualista da relação de emprego, a relação empregatícia não nasce de um ajuste de vontades e, sim, da prática de atos de emprego.

Por fim, na teoria anticontratualista institucionalista, a empresa é uma instituição, ou seja, há uma relação estatutária, não contratual. Não haveria pactuação sobre as condições de trabalho, pois o empregado escolhe aderir ou não aderir à instituição. Sendo assim, para esta teoria, o trabalhador é empregado pelo simples fato de estar inserido na estrutura organizacional da empresa, pouco importando os requisitos da subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade.

3. SUBORDINAÇÃO

3.1 Conceito

Nos conformes do artigo 3º da CLT, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A subordinação, como já salientado nesta monografia, é requisito para formação da relação de emprego e, nos conformes do artigo 422 da CLT, o contrato individual de trabalho corresponde à relação de emprego, a subordinação é, também, requisito para formação do contrato de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a subordinação “como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.[10]

Dessa definição, vemos que subordinação e poder de direção são institutos que se complementam. Enquanto o empregado limita sua autonomia de vontade para transferir sua mão de obra ao empregador, este tem o poder de, dentro dos limites legais, dirigir a atividade do empregado.

Isso porque é do empregador o risco do negócio e, por isso, cabe a ele a organização da empresa e a determinação de como será utilizada a mão de obra contratada para que a empresa consiga seus objetivos.

Pode-se dizer que o objetivo do empregado é, apenas, o de receber a contraprestação, sendo por isso indispensável o requisito da onerosidade no contrato de trabalho. Já o objetivo do empregador é o de alcançar determinados objetivos. Sendo empresa, o objetivo é o lucro. O empregador deve, então, organizar a atividade empresarial, dentro dos limites legais, do

---

[10] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37ª Edição. São Paulo: LTr, 2012. p. 173.

modo que bem entender, pois é ele que corre o risco da atividade. O poder de direção do empregador nada mais é, então, do que um instrumento para que o empregador dirija a atividade do empregado e, com isso, alcançar seus objetivos.

Como subordinação e poder de direção se complementam, no trabalho autônomo, como não há subordinação, não há poder de direção. Isso reforça a crítica à denominação “contrato de trabalho”, pois o trabalhador autônomo é um trabalhador, mas não está sujeito a um contrato de trabalho.

A subordinação hierárquica ocorre quando o subordinado está, na estrutura da empresa, inserido abaixo do empregador ou de quem atue como preposto do empregador na organização empresarial. Contudo, esse tipo de subordinação mais se assemelha às teses anticontratualistas. Na verdade, a subordinação nasce com o contrato de trabalho, firmado por livre pactuação entre empregado e empregador.

Na subordinação econômica, o economicamente dependente é subordinado àquele que o mantém. O conceito é passível de críticas, pois nem todo dependente econômico é subordinado e, também, não é correto afirmar que o empregado depende do empregador para sobreviver.

Já na subordinação técnica, o empregado é subordinado pois depende dos meios de produção do empregador para trabalhar. A bem da verdade, sob outro ângulo, é o empregador que depende do empregado, e não ao contrário, pois não há atividade empresarial sem empregados.

Por fim, o conceito de subordinação mais aceito no Brasil é o da subordinação jurídica, que, não por acaso, é o que mais se assemelha à teoria contratualista. Nesse conceito, é subordinado aquele que aceita essa situações livremente por meio de contrato e tão unicamente para fins pré-determinados.

Nota-se que a prestação de serviços é subordinada, não a pessoa do empregado. Por isso, na subordinação jurídica, quando se adota a expressão

“empregado subordinado”, não se quer dizer que a pessoa do empregado é subordinada e, sim, o tempo e o modo de execução de suas atividades é que são subordinados ao empregador. O objeto da prestação de serviços é a atividade desenvolvida pelo empregado, e não o empregado em si.

A subordinação jurídica, ainda, pode ser dividida em direta ou indireta. Na subordinação direta, o empregador aplica ordens diretamente ao empregado. Pode o empregador determinar o modo de execução das atividades. Pode, inclusive, dentro dos parâmetros legais, alterar o modo de execução das atividades, já que é detentor do poder diretivo. Pode, por fim, aplicar penalidades previstas no ordenamento jurídico ao empregado, caso a atividade não esteja sendo bem desenvolvida. Já na subordinação indireta, as ordens do empregador são apenas no sentido de fiscalização do fiel cumprimento do contrato de trabalho. Como não é detentor do poder diretivo, não pode determinar o modo de execução das atividades, nem alterá-lo. Não pode, também, aplicar penalidades ao empregado.

Como a distinção entre subordinação direta é indireta é fundamental para análise da licitude da terceirização, o tema será tratado com mais detalhes no próximo capítulo.

3.2 Evolução das relações de trabalho

Como não há um conceito legal de subordinação, para se avaliar se um trabalhador é ou não subordinado é preciso averiguar o grau de intensidade das ordens que recebe, ou seja, a incidência do poder diretivo sobre ele. Quanto maior o grau de autonomia do empregado, menor o grau de subordinação.

É bem verdade que a evolução das relações de trabalho tornou cada vez mais dificultosa essa avaliação. Um trabalhador externo, por exemplo, ainda que não esteja constantemente sujeito à fiscalização ou a ordens diretas do empregador, pode ser subordinado se o grau de autonomia que possuir não for suficiente para se dizer que controle a própria atividade.

Como Ensina Valentim Carrion[11], “há casos em que essa subordinação de fato não é visível, restando em estado potencial”.

Com isso, temos que a evolução das relações sociais implicou na alteração do modo de organização das relações do trabalho e, nem sempre, a legislação acompanha essa evolução.

A subordinação jurídica, atualmente aceita no Brasil, decorre de uma relação baseada no modelo taylorista, desenvolvida pelo engenheiro mecânico Frederick Winslow Taylor no início do século XX.

Taylor é tido como o precursor da engenharia de produção. Iniciou sua carreira na *Bethlem Steel*, empresa de siderurgia americana, como torneiro-mecânico, ou seja, no baixo escalão da produção. Nessa época, as siderúrgicas eram tidas como empresas de ponta. Durante o trabalho, Taylor passou a identificar desperdícios na produção. Por isso, passou a cronometrar o tempo que cada atividade dispendia, bem como o modo que eram realizadas. Dessa maneira, pôde, em cada etapa do processo produtivo, estudar modos para diminuição do tempo por atividade, o que implicaria na diminuição do tempo total da produção[12].

Segundo o modelo taylorista, então, o empregador realiza um estudo científico do tempo e do movimento realizado pelo empregado, para que a produção seja otimizada. Assim, o empregador passa a ter o controle do ritmo de produção e, por isso, o conhecimento das técnicas de trabalho passa a ser integralmente do empregador, e não do empregado.

---

[11] CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar/jurisprudência*. Ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. 40ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

[12] FLEURY, Afonso. Introdução à Engenharia de produção/organizador Mário Otávio batalha. 3ª edição - reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pp. 4/5.

Esse modelo é caracterizado por uma forte gerência. Nesse modelo, há constantemente a figura do empregador fiscalizando o trabalho de seus empregados e controlando o ritmo da produção.

Também é possível dizer que o modelo taylorista acentua a divisão do trabalho, visto que o empregado é responsável apenas por uma parte do processo de produção, sem deter o conhecimento do todo. O empregado realiza movimentos simples e repetitivos, mas em grande escala, de modo que vários empregados, em diferentes etapas da linha de produção, desenvolvem um trabalho mais rápido e em menor espaço de tempo.

Posteriormente, a ideia de Taylor foi expandida por Henry Ford, que aliou o conceito taylorista com a facilidade das máquinas, criando o modelo do fordismo. Nesse modelo, os empregados continuam responsáveis por tarefas simples e repetitivas, ou seja, por uma pequena parte da linha de produção, sem conhecimento técnico das demais. Contudo, a facilidade das máquinas trouxe a “linha de montagem”, na qual os produtos se deslocavam no interior da empresa em uma esteira e os empregados, no ritmo da esteira, realizavam os movimentos necessários.

Como Henry Ford era dono de uma indústria de automóveis, o modelo propiciou uma produção em larga escala e, com isso, o preço dos automóveis reduziu drasticamente. Não à toa, sua empresa é sólida ainda nos dias de hoje.

Entretanto, vale dizer, esse processo é extremamente desgastante para o empregado. A produção alucinada em larga escala e a reiteração de movimentos repetitivos por horas a fio traduz inegável desgaste físico e psicológico do empregado.

Nesses modelos, a preocupação com a produção é tanta que a jurisprudência brasileira já aceita que o empregador pode estabelecer restrições ao uso do banheiro para empregados em linha de produção. Contudo, a utilização do banheiro na linha de produção muitas vezes possui

limitações insuficientes, quando não é proibida, o que nosso Judiciário considera abuso de direito do poder diretivo do empregador:

> USO DO BANHEIRO. RESTRIÇÃO ABUSIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. A limitação ao uso do banheiro, por si só, não caracteriza abuso de poder diretivo - levando-se em conta a peculiaridade da linha de produção -, tratando-se de direito potestativo ínsito no artigo 2º da CLT. A insuficiência das pausas, contudo, bem como o tempo precário para a satisfação das necessidades fisiológicas do trabalhador, aliado à necessidade de justificativa para o uso em meio aos colegas de trabalho, traduzem ato atentatório à intimidade, vida privada e imagem do trabalhador (art. 5o, X, da Constituição da República) e à própria dignidade (art. 1o, III, da CF), mormente quando se verifica situação constrangedora sofrida diretamente pela autora em decorrência da irregular conduta patronal. Plenamente aplicável, na espécie, a indenização por danos morais, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. (TRT-3 - RO: 00250201315003000 0000250-11.2013.5.03.0150, Relator: Convocado Marcio Jose Zebende, Nona Turma, Data de Publicação: 23/10/2013 22/10/2013. DEJT. Página 82. Boletim: Não.)

O fato é que, em grande parte, os modelos taylorista e fordista foram superados por um capitalismo ainda mais selvagem. Atualmente, vigora o modelo intitulado tayotismo, desenvolvido pelo engenheiro de produção Taiichi Ohno. O modelo também é chamado de ohnismo, devido ao nome de seu criador. O toyotismo-ohnismo é muito bem explicado por Luciano Martinez[13]:

> Implantaram-se a reengenharia de setores industriais e fórmulas de gestão baseadas na qualidade total e na terceirização. Surgiu um novo modelo de produção, intitulado **toyotismo**, pensado por Taiichi Ohno (por isso também conhecido como sistema **ohnista**), que implementou novas técnicas de administração, principalmente a supressão da burocracia corporativa desnecessária (*downsizing*), o salário individualizado por produtividade, a manutenção de um fluxo contínuo de produtos com vistas à eliminação de estoques (*kan-ban*) e a produção em tempo real (*just-in-time*). A subordinação jurídica, antes tão claramente comandada pelo empregador, começou a esmaecer.
>
> (Destaques no original)

Como já adverte Luciano Martinez, com toda razão, o modelo atual das relações de trabalho acabou por enfraquecer a subordinação jurídica. No modelo atual, o empregador não precisa mais fiscalizar constantemente e de

---

[13] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 160/161.

perto o empregado, como na subordinação jurídica clássica adotada pelos modelos taylorista e fordista. O empregado passa a assumir certos riscos do negócio e é chamado para participar da empresa como um colaborador. Nota-se que ainda existe a subordinação, mas ela é mitigada, chamada por isso de parassubordinação.

O modelo capitalista atual é dinâmico e flexível, superando burocracias desnecessárias. Alguns empregados, pela natureza do trabalho, já possuem o regime de horário flexível (*flexitime*), no qual o empregado não possui horário de entrada ou horário de saída. Cabe ao empregado, sabedor de suas tarefas, organizar-se para chegar no horário que bem entender e sair no horário que bem entender, sem acentuada fiscalização por parte do empregador.

É claro, a subordinação ainda é uma forma de subordinação. Por isso, o empregador pode estabelecer certos limites até para o horário flexível. Por exemplo, um empregado que no horário flexível deva iniciar sua jornada entre 8h e 10h. Ou, ainda, nesse mesmo exemplo, o empregado tem direito ao horário flexível, mas em determinado dia deve participar de uma reunião às 8h, não poderia iniciar sua jornada, excepcionalmente, às 10h.

Vale ressaltar, apesar da prática do horário flexível estar se intensificando no Brasil, não há regramento legal a respeito e os limites aceitos atualmente são jurisprudenciais, pois a jurisprudência é fonte formal do direito, a teor do artigo 8º, *caput*, da CLT. Essa situação evidencia que a produção legislativa não acompanha a evolução das relações de trabalho.

Outro exemplo de flexibilização da subordinação jurídica clássica é o trabalho em domicílio. O artigo 83 da CLT assegura ao trabalhador em domicílio o salário mínimo, conceituando essa modalidade como o trabalho “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere”.

Como se nota, o trabalho em domicilio ainda é desenvolvido “por conta do empregador”, ou seja, não se pode, no caso, falar em trabalho autônomo, pois há subordinação, ainda que mitigada.

Para reforçar a tese de que o trabalhador em domicílio ainda pode ser um empregado, a Lei 12.551/2011 alterou a redação do artigo 6º da CLT, que passou a vigorar da seguinte forma:

> Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
>
> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Nota-se que o artigo 6º da CLT faz distinção entre trabalho em domicílio e trabalho à distância. Na verdade, entendemos que trabalho à distância é gênero que tem como espécies o trabalho em domicílio e o teletrabalho.

Como o próprio nome já diz, o trabalho em domicílio é aquele executado no domicílio do empregado, mas pode também ser considerado em domicílio o trabalho executado em outro local escolhido pelo empregado.

Já o teletrabalho é caracterizado pelo uso de tecnologias para comunicação com o empregador e não precisa se dar, necessariamente, em domicílio. Como exemplo, a empresa pode constituir unidades descentralizadas de atendimento. Desse modo, o empregado, em vez de se dirigir ao estabelecimento principal do empregador, pode se dirigir a uma unidade descentralizada mais próxima de sua residência e comunicar-se com o empregador por meio de aparatos tecnológicos.

Nada impede, contudo, e até o mais comum atualmente, um teletrabalho em domicílio, que seria o empregado em domicílio que se comunica com o empregador por meio de recursos tecnológicos.

O que se vê, então, é uma superação da subordinação jurídica clássica, na qual há a constante figura do empregador fiscalizando o empregado, controlando suas atividades e a ele aplicando ordens pré-estabelecidas.

Atualmente, com a intenção de reduzir custos, eliminar burocracias e ganhar tempo, a subordinação é mitigada. Os empregadores fiscalizam menos os empegados, que passam a participar da organização empresarial. Trata-se de uma mitigação do poder diretivo e da superação do conceito clássico de subordinação jurídica.

4. TERCEIRIZAÇÃO

4.1 Conceito

Antes de se adentrar especificamente no tema desta monografia, faz-se necessária a análise do conceito de terceirização.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia[14] explica que “a terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas”.

A terceirização, então, trata de uma relação triangular entre empregado, empresa prestadora de serviços e empresa tomadora de serviços. Com o intuito de redução de custos e de burocracia na gestão da mão de obra, a empresa tomadora de serviços firma um contrato de natureza civil ou comercial com a empresa prestadora de serviços. Esse contrato é o de prestação de serviços, por meio do qual a empresa prestadora se compromete a fornecer empregados para que trabalhem no estabelecimento da empresa tomadora, em atividades periféricas ao objeto social desta última.

Há uma ruptura, portanto, da relação empregatícia bilateral, dando origem a uma relação triangular. Na terceirização, a relação de emprego existe entre o empregado e a empresa prestadora, ainda que a atividade laboral seja desenvolvida nas dependências da empresa tomadora.

A terceirização de atividade ou serviço pela Administração Pública não se dá por meio de contrato de prestação de serviços, e sim por contrato de administrativo, via de regra precedido por licitação. Todavia, como esse não é o tema desta monografia, não são necessárias maiores elucidações sobre a Administração Pública.

---

[14] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 369

4.2 Histórico

O Decreto-Lei 200/1967, ainda vigente, foi a primeira legislação que introduziu a terceirização no Brasil ao determinar, em seu artigo 10º, a "execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada". Como ensina Bruno Klippel[15]:

> Essa foi a primeira legislação brasileira a estabelecer a terceirização das tarefas executivas, mediante contrato com a iniciativa provada, evitando, assim, o inchaço da máquina administrativa, concentrando na Administração Pública apenas as atividades mais importantes.
>
> As *tarefas executivas* foram exemplificadas por meio da Lei n. 5.645/70, nos seguintes termos. *"As atividades relacionadas com transporte, 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*".
>
> (Destaques no original)

Em 1974, com foi editada a Lei 6.019/1974, que dispõe sobre o contrato de trabalho temporário. A Lei, ainda vigente e muito utilizada nas relações atuais de trabalho, permite uma terceirização temporária no setor privado, em situações excepcionais, por meio de relação triangular entre empregado, empresa de trabalho temporário e empresa tomadora de serviços. Destacamos os artigos 2º e 10º da referida lei:

> Art. 2º - 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 à acréscimo extraordinário de serviços.
>
> Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

Posteriormente, em 1983, foi editada a Lei 7.102/83, que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para

---

15 KLIPPEL, Bruno. *Direito Sumular Esquematizado-TST*; coord. Pedro Lenza. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 331.

constituição e funcionamento de empresas particulares que explorem serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

A referida lei permitiu a terceirização permanente dos serviços de vigilância em estabelecimentos financeiros. A referida lei ainda está em vigor e com ampliação das hipóteses de terceirização, dada pela Lei 8.863/1994.

Contudo, a evolução das relações de trabalho, aliada a um mercado cada vez mais globalizado, fez com que a legislação até aqui citada não fosse suficiente para regular o instituto da terceirização.

Apesar de o instituto da terceirização ser amplamente difundido e utilizado em larga escala no Brasil, ainda não há regramento específico sobre a matéria. Essa situação, mais uma vez, demonstra que o processo legislativo não acompanha a evolução das relações de trabalho. Assim também observa Mauricio Godinho Delgado[16]:

> Uma singularidade desse desfaio crescente reside no fato de que o fenômeno tercerizante 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 do país. Trata-se de exemplo marcante do divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica.

Desde 2004, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4330/04, de autoria do então deputado Sandro Mabel, com o objetivo de regulamentar as terceirizações nos setores público e privado.

O trâmite de mais de 10 anos do referido Projeto de Lei prova que o processo legislativo não acompanha a evolução das relações de trabalho. Atualmente, no ano de 2016, o projeto, já aprovado na Câmara dos Deputados,

---

[16] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 8ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 410

encontra-se em discussão no Senado Federal, com o nome de Projeto de Lei da Câmara 30/2015[17].

Na ausência de regramento legal, é grande o esforço hermenêutico da jurisprudência para pacificar o tema. Da década de 1980, o TST fixou a Súmula 256 com esse objetivo:

> ***Súmula nº 256 do TST***
> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada)**
> Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A Súmula em questão, basicamente, afirmava que, fora as hipóteses legais, todas as outras formas de terceirização seriam ilícitas, com a formação de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços.

Como fizemos questão de deixar em destaque, atualmente a Súmula 256 do TST está cancelada e Mauricio Godinho Delgado explica os motivos do cancelamento[18]:

> Não obstante a isso, a mencionada súmula *pareceu* fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia a própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei n.200/67 e Lei n. 5645/70 - 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 tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256.
>
> (Destaques no original)

---

[17] Caso seja aprovado esse projeto, nos moldes em que se encontra quando da edição desta monografia, será permitida, de forma irrestrita, a terceirização de atividade-fim. Com isso, a teoria da subordinação estrutural perde completamente a razão de existir, devendo ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, nessa hipótese, não haveria mais que se falar em ausência de regramento legal, pelo que a aplicação da referida teoria acabaria por violar a lei.

[18] Idem. p. 415

Por conta dessas circunstâncias, no final de 1994, o TST revisou a Súmula 256, cancelando-a e editando Súmula 331, que atualmente regula o instituto da terceirização.

4.3 Formas lícitas e ilícitas de terceirização

Como se disse, ante a ausência de regramento específico sobre a terceirização, os Tribunais brasileiros, atualmente, em seus julgamentos, pautam-se pela Súmula 331 do TST:

> **Súmula nº 331 do TST**
> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**
>
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
>
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
>
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Pelo princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Evidente que o princípio da legalidade abarca leis em sentido amplo e estrito.

O fato é que Súmula não é lei, nem em sentido amplo, nem em sentido estrito. Contudo, não entendemos que a Súmula 331 do TST excedeu de suas atribuições e criou norma geral e abstrata para regular o instituto da terceirização.

Na verdade, a Súmula 331 do TST apenas conferiu à terceirização uma interpretação analógica conforme a esparsa legislação vigente sobre o tema, bem como adequou essa interpretação a princípios básico do Direito do Trabalho, como o da proteção ao empregado, da norma mais favorável, do tratamento isonômico entre os trabalhadores da mesma empresa, por exemplo.

Nesse sentido, vale lembrar, o artigo 8º, *caput*, da CLT, permite que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais, como o caso, decida por analogia e por princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho. Por isso defendemos que a aplicação da Súmula 331 do TST para o julgamento dos casos de terceirização é perfeitamente válida.

Nos conformes do inciso III da Súmula 331 do TST, é autorizada a terceirização de atividades-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, o que não contraria a escassa legislação vigente sobre terceirização.

Vale ressaltar, nos conformes do inciso I da referida Súmula, a terceirização em trabalho temporário, cumpridos os requisitos da Lei nº 6.019/1974, continua válida.

Atividade-meio é toda aquela periférica à atividade empresarial principal, ou seja, não integra a essência das atividades da empresa. Em sentido

contrário, atividade-fim é aquela que integra e, por isso, não se permite a terceirização nesses casos.

Uma boa maneira de analisar qual a atividade-fim de uma empresa é a constatação da descrição de suas atividades no objeto social, inserido no contrato social da empresa.

O próprio inciso III da Súmula 331 do TST indica exemplos de atividade-meio, como os serviços de vigilância (Lei 7.102/1983) e de conservação e limpeza, o que não exclui outras hipóteses.

Destaca-se que a terceirização dessas atividades-meio, exemplificadas na Súmula em análise, não seriam mais autorizadas apenas em estabelecimentos financeiros, mas de um modo geral. A mencionada ampliação das hipóteses de terceirização da Lei 7.102/1983, promovida pela Lei 8.863/1994, é reflexo da edição da Súmula 331 do TST.[19]

Como a Súmula 331 do TST trata da licitude da terceirização dos serviços de vigilância, Mauricio Godinho Delgado[20] nos adverte que vigilante não é vigia:

> Ressalta-se, porém, que *vigilante não é vigia*. Este é empregado não especializado ou semiespecializado, que se vincula ao próprio ente tomador de seus serviços (trabalhando, e geral, em condomínios, guarda de obras, pequenas lojas, etc.). Vigilante é membro de categoria especial, diferenciada – ao contrário do vigia, que se submete às regras da categoria definida pela atividade do empregador. O vigilante submete-se a regras próprias não somente quanto á formação e treinamento da força do trabalho como também à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial.
>
> (Destaques no original)

A hipótese de licitude das atividades de conservação e limpeza, incluída pelo inciso III da Súmula 331 do TST, não estava abrangida no texto literal da antiga Súmula 256 do TST. Como já explicado, a terceirização dessas

---

[19] Idem. p. 417

[20] Idem. p. 417

atividades estava abrangida pela Lei 5.456/1970 que, combinada com o Decreto-Lei 200/1967, permitia a terceirização dessas atividades pela Administração Federal. Atualmente, a redação da Súmula 331 do TST permite a terceirização dessas atividades tanto no setor público quanto no privado.

Os serviços de vigilância e de conservação e limpeza são atividades-meio típicas exemplificadas no inciso III da Súmula 331 do TST, o que não invalida a terceirização em outras atividades-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação. A própria Lei 5.645/1970 dá outros exemplos de atividades-meio, como transporte e operação de elevadores. A análise, contudo, sempre depende de cada caso, ou seja, é necessária a averiguação se a atividade analisada se enquadra ou não na atividade essencial da empresa.

O inciso III da Súmula 331 do TST é claro ao autorizar a terceirização de atividades-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Essa ressalva, contudo, inexiste nos casos de contratação de trabalhador temporário, ou seja, a Lei 6.019/1974 não exige a falta de pessoalidade e a ausência de subordinação direta.

Como já se disse em capítulo próprio, o requisito da pessoalidade indica que o contrato é *intuitu personae*, ou seja, firmado com uma pessoa física específica. A terceirização, então, é ilícita, se o tomador de serviços contratar diretamente o empregado, ou se analisar os atributos pessoais e profissionais dos empregados da empresa prestadora de serviços, escolhendo assim qual deseja em seu empreendimento.

Na verdade, nada impede que em um dia a prestadora de serviços envie um empregado e, no outro dia, envie outro. Se o tomador de serviços participar, de alguma forma, da escolha sobre quem irá desempenhar as atividades contratadas em seu estabelecimento, haverá pessoalidade e, por isso, a terceirização será ilícita, formando-se vínculo direto com o tomador de serviços, conforme inciso I da Súmula 331 do TST.

Outra hipótese que a jurisprudência, acertadamente, vem entendendo como presunção de pessoalidade na terceirização, ocorre quando o empregado terceirizado teve dois empregadores diferentes, mas sempre prestou serviços para a mesma tomadora:

> TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PESSOALIDADE. Se a empresa tomadora contrata várias prestadoras de serviços e, apesar deste fato, o empregado terceirizado permanece trabalhando para a empresa tomadora, evidencia-se, de forma inequívoca, a pessoalidade da prestação de serviços com esta. (TRT-2 - RO: 00003609220125020434 SP 00003609220125020434 A28, Relator: REGINA DUARTE, Data de Julgamento: 12/03/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 20/03/2015)

Se o serviço é terceirizado, pouco importa, para o tomador de serviços, quem será designado para desempenhar as atividades contratadas. Presume-se, então, que se o empregado terceirizado mudou de empregador, mas continuou a prestar serviços para a mesma tomadora, isso se deu porque a tomadora exigiu a pessoa do empregado.

Nessa hipótese, a tomadora de serviços, é claro, pode alegar fato impeditivo do direito, nos termos do artigo 818 da CLT e do artigo 373, II, do CPC, e provar, por exemplo, que não escolheu a pessoa do empregado, mas que a cidade em que se situa o estabelecimento é pequena e não há muitos profissionais do ramo, por exemplo.

É evidente que a mera comunicação, do prestador de serviços ao tomador de serviços, sobre a pessoa de quem irá enviar para o cumprimento das atividades contratadas não configura, por si só, o requisito da pessoalidade. A comunicação é até necessária para uma boa organização empresarial. O tomador de serviços pode precisar, por exemplo, comunicar o condomínio no qual está localizado o estabelecimento sobre os dados do empregado terceirizado, para que seja autorizada a sua entrada.

Também não nos parece configurar a pessoalidade se um tomador de serviços, insatisfeito com o trabalho de um empregado terceirizado, requisita à empresa prestadora não mais o envie, enviando outro qualquer.

A terceirização, então, para que seja lícita, deve ser impessoal, já que o trabalho humano é protegido constitucionalmente e, de forma nenhuma, poderia ser objeto de intermediação ou de tratamento semelhante ao de mercadoria, por nítida afronta à dignidade da pessoa humana.[21]

Já quanto ao requisito da subordinação, o inciso III da Súmula 331 do TST afirma, cabalmente, que na terceirização lícita não é admitida a subordinação direta. Esse aspecto é relevante para esta monografia, pois, se é ilícita a subordinação direta na terceirização, *a contrario sensu*, é lícita a subordinação indireta e a subordinação estrutural.

Sobre a subordinação estrutural, discutiremos no próximo capítulo. Sobre subordinação direta e indireta, Luciano Martinez[22] explica a importância da distinção desses conceitos na terceirização:

> Nas situações de terceirização, a empresa prestadora coloca trabalhadores à disposição da empresa-cliente outorgando a esta apenas parte do seu poder diretivo. Quando isso acontece, a empresa prestadora fraciona a subordinação jurídica que lhe é inerente e concede à tomadora o poder de dar ordens de comando e de exigir que a tarefa seja feita a contento (**subordinação indireta**), preservando consigo o intransferível poder de apenar o trabalhador diante do descumprimento das ordens de comando diretivo (**subordinação direta**). Isso justifica a possibilidade (e a plausibilidade) de uma empresa-cliente determinar como será promovido o serviço contratado, exigindo dos empregados da empresa-prestadora todo o emprenho e dedicação nesse sentido. Se o empregado terceirizado descumprir as ordens que lhe foram dirigidas, caberá à tomadora apenas comunicar o fato a quem pode aplicar a pena, ou seja, à empresa tomadora.
>
> Note-se, por fim, que, nos termos da Súmula 331, III, do TST, o tomador de serviços (empresa cliente) não pode exercer a ***subordinação direta***, sob pena de ser a ele transferida a qualidade de efetivo empregador.
>
> (Destaques no original)

---

[21] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 379

[22] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p.162.

Desse modo, não pode o tomador de serviços aplicar ordens diretas, nem penalidades, ao empregado terceirizado. Na terceirização lícita, não pode o tomador de serviços determinar o modo de execução as atividades do empregado terceirizado. O empregado terceirizado deve se reportar ao seu real empregador, qual seja, a empresa prestadora de serviços. Por isso, para organizar suas férias, se precisar faltar, ou qualquer para qualquer outra necessidade que tenha, deve o empregado terceirizado comunicar a empresa prestadora de serviços, pois esta é que possui o poder diretivo em relação a ele.

Mais uma vez, é necessário chamar a atenção para a organização empresarial. É evidente que o tomador de serviços irá fiscalizar a atividade dos empregados terceirizados, afinal, estão em seu estabelecimento. É inimaginável supor que o tomador de serviços não irá fiscalizar se as atividades terceirizadas estão sendo prestadas da maneira contratada.

Por isso, a Súmula 331, III, do TST, explicita que configura a ilicitude da terceirização a subordinação direta. O empregado terceirizado é subordinado ao tomador de serviços, mas apenas de forma indireta. Desse modo, o tomador de serviços pode fiscalizar e exigir que o empregado terceirizado preste serviços da maneira como contratada. Não pode, entretanto, dirigir as atividades do empregado terceirizado de forma a determinar o modo da prestação de serviços, nem aplicar penalidades ao empregado terceirizado que não esteja cumprindo o contrato de trabalho.

O que caracterizaria subordinação direta seria, nessa hipótese, o tomador de serviços que fiscaliza uma atividade terceirizada que não está nos conformes do desejado e, por isso, adverte diretamente o empregado terceirizado. Nessa situação, deve o tomador de serviços comunicar a empresa prestadora de serviços, para que esta venha a advertir o empregado ou alterar sua forma de prestação de serviços.

Frisa-se que no inciso I da Súmula 331 está propositalmente incluída a “subordinação direta”, e não simplesmente “subordinação”, pois a subordinação

indireta, na terceirização, é necessária para o mínimo de organização empresarial.

O inciso I da Súmula 331 do TST explicita que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de contrato temporário”.

Portanto, a consequência de declaração da ilicitude da terceirização é a formação de vínculo empregatício do empregador terceirizado com a empresa tomadora de serviços. A principal consequência disso é o reconhecimento da real categoria profissional do empregado terceirizado, que passa a ter os mesmos direitos, legais e convencionais, dos empregados da empresa tomadora de serviços.

E a consequência não poderia ser outra, pois se a terceirização é perpetrada com o objetivo de reduzir custos com o empregado, de forma ilegal e com precarização do trabalho, incide a hipótese do artigo 9º da CLT, que estatui que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.

4.4 Responsabilidades das empresas na terceirização

A questão da responsabilidade das empresas na terceirização, lícita ou ilícita, é tema de grande dificuldade por conta da já citada ausência de regramento específico sobre o tema.

A Lei 6.019/1974, que trata da terceirização permitida em trabalho temporário, dispõe sobre a responsabilidade das empresas em seu artigo 16:

> Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Como se vê, no que tange ao contrato de trabalho temporário, a responsabilidade principal é da empresa de trabalho temporário. Apenas no caso de falência da devedora principal é que a empresa tomadora de serviços possui responsabilidade, no caso, responsabilidade solidária, apenas no tempo em que o trabalhador esteve sujeito às suas ordens e apenas em relação a algumas verbas especificadas.

Sobre a responsabilização solidária, ensina Luciano Martinez[23]:

> A primeira espécie – **responsabilidade solidária** - caracteriza-se pela concorrência de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida, sendo uma dessas pessoas necessariamente o próprio devedor originário. Nesse caso, não é relevante investigar contra quem se dirigirá a pretensão de ver cumprida a prestação, uma vez que o responsável derivado é solidário ao devedor originário.
>
> (Destaques no original)

No tocante à terceirização permanente, a Súmula 331 do TST, em seus incisos IV e VI, dispõe sobre o tema da responsabilidade das empresas:

> **Súmula nº 331 do TST**
> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**
>
> (...)
> 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.
> (...)
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Vale dizer, se a terceirização se der de forma ilícita, a responsabilidade das empresas tomadora e prestadora de serviços é solidária, nos termos do artigo 942 do Código Civil, combinado com o artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

---

[23] MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 281 e 282.

Contudo, se a terceirização se der de forma lícita, a responsabilidade principal é do real empregador, ou seja, da prestadora de serviços. Subsidiariamente, caso a devedora principal não cumpra com suas obrigações trabalhistas, responde a empresa tomadora de serviços.

Novamente citamos Luciano Martinez[24], que assim define a responsabilidade subsidiária:

> O segundo tipo – **responsabilidade subsidiária** – é caracterizado não pela *concorrência*, mas pela *sucessão* de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida. Se o devedor originário não tiver patrimônio para saldar a dívida, e somente nesse caso, é que se atacará o patrimônio do responsável em caráter subsidiário, ou simplesmente, devedor subsidiário. Ressalta-se que é pressuposto essencial a demonstração da inexistência de patrimônio do devedor originário para autorizar a investidura sobre os bens do devedor subsidiário, o que não ocorre com o devedor solidário. Exemplo típico de responsabilidade subsidiária é aquele a que se refere à Súmula 331. IV, do TST. É de notar que a responsabilidade subsidiária é uma construção doutrinária e jurisprudencial. Esse tipo não possui previsão expressa na lei, mas apenas oblíqua, conforme art. 1.091 do Código Civil.

Portanto, o entendimento jurisprudencial atualmente dominante é no sentido de que o tomador de serviços sempre terá responsabilidade. Se a terceirização se der de forma ilícita, a responsabilidade do tomador será solidária. Contudo, se a terceirização se der de forma lícita, a responsabilidade do tomador será subsidiária.

O fundamento para responsabilização subsidiária na terceirização lícita está nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, devido à ocorrência de dolo ou de culpa pelo tomador de serviços na fiscalização (*culpa in vigilando*) ou na escolha (*culpa in eligendo*) da prestadora de serviços que contratou.

A jurisprudência é dominante no sentido de que mesmo a terceirização lícita enseja a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços:

> (...) AUSÊNCIA DE CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO. Ainda que lícita a terceirização, remanesce a responsabilidade, nos termos do item IV da Súmula 331 do C. TST, visto que nomeou prestadora

[24] Idem. p. 282

> de serviços incapaz de quitar os débitos trabalhistas, não exigindo durante a execução do contrato providências neste sentido. (TRT-2 - RO: 00013798420135020051 SP 00013798420135020051 A28, Relator: BIANCA BASTOS, Data de Julgamento: 02/07/2015, 9ª TURMA, Data de Publicação: 15/07/2015)

O entendimento jurisprudencial tem sido diverso quanto à terceirização na Administração Pública:

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE PÚBLICO QUANTO AO CUMPRIMENTO, PELA CONTRATADA, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO. Conquanto não haja nenhum óbice no ordenamento jurídico à imposição de responsabilidade subsidiária ao ente público que se utiliza do fenômeno da terceirização, vez que a declaração de constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/1993, pelo E. STF, não impede a decretação de sua responsabilidade, quando constatada a ocorrência de culpa "in vigilando" (Súmula 331, V, do C. TST), não há como se aplicar ao caso em tela o referido entendimento jurisprudencial, vez que a sociedade de economia mista recorrente comprovou a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais pela prestadora de serviços, inclusive aplicando penalidades de multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratação com a Administração Pública, pelo prazo de 02 (dois) anos, à prestadora de serviços contratada. Recurso ao qual se dá provimento. (TRT-2 - RO: 00010448820135020011 SP 00010448820135020011 A28, Relator: SERGIO ROBERTO RODRIGUES, Data de Julgamento: 04/02/2014, 11ª TURMA, Data de Publicação: 11/02/2014)

Nota-se que são duas jurisprudências do mesmo TRT e de anos próximos. Já foi analisada, nesta monografia, a fundamentação da responsabilidade subsidiária, na terceirização lícita, para as empresas privadas. Contudo, para a Administração Pública a interpretação é diversa, já que esta, provando que fiscalizou o cumprimento do contrato administrativo e que não tinha como saber que fez uma má escolha de prestadora de serviços, exime-se de culpa.

Como já ressaltado, a Administração Pública não é tema desta monografia, pelo que, feito o destaque anterior, não são cabíveis maiores considerações.

O inciso IV da Súmula 331 do TST afirma que haverá responsabilização subsidiária do tomador de serviços “desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Sendo assim, para haver responsabilização subsidiária do tomador de serviços, este deve constar como Reclamado no processo e ter sua responsabilidade subsidiária decretada em decisão proferida nos autos da Reclamação Trabalhista.

Em eventual Reclamação Trabalhista, não deve haver litisconsórcio passivo necessário, no qual, obrigatoriamente, devam figurar como Reclamados as empresas tomadora e prestadora. O empregado terceirizado, se quiser, pode processar apenas a empresa prestadora de serviços. Contudo, se assim o fizer, não podendo a empresa ré, no caso, arcar com a condenação, não poderá o Reclamante, posteriormente, exigir o pagamento pela empresa tomadora de serviços, visto que esta não participou da relação processual, nem constou do título executivo extrajudicial.

A verdade é que, se a empresa tomadora de serviços possui responsabilidade de qualquer maneira, sendo a terceirização lícita ou ilícita, não é inteligente deixá-la de fora do polo passivo de eventual ação trabalhista.

Por fim, como a redação do inciso IV da Súmula 331 do TST menciona que o inadimplemento das obrigações “trabalhistas” é que enseja a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, foi necessária a inclusão do inciso VI na referida Súmula, para que não pairem dúvidas de que verbas como danos morais ou recolhimentos previdenciários também deverão ser arcados pelo devedor subsidiário, já que a responsabilização subsidiária “abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

5. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

5.1 Conceito

A subordinação estrutural, tema central desta monografia, é também chamada de subordinação integrativa ou reticular.

Sobre o tema, Luciano Martinez[25] assim nos ensina:

> Outra variável relevante no estudo da subordinação diz respeito a um tipo intitulado **subordinação estrutural, integrativa ou reticular**, caracterizado pela dispensabilidade da ordem direta (subordinação direta) do empregador para a formação de vínculo entre os efetivos beneficiários dos serviços contratados. Esse novo conceito é normalmente invocado diante de situações de terceirização de atividades que, apesar de aparentemente "-meio", são *estruturalmente* ligadas (por isso se fala em subordinação "estrutural") aos propósitos finais do empreendimento (por isso surge o nome "integrativa"). Trata-se de uma nova forma de organização produtiva, em cuja raiz se encontra a empresa-rede (daí, por outro lado, a adjetivação "reticular"), que se irradia por meio de um processo de expansão e fragmentação.
>
> (Destaques no original)

Ricardo Araújo Cozer[26], atribuindo a Maurício Godinho Delgado a introdução do tema no Brasil, traz a definição desse jurista sobre o conceito:

> Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas "[...] as marras do vínculo empregatício".
>
> Estrutural é [...] a subordinação que se expressa pela "inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Como se viu, Maurício Godinho Delgado, citado por Ricardo Araújo Cozer, faz ainda distinção entre subordinação estrutural e subordinação objetiva.

---

[25] Idem. p.161

[26] COZER, Ricardo Araújo. *Desconstruindo o Princípio da Subordinação Objetiva ou Estrutural*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária: 323, Maio/2016. P. 207.

A bem da verdade, com a devida *venia* a Maurício Godinho Delgado, não vemos, nas definições desse jurista, diferenças entre subordinação objetiva e estrutural. Nesse mesmo sentido, Ricardo Araújo Cozer[27] produz crítica mais contundente, ao afirmar que os conceitos subordinação estrutural e objetiva, propostas por Maurício Godinho Delgado, em nada se diferenciam do conceito de não-eventualidade:

> Sejamos sinceros. Jogo da verdade. As fórmulas definitórias de subordinação objetiva e estrutural e de não eventualidade não são gêmeas uni ou bivitelinas? Ambas aludem aos fins do empreendimento e à inserção na dinâmica normal da empresa.
>
> Em outro falar: qual é a efetiva diferença entre esses institutos jurídicos? Se formos leais, responderemos: nenhuma. Como sequela, qual é a utilidade das novas definições de subordinação objetiva e estrutural? Também nenhuma, pois se limita a *criar* mais do mesmo.
>
> Se algum objetivo mira, parece ser o de estimular a formação de jurisprudência em que a categorização do liame empregatício seja artificialmente ampliada.

No entanto, fato é que o conceito de subordinação estrutural já é amplamente aceito na jurisprudência:

> RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. 1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TRABALHO EM ATIVIDADE-FIM, EXERCIDO FORA DO ESTABELECIMENTO DO TOMADOR DE SERVIÇOS. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. VÍNCULO DE EMPREGO. 1.1. Resultado de bem-vinda evolução jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que veda a "contratação de trabalhadores por empresa interposta", "formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços", ressalvados os casos de trabalho temporário, vigilância, conservação e limpeza, bem como de "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta" (itens I e III). 1.2. O verbete delimita, exaustivamente, os casos em que se tolera terceirização em atividade-fim. **1.3. A vida contemporânea já não aceita o conceito monolítico de subordinação jurídica, calcado na submissão do empregado à direta influência do poder diretivo patronal. Com efeito, aderem ao instituto a visão objetiva, caracterizada pelo atrelamento do trabalhador ao escopo empresarial, e a dimensão estrutural, pela qual há "a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços" (Mauricio Godinho Delgado)**. 1.4. O Regional revela que as tarefas desenvolvidas pelo autor se enquadram na atividade-fim do tomador de serviços. 1.5. Impositiva a incidência da compreensão da Súmula 331, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 10218020145030173, Relator:

[27] Idem. p. 209

> Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 21/10/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)
>
> (Destaques nossos)

> MOTOBOY. ENTREGADOR. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO EVENTUALIDADE E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. O vínculo de emprego restou devidamente caracterizado pelos elementos de prova contidos nos autos, vez que a função de motoboy, desempenhada pelo autor, estava inserida na estrutura organizacional da reclamada, com subordinação estrutural e não eventualidade na prestação do serviço. Ante o exposto, presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, nega-se provimento ao recurso patronal no tópico. (TRT-2 - RO: 00015312220145020432 SP 00015312220145020432 A28, Relator: MARIA ISABEL CUEVA MORAES, Data de Julgamento: 17/03/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 27/03/2015)

> VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE FIM DA TOMADORA. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. É possível reconhecer-se uma subordinação sem a clássica verificação do recebimento de ordens pelo superior hierárquico, bastando que se demonstre estar o trabalhador inserido na estrutura do empreendimento. Trata-se da subordinação estrutural ou reticular, como costuma chamar a doutrina e já aceita pela jurisprudência trabalhista. O caso dos autos é exatamente este, pois, se há desenvolvimento de atividade-fim da tomadora pela prestadora de serviços, por certo que está presente a subordinação estrutural, o que permite reconhecer, com segurança, a existência do vínculo de emprego. (TRT-1 - RO: 00010726620125010222 RJ, Relator: Patrícia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 30/03/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 28/04/2015)

Portanto, para a teoria da subordinação estrutural, é subordinado o trabalhador inserido no processo produtivo, na dinâmica e na estrutura da empresa, mesmo que não receba ordens diretas, pois essa inserção significa que as atividades desempenhadas pelo trabalhador estão enquadradas na atividade-fim do empreendimento.

5.2 Análise crítica da teoria da subordinação estrutural

Concordamos com Ricardo Araújo Cozer, quando, na passagem já citada, afirma que a teoria da subordinação estrutural artificialmente amplia o liame empregatício.

Não se pode deixar de ressaltar, contudo, que é louvável o esforço da jurisprudência para julgar os casos de terceirização, dada a ausência de regramento específico do tema.

Entendemos, também, os motivos que levam os adeptos desta teoria a defendê-la. De fato, há muitos trabalhadores inseridos no processo produtivo, na dinâmica e na estrutura da empresa em situações precárias de trabalho.

Com isso, ilicitamente, insere-se um trabalhador no processo produtivo da empresa, não em atividades periféricas, mas em atividades mais simples que integram o meio produtivo. Desse modo, a empresa tomadora de serviços, ilicitamente, deixa de arcar com os custos da contratação de mão de obra e com os direitos da categoria profissional que os empregados por ela contratados diretamente possuem.

Um bom exemplo dessa forma de precarização das relações de emprego se dá na terceirização de serviços de *call centers* em bancos. Nesse tipo de empreendimento, os bancos costumam contratar empresas de *telemarketing* que fornecem empregados aos bancos para que trabalhem em *call centers.* Exclusivamente por contato telefônico, esses empregados ofertam e vendem produtos e serviços a clientes do banco. A oferta e a venda de determinados produtos, como cartões bancários, apesar de atividades mais simples, não são atividades periféricas de um banco. São, na verdade, atividades que integram o meio de produção bancário. A jurisprudência, atualmente, vem entendendo que empregados nessa situação estão enquadrados na atividade-fim dos bancos:

> RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. BANCO. CALL CENTER. VÍNCULO DE EMPREGO. SÚMULA 331 DO TST. Em que pese o Tribunal Regional ter declarado a licitude da terceirização, esta Corte Superior vem entendendo que a oferta e venda de cartões de crédito são atividades inerentes às instituições financeiras. Conforme diretriz consagrada no item I da Súmula 331 do TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, para atuar em sua atividade finalística, é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador. Assim, estando a atividade desenvolvida pela Reclamante inserida na atividade-fim da tomadora de serviços, o vínculo de emprego forma-se diretamente com esta,

> conforme dispõe o item I da Súmula 331 desta Corte. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 16137820125030017, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 21/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015)

É bem verdade que a produção legislativa não regula devidamente as atuais e dinâmicas relações de emprego. Com isso, abriu-se espaço para uma terceirização desenfreada, com inegável precarização das condições de trabalho. Contudo, os Tribunais brasileiros devem combater as formas lícitas de terceirização sem contrariar o ordenamento jurídico, e isso não ocorre com a aplicação da teoria da subordinação estrutural.

Em primeiro lugar, a subordinação estrutural é conceito que nem pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por vício de origem.

Como já expus nessa monografia, nosso Direito adotou a teoria contratualista do contrato de trabalho. No entanto, toda a tese da subordinação estrutural é fundada em bases anticontratualistas, mais especificamente na teoria institucionalista do contrato de trabalho. Com a devida *venia*, não podem os julgadores adotar tese fundada em teoria rechaçada por nosso ordenamento jurídico e que contraria o expressamente o entendimento consagrado do artigo 442 da CLT de que o contrato de trabalho dá origem à relação de emprego.

Essa incorporação de teses jurídicas de outros países, às vezes, e como no caso, faz com que possa ser incorporada alguma tese que pode se adequar ao ordenamento jurídico de país estrangeiro, mas não ao brasileiro. Sobre o tema, comenta Lenio Luiz Streck[28]:

> Já no ambiente jurídico brasileiro, a impressão que se tem é de que todas essas tradições estão presentes no imaginário de forma difusa e, por vezes, acrítica. Falamos o tempo todo de precedentes, formalismo conceitual, “juiz boca de lei” e outras tantas expressões que remetem às mais diversas tradições dessa cultura jurídica europeia. Para ficar apenas no âmbito dos códigos, vale lembrar, com José Reinaldo de Lima Lopes, que a comunidade jurídica brasileira que produziu o Código Civil de 2016 esteve sob a influência direta da

---

[28] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 28/29.

> pandectística alemã, que acabou por gerar um direito provado cujo modelo era/é fortemente germanizado; mas, ao mesmo tempo, passamos a comentar e fazer doutrina com autores franceses e italianos, que pouco ou nada têm a ver com o direito civil alemão.
>
> Sempre estivemos, portanto, às voltas com essa espécie complicada de sincretismo. Isso é um problema porque acaba gerando a –falsa-ideia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um "direito melhor" ou "mais avançado". Certamente isso é um ledo engano.

Não se nega a atividade criativa do Magistrado, que não pode se limitar à mera subsunção do fato à norma. Afinal, a LINDB, em seu artigo 4º, admite que, por vezes, a lei pode ser omissa. Por sua vez, a CLT, em seu artigo 8º, *caput*, admite que, por vezes, faltam disposições legais ou contratuais para decidir. Nesse contexto, a atividade criativa do juiz é fundamental, já que não pode se eximir de julgar, nos conformes do artigo 140 do CPC e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Contudo, essa atividade criativa encontra limites, como explica Fredie Didier Jr[29].

> Note, ainda, que a atividade jurisdicional opera-se a partir de dois limites. O órgão julgador limita-se, por um lado, pelos enunciados normativos do direito objetivo (Constituição, leis, regulamento etc.) e, por outro, pelo caso concreto que lhe foi submetido. Não pode ir além do caso - decidir fora do que foi pedido – nem decidir fora do direito objetivo – dar uma solução que seja contrária ao direito. Estes são os extremos daquilo que pode ser chamado de "zona ou área da criatividade jurisdicional".

Por isso, entendemos que a aplicação da teoria da subordinação estrutural excede os limites da atividade criativa do juiz, pois a fundamentação desta teoria encontra-se fora do direito objetivo brasileiro, que adotou a teoria contratualista da relação de emprego.

Destacamos, também, que não há nenhum artigo de lei, nem mesmo uma Súmula ou OJ do TST, que defina os parâmetros da subordinação estrutural que, na prática, são delineados por cada Magistrado, sem amparo

---

[29] DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª Edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 161.

legal. Não se nega que a jurisprudência é fonte formal do Direito do Trabalho. Contudo, como ressaltado, a atividade criativa do Magistrado encontra limites no próprio ordenamento jurídico, não podendo dele exceder.

Também é importante destacar que a Súmula 331, III, do TST, é clara ao afirmar que a terceirização é ilícita se houver subordinação direta. A Súmula, não à toa, especifica qual subordinação torna a terceirização ilícita, qual seja, a direta. Então, *a contrario sensu*, toda outra forma de subordinação que não a direta é válida na terceirização. Sendo assim, a subordinação estrutural, não abrangida pela Súmula 331 do TST, não ensejaria uma terceirização ilícita, por si só.

Conforme já destacado, a produção legislativa brasileira não acompanhou a evolução das relações de emprego. Por isso, a terceirização vem crescendo no Brasil à margem de um regramento específico. Nesse contexto, a teoria da subordinação estrutural ganhou força, já que minimiza os efeitos de uma terceirização desenfreada, causadora de inegável precarização de empregos. Destacamos entendimento jurisprudencial:

> RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. COOPERATIVA. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. As novas formas de produção capitalista diluíram a figura do empregador em múltiplas relações, de modo que não é raro que partes dos elementos do vínculo sejam efetivados com uma empresa e partes com outra. Nesse cenário, a subordinação jurídica, idealizada nos tempos de Ford e Taylor, dá lugar ao que hoje se denomina subordinação estrutural, integrativa ou reticular. O empregado, inserido numa dinâmica empresarial, tem os elementos do seu vínculo partido entre as empresas que se beneficiam de seus serviços. Admissível, diante disso, que a empregada tenha o vínculo de emprego reconhecido com a Reclamada. (TRT-1 - RO: 01400002320095010021 RJ, Relator: Marcelo Augusto Souto de Oliveira, Data de Julgamento: 25/11/2014, Quinta Turma, Data de Publicação: 01/12/2014)

Como se vê, a jurisprudência reconhece a existência de novos parâmetros para configuração da relação de emprego nos dias atuais. No entanto, é possível chegar a um entendimento justo, no contexto atual, sem contrariedade ao ordenamento jurídico.

Para que a terceirização seja ilícita, como vimos, basta apenas a ocorrência de um desses fatores: terceirização de atividade-fim, pessoalidade ou subordinação direta.

A bem da verdade, se o trabalhador exerce atividade inserida no processo produtivo da empresa, não é preciso alegar a teoria da subordinação estrutural para invalidar essa forma de precarização do trabalho.

Isso porque a atividade inserida no processo produtivo da empresa não pode ser enquadrada como periférica, estando, então, enquadrada como atividade-fim do empreendimento, o que já torna ilícita a terceirização, nos conformes da Súmula 331, III, do TST, intepretação esta de acordo com o ordenamento jurídico.

Contudo são muitos os julgados que invalidam a terceirização, com fundamento na subordinação estrutural, por conta da inserção do trabalhador do processo produtivo da empresa. Destaco alguns:

> TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. IRREGULARIDADE. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. VÍNCULO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE SECURITÁRIO. A terceirização da atividade-fim é irregular, pois embora não seja proibida por lei, viola princípios básicos de Direito do Trabalho. Toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade-fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços. Esse argumento basta para comprovar a subordinação. Como a real empregadora atua no ramo de seguros, devidos, pois, os direitos inerentes a essa categoria. (TRT-1 - RO: 00110936120145010051 RJ, Relator: VOLIA BOMFIM CASSAR, Data de Julgamento: 29/04/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/05/2015)

> Terceirização de atividade-fim. Reconhecimento de vínculo empregatício. A contratação de prestação de serviços, para realização de atividade que se insere na atividade-fim da empresa, torna ilícita a terceirização, ensejando o reconhecimento de vínculo com a empresa tomadora, nos termos da Súmula 331, I e III do C. TST. A inserção do trabalhador na atividade produtiva do tomador, nessa hipótese, caracteriza subordinação estrutural. (TRT-2 - RO: 00020387720145020433 SP 00020387720145020433 A28, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 10/11/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 27/11/2015

Com a devida *venia* aos julgados, entendemos que o fundamento para a ilicitude de terceirização de atividades que integram o processo produtivo do empreendimento não é a subordinação estrutural e, sim, a terceirização de atividade-fim.

Como se vê, sem a aplicação da teoria da subordinação estrutural, é possível considerar como terceirização ilícita a atividade do empregado que está inserido, de alguma forma, nos meios de produção da empresa tomadora de serviços, já que uma atividade-meio, periférica, não pode estar inserida na cadeia produtiva.

Afastado, então, o argumento de que o empregado que desempenha atividades inseridas no processo produtivo da empresa é estruturalmente subordinado, destacamos que há desnecessário alargamento do liame empregatício quando a teoria da subordinação estrutural afirma que é subordinado o empregado inserido na estrutura ou na dinâmica do tomador de serviços.

A partir do momento em que ocorre uma terceirização de serviços, todo empregado terceirizado passa a integrar, necessariamente, a estrutura do tomador de serviços. Isso, por si só, não é suficiente para averiguar se a terceirização é ou não é lícita. Para isso, é preciso averiguar se o trabalhador, inserido na estrutura da empresa, desenvolve atividade periférica (meio) ou atividade que integra o processo produtivo da empresa (fim).

Em relação à dinâmica da empresa tomadora de serviços, é possível dizer o mesmo. Todo empregado terceirizado, ainda que em atividade-meio, contribui para a dinâmica empresarial.

Vejamos, como exemplo, a típica atividade-meio de conservação e limpeza. Nos conformes da Súmula 331, III, do TST, respeitados os demais requisitos, a terceirização de serviços de conservação e limpeza é lícita. No

entanto, não se pode negar que é uma atividade inserida na dinâmica e na estrutura de qualquer empresa.

Isso porque o estabelecimento empresarial precisa estar limpo para que as atividades empresariais sejam executadas. Logo, as atividades de conservação e limpeza estão inseridas na dinâmica da empresa e os trabalhadores que ali se encontram realizando essas atividades fazem parte da estrutura do empreendimento. Contudo, esse simples fato não é suficiente para que a terceirização seja considerada ilícita.

Todo atividade empresarial tem como finalidade a obtenção de lucro. Por isso, se o empresário promove uma terceirização, por óbvio está procurando, ao final, um resultado lucrativo.

É sabido que não pode o empresário procurar esse lucro desrespeitando as normas jurídicas. O Direito, nesse aspecto, atua como um limitador à busca desenfreada pelo lucro, o que geraria precarização do trabalho de muitos para o enriquecimento de poucos. No entanto, não é possível, também, inviabilizar completamente a atividade empresarial.

De fato, toda a atividade periférica está inserida na estrutura e na dinâmica do tomador de serviços. Adotar a teoria da subordinação estrutural, então, seria o mesmo que proibir a terceirização, o que iria na contramão das relações atuais de emprego, bem como do ordenamento jurídico brasileiro, que autoriza a terceirização.

Entendemos, então, que o conceito de subordinação estrutural, buscando fundamento em teoria anticontratualista não aceita pelo ordenamento jurídico, sem amparo legal e contrariando a Súmula 331, III, do TST, alarga o liame empregatício de forma a tornar qualquer terceirização ilícita. Ademais, não é um conceito necessário, pois com uma correta interpretação do nosso ordenamento jurídico é possível combater as atuais formas de precarização das relações de emprego por meio da terceirização, sem a aplicação da teoria da subordinação estrutural.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto nesta monografia, partindo da incontestável premissa de que a produção legislativa não acompanhou a evolução das relações de emprego ao longo dos anos, foi incorporada, no Brasil, a teoria da subordinação estrutural, com o objetivo de minimizar os efeitos negativos dessa inércia legislativa, sobretudo no tocante à precarização de empregos decorrentes da terceirização.

De fato, com a modernização das relações de emprego, o empregador possui tecnologia para fiscalizar e para gerir a atividade dos empregados, mesmo sem estar presente ou sem aplicar ordens diretas ao empregado. Com isso, há uma superação da subordinação jurídica clássica adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme lições de Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”, entendemos que o ordenamento jurídico não poder ser um conjunto de palavras distanciado da realidade. Citando Humboldt, na mencionada obra, Kesse explica que o ordenamento jurídico, como construção teórica, para que tenha eficácia, deve encontrar seu fundamento na realidade social, temporal e circunstancial do país[30].

Nesse sentido, a terceirização é uma realidade no Brasil e o distanciamento de nossas leis com a realidade enfraquece o ordenamento jurídico brasileiro.

Dada a atual ausência de regramento legal, o julgador atualmente aprecia os casos de terceirização com base na Súmula 331 do TST que, sem criar nada novo, apenas norteou o intérprete do Direito com fundamentos em princípios e em regras já existentes.

Por conta disso, o julgador continuou encontrando dificuldade para julgar os atuais casos de terceirização. A Súmula 331 do TST, como se disse, não criou, até porque nem poderia criar, nada de novo. Por isso, muitos juristas

---

[30] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung) / tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: editor Sergio Antônio Fabris, 1991. P. 17.

adotaram a ideia de subordinação estrutural, com o intuito de adequar a interpretação sobre a terceirização à realidade.

Contudo, com a devida *venia*, a teoria da subordinação estrutural não permite uma interpretação jurídica conforme a realidade da terceirização atual. Como se disse, houve uma superação da subordinação jurídica clássica, de modo que as relações de emprego não são mais tão verticais como no passado.

Além do exposto, ainda prevalece no Direito o princípio da legalidade e a atividade criativa do Magistrado encontra limites, não só no caso concreto, mas também no direito objetivo.

Não obstante ser válida a preocupação com a inércia da produção legislativa brasileira, a aplicação da teoria da subordinação estrutural não é o melhor caminho para se combater a precarização das relações de emprego causada pela terceirização.

Isso porque a subordinação estrutural é conceito inerente à tese anticontratualista das relações de emprego. E o ordenamento jurídico brasileiro, como se demonstrou, aplicou a tese contratualista às relações de emprego, pelo que o vínculo empregatício nasce com o contrato de trabalho.

Ademais, a teoria da subordinação estrutural praticamente acaba com a terceirização, pois, aceitando-a, todo empregado terceirizado poderá pleitear vínculo empregatício com o tomador de serviços, visto que necessariamente inserido na estrutura ou na dinâmica do tomador de serviços.

Ainda, a jurisprudência, ao aplicar a teoria da subordinação estrutural, contraria a si mesma, pois a Súmula 331 do TST é clara ao afirmar que não forma vínculo de emprego com o tomador de serviços a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, e não desde que inexistente a subordinação estrutural, que prescinde de ordens diretas.

Pelo exposto, a teoria da subordinação estrutural, sem respaldo legal, alarga demasiadamente o liame empregatício quando conceitua como

subordinado ao tomador de serviços o empregado terceirizado inserido na estrutura ou na dinâmica do empreendimento.

No que tange ao empregado terceirizado inserido no processo produtivo do empreendimento, a aplicação da subordinação estrutural é desnecessária, visto que o empregado, nesse contexto, está inserido na atividade-fim do empreendimento, o que já é uma terceirização vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

Por isso, cabe aos operadores do direito lutar contra as injustiças, mas sempre com respeito ao ordenamento jurídico, de forma a propiciar aos jurisdicionados segurança jurídica fundamental em um Estado Democrático de Direito. Cabe, ainda, à população, exigir dos políticos um processo legislativo mais célere e a criação de leis que regulem a realidade social do país, pois, do contrário, haverá enfraquecimento de nossas leis e de nossas instituições democráticas.

BIBLIOGRAFIA

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar/jurisprudência*. Ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. 40ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

COZER, Ricardo Araújo. *Desconstruindo o Princípio da Subordinação Objetiva ou Estrutural*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária: 323, Maio/2016

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª Edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2009.

FLEURY, Afonso. *Introdução à Engenharia de produção/organizador Mário Otávio Batalha*. 3ª edição - reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)* / tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: editor Sergio Antônio Fabris, 1991.

KLIPPEL, Bruno. *Direito Sumular Esquematizado-TST*; coord. Pedro Lenza. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37ª Edição. São Paulo: LTr, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.