

HEBER CLEMENTE BENATTI

**TERCEIRIZAÇÃO E LEGALIDADE FACE ÀS RELAÇÕES
EMPRESARIAIS MODERNAS**

ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO

PUC/SP

COGEAE

2013

HEBER CLEMENTE BENATTI

**TERCEIRIZAÇÃO E LEGALIDADE FACE ÀS RELAÇÕES
EMPRESARIAIS MODERNAS**

*Monografia apresentada à banca
examinadora da COGEAE da Faculdade de
Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do grau de especialista
em Direito do Trabalho, sob a orientação da
Professora Catia Guimarães Raposo Novo
Zangari*

São Paulo

2013

HEBER CLEMENTE BENATTI

**TERCEIRIZAÇÃO E LEGALIDADE FACE ÀS RELAÇÕES
EMPRESARIAIS MODERNAS**

Trabalho de curso submetido à Comissão Examinadora, como requisito básico para obtenção do grau de Pós-Graduação.

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em ____/____/____

As leis são sempre úteis aos que possuem e nocivas aos
que nada têm

Jean-Jacques Rousseau

Dedico o presente trabalho aos meus pais, fonte de sabedoria e amor, base do que sou, e à minha esposa, fonte de sonho e inspiração.

Agradeço ao meu professor Rui Cesar Publio Borges Correa pelos valiosos ensinamentos; a minha orientadora Catia Guimarães Raposo Novo Zangari, pela compreensão, paciência e orientação segura e firme em todo o decorrer desta pesquisa; a minha irmã Eliana e meu cunhado Rubens pela ajuda e amparo durante o período de curso; aos meus pais e a minha esposa pelo apoio, dedicação, zelo e confiança.

RESUMO

O presente trabalho é o estudo da terceirização trabalhista e sua aplicação no direito do trabalho, apontando suas origens, características, problemáticas, possibilidades, aplicação e interpretação no direito laboral face as relações de trabalho modernas. O estudo ora realizado aponta as origens, métodos e sugestão de um novo modelo legal para a aplicação da terceirização no atual ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Direito. Direito do Trabalho. Terceirização Trabalhista.

ABSTRACT

The present work is the study of outsourcing labor and their application in the work, pointing their origins, characteristics, problems, possibilities, application and interpretation of labor law in the face of modern labor relations. The study conducted herein indicates the origins, methods and suggested a new legal model for the implementation of outsourcing in today's work environment.

Keywords: Right. Labor Law. Outsourcing Labour.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - TERCEIRIZAÇÃO	11
1.1 Evolução Histórica	11
1.2 Definição.....	16
1.3 Distinção	19
1.4 Natureza Jurídica.....	19
1.5 Classificação	20
1.6 Vantagens e desvantagens da terceirização	21
1.7 Aspectos Constitucionais.....	23
1.8 Aspectos Legais	24
1.9 Atividade-meio e atividade-fim	27
CAPÍTULO II – A TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	29
2.1 Flexibilização X Precarização.....	36
CAPÍTULO III – TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO	39
CAPÍTULO IV – A SÚMULA 331 DO TST E A INTERPRETAÇÃO DO STF	44
4.1 O atual posicionamento do TST e os aspectos controvertidos da legalidade da terceirização.....	55
CAPÍTULO V – PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E O PROJETO DE LEI 4330/04	63
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

A terceirização é um dos temas que mais vem atraindo atenção da comunidade acadêmica e profissional trabalhista no Brasil. No Poder Judiciário, Juízes e Tribunais se debruçam sobre o tema, que é alvo de discussões jurídicas e processos sobre a sua legalidade, que se utiliza do ativismo normativo para inquirir de ilegal determinadas relações comerciais, ante a lacuna deixada pelo Poder Legislativo.

Considerando que a terceirização é a chave da economia moderna, o presente estudo tem por finalidade levantar os aspectos controvertidos e as problemáticas da terceirização no Brasil, demonstrando que o atual modelo é ineficaz para atender às demandas econômicas e sociais e que a ausência de dispositivo legal regulamentando a matéria vem causando interpretações polêmicas do Poder Judiciário sobre a permissibilidade da terceirização e a discussão do que seria a licitude nas relações de emprego.

Sabemos que a regulamentação normativa da terceirização é restrita, em certa medida, à Lei do Trabalho Temporário (nº 6010/74), à Lei da Vigilância Especializada (nº 7.102/83) e às diretrizes da Súmula nº 331 do C. TST e da Orientação Jurisprudencial nº 383 da Seção de Dissídios Individuais da mesma Corte Superior. A restrição e acanhamento normativo sobre o tema agravou-se a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no julgamento, no final de 2010, da ADC nº 16-DF, construindo jurisprudência atenuadora da responsabilidade estatal nos casos de terceirização havida por vias de licitação.

Deste modo, o presente estudo tem a finalidade de discutir a legalidade e ineficiência do cenário legislativo atual, com a proposição de novos modelos regulatórios para atender a economia moderna sem macular os direitos trabalhistas e sociais dos empregados do setor. Ainda, este trabalho demonstrará que a terceirização, por tratar-se de uma forma inteligente e ágil de solucionar problemas crônicos das relações trabalhistas, como o desemprego, merece evoluir e adicionar novos conceitos, para que evitemos o tão temido engessamento de nosso sistema jurídico.

1. TERCEIRIZAÇÃO.

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em adstrição à evolução histórica do tema, sem citar as bases do surgimento das relações de trabalho e sua evolução, temos que o processo de expansão da importância do trabalho assalariado iniciou-se com surgimento do capitalismo industrial e termina no início da década de 1970.

Entre a primeira Revolução Industrial e o processo seguinte à Primeira Guerra, operou-se nas nações capitalistas um longo processo de surgimento, sistematização e consolidação de um ramo jurídico especializado no tratamento da nova relação empregatícia, o Direito do Trabalho.

A evolução do sistema capitalista coincidiu, até o início da década de 1970, com a evolução da própria relação de emprego. Com o crescimento e desenvolvimento do sistema capitalista, aumentou-se a proteção ao trabalho humano assalariado e melhorou gradativamente a forma de integração do trabalhador na dinâmica empreendedora.

Nesse contexto, num cenário de lutas e concessões, estruturou-se nos mais importantes países capitalistas um conjunto de regras e normatizando o trabalho livre, entretanto, subordinado e assalariado. Houve a criação de vários direitos destinados aos trabalhadores, decorrentes do vínculo empregatício, que foram sendo desenvolvidos progressivamente, deixando de ser aquela verificada no *Welfare State*¹.

O Estado de Bem-Estar Social deu lugar ao Estado Neoliberal, que enxugou a máquina estatal com as privatizações. O mercado globalizado consagrou-se como dinamizador do desenvolvimento socioeconômico, demandando desregulamentação e flexibilização nas relações econômicas, inclusive nas trabalhistas. A tecnologia passou por importante salto, com a microeletrônica, a robotização e a microinformática. Especialmente nas esferas política, econômica e social, foram sentidas graves transformações².

¹ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de, **(I)licitude da terceirização no Brasil: uma análise da perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços**. São Paulo: LTr, 2012, pág. 42

² DELGADO, Maurício, Capitalismo, trabalho e ..., pag. 31-32, in: ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, **(I)licitude da terceirização no Brasil...**, pág. 48-49

Após a crise iniciada em 1970, as mudanças não se restringiram ao mundo ao redor da empresa. Segundo registra Viana, citado por Andrade³, também no plano da estrutura empresarial, importantes mudanças foram implementadas para restabelecer o crescimento do capitalismo, abalado pelo baque sofrido na década de 1970.

Respondendo à crise, em meio ao sobredito cenário, surgiram novas modalidades de gestão do trabalho, ou, mais amplamente, da produção capitalista como um todo. Sucedeu-se o processo de reestruturação produtiva⁴.

Entre as principais medidas implementadas pelos ultraliberais para conter a crise de 1970 esteve a construção de um Estado Mínimo, encarregado de induzir e garantir a liberdade do capital privado, um estado que permitisse a “livre” iniciativa privada, garantida pela desregulamentação de atividades com certo cunho econômico⁵.

Como aduz Viana, citado por Andrade⁶, a corrente neoliberal compartilhava do entendimento de que o movimento operário era um dos pontos cruciais da problemática sofrida à época, o qual, por essa razão, precisava ser contido.

A metodologia de gestão de pessoal das empresas conhecido na vigência do Estado de Bem-Estar Social tornou-se, por definição ultraliberal, precária. Apesar de o sistema capitalista ainda depender do trabalho livre, assalariado e subordinado e/ou dependente, tal padrão precisava ser adequado às novas necessidades do capital, no emergente cenário de globalização e revolução tecnológica.

Após a Segunda Guerra Mundial, o capitalismo entra na sua fase mais exuberante. No Brasil, durante a década de 1970, viveu-se o “Milagre Brasileiro”, com grande crescimento, com abundância de empregos e boas perspectivas de condições de vida.

A segunda fase do capitalismo tem como modelo o Estado do Bem-Estar Social que, ao contrário do antecessor, preconizava um Estado protencionista e interveniente.

Nesse cenário surge o “modelo de produção fordista”, primeiramente implantado nos EUA, nas fábricas de automóveis de Detroit do próprio Henry Ford, acentuando os métodos tayloristas de divisão de trabalho.

O modelo fordista se destacou no intuito de integrar todas as fases do processo de produção e apregoava, segundo Amauri Mascaro, citado por Miraglia:

³ VIANA, Terceirização e..., pág. 333-335, Capitalismo, trabalho e ..., pag. 31-32, in: ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, (I)licitude da terceirização no Brasil..., pág. 49

⁴ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit, pág. 49

⁵ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit, pág. 54

⁶ VIANA, Terceirização e..., pág. 333-335, Capitalismo, trabalho e ..., pag. 31-32, *Apud*: ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit, pág. 54

(...) o trabalho como meio de realização dos objetivos do empreendimento econômico para que possa cumprir seus fins, garantir o aumento da produção (concentração dessa em menos unidades com maior capacidade cada uma), manter os postos fixos e atender não só setor industrial, mas também os novos setores da economia.⁷

É com o fordismo que a maximização e a racionalização conquistam a indústria do automóvel, isto é, da máquina por excelência, que mais se destaca no século XX. A organização vertical das indústrias causou o dinamismo, pois não poderia haver qualquer tipo de desperdício. A implantação de esteiras rolantes promoveu a otimização do tempo e o aumento da produção. Entretanto, a busca incessante pela produção causou a alienação e exploração do trabalhador, ainda que Henry Ford pregasse justa remuneração, assegurando um patamar salarial justo, que permitia os empregados da fábrica possuírem um veículo da marca, inclusive⁸.

Nesta fase o trabalhador ficava adstrito a uma única função dentro da indústria, sem que lhe fossem proporcionadas condições para seu crescimento profissional e até mesmo pessoal, limitando ao saber do seu ofício, gerando grande insatisfação da classe operária superexplorada⁹.

Foi nesse contexto que surgiram os chamados “direitos sociais de segunda geração” e, entre eles, o próprio Direito do Trabalho, cuja importância se firma até hoje.

O “Estado de Bem-Estar Social” teve seu declínio no final da década de 1970 com a “crise do petróleo” que assolou o mundo, elevando o preço da matéria-prima. Foi o início da consolidação do Estado Neoliberal e do surgimento de um novo modelo de produção¹⁰.

Nessa atmosfera, sob a perspectiva neoliberal, brotaram e difundiram-se os axiomas do toyotismo. Deu-se início ao processo de horizontalização, ou *downsizing*, do empreendimento. As empresas passaram a focar naquilo que exclusivamente seria sua atividade-fim, ou finalística. A partir daí, os esforços deveriam concentrar-se em um objetivo

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Apud MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil** – São Paulo: Quartier latin, 2008, pág 62.

⁸ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit, pág 63.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Apud MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit, pág 64

¹⁰ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit, pág 64

principal, e todo o resto de atividades deveria ser delegado a terceiros. Isso tornaria a empresa enxuta, mais flexível, menos onerosa e, assim, mais lucrativa e competitiva¹¹.

A combinação das políticas do neoliberalismo com os preceitos do toyotismo significou mais flexibilidade nas relações econômicas privadas, aí incluídas as trabalhistas. O processo produtivo tornar-se-ia mais maleável, mais adaptado às demandas do mercado.

Essa busca por flexibilidade também alteraram os direitos trabalhistas. Para os ultraliberais, o Direito do Trabalho clássico acrescentava em demasia os custos produtivos. O novo mercado consumidor globalizado, mais abarcante que os protecionismos estatais, mostrou-se altamente exigente, causando a aparição de uma produção determinada pelos níveis de demanda, na qual o trabalho humano, por corolário, ficou restrito ao necessário. Exigiram-se maneiras flexíveis de contratação, o que gerou grande flutuação de mão de obra, com mínima possibilidade de crescimento e alta taxa de rotatividade, com grande flexibilidade numérica e trabalhadores contratados em tempo parcial, tempo determinado e subcontratados, com menos segurança no emprego¹².

Esse padrão visava abrandar os gastos com o pessoal, reduzindo-se o eixo central e aumentando o periférico, evitando custos desnecessários, reduzindo a massa empregatícia à receita do pavor ao invés do amor. O pavor reduz os salários e fomenta a precariedade, neutraliza a resistência e exacerba o poder diretivo¹³.

Houve distorção da lógica do sistema. No Estado de Bem-Estar Social, a empresa adequava seus mecanismos de funcionamento e sua busca por lucro ao padrão de emprego forma clássico. Após a indigitada crise, o padrão de contratação é quem passou a ser alterado, de modo a se tornar compatível com as demandas do empreendimento. O propósito passou à adaptação dos estoques e, com isso, a produção, de maneira geral, à necessidade do mercado, rompendo-se com o paradigma do *Welfare State* de produção uniforme em escala de bens de longa duração, emprego formal e consumo em escala.

Assim, é patente que a propagação mais intensa da terceirização é consequência das manifestações mais evidentes da ideologia fordista/ultraliberal/toyotista.

Para reduzir gastos com mão de obra, a relação econômica de trabalho foi dissociada da relação justtrabalhista. Foi difundido um modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica, bastante distinto do emprego forma clássico, que se assenta em caráter essencialmente bilateral, baseado em um relacionamento firmado diretamente entre

¹¹ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit, pág. 54

¹² AMORIN, a terceirização no..., pag. 31, Apud ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit, pág. 55

¹³ VIANA, Trabalhando sem medo..., pág. 486, in: ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit., pág. 56

patrão e empregado. Entre a figura do trabalhador e do empreendedor tomador de seus serviços apareceu um terceiro, chamado “fornecedor de mão de obra”¹⁴.

Em suma, a partir da crise de 1970 (ou a crise da relação de emprego), no campo das relações de trabalho, principalmente em decorrência das novas máximas toyotistas/neoliberais, iniciou-se um processo de flexibilização trabalhista (no qual se insere a terceirização), para que os direitos liberais tradicionais pudessem ser adaptados às novas formas de tomar o trabalho humano, teoricamente incompatível com a rigidez da relação empregatícia bilateral clássica.

Trazendo para o campo da prática, no Brasil, anteriormente ao exposto acima, na década de 1950, a idéia de terceirização foi trazida por multinacionais, que tinham interesse com a essência de seu negócio. Tal ramo industrial passou a contratar terceiros para a produção de componentes de automóveis.

O art. 17 da Lei 4.594/64 dispõe que a seguradora não pode fazer a venda do seguro diretamente ao segurado, o que tem que ser feito por corretor de seguros.

As empresas de limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967.

Os Decretos leis nº 1.212 e 1.216, de 1966, permitiram aos bancos utilizar serviços de segurança prestados por empresas particulares especializadas.

O decreto nº 62.756 de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, revelando que a partir daí havia licitude na contratação de empregados por meio das mencionadas agências¹⁵.

Surgiram nos Estados Unidos as empresas de trabalho temporário, quando o advogado Winter tinha de apresentar um recurso de 120 laudas datilografadas à Suprema Corte, mas sua secretária adoeceu. Um colega indicou Mary, uma antiga secretária, que estava cansada e dedicando-se exclusivamente ao lar, entretanto, poderia querer ganhar algum dinheiro extra. Mary datilografou o recurso, que foi apresentado ao Tribunal dentro do prazo. Winters começou a pensar quantas pessoas poderiam ter o mesmo problema. Assim, resolveu fundar a Man Power, que possui mais de 550 escritórios por todo o mundo, fornecendo mão de obra temporária, visando trabalhos temporários de curta duração¹⁶.

¹⁴ DELGADO, Mauricio, Curso de direito..., p. 430-431, in: ANDRADE; Flávio Carvalho Monteiro de, Op. Cit. pag. 57

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 12ª ed. rev. e ampl. – São Paulo; Atlas, 2012, pag. 2

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit, pag. 3

Na França, editou-se a Lei nº 72-1, de 1972, tratando do trabalho temporário. A referida lei definia que o *entrepreneur* (empreiteiro ou empresário), que era pessoa física ou jurídica que colocava à disposição dos tomadores a mão de obra provisória e assalariada, remuneradas para um determinado fim, podendo, inclusive, ser utilizado no meio rural¹⁷.

Em 1973, no Brasil, verificou-se que a locação da mão de obra vinha se tornando freqüente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas. Tais empresas objetivavam conseguir mão de obra mais barata, sem se furtar às disposições legais trabalhistas. Nesse contexto surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização, a Lei 6.019/74, que regulou a prática do trabalho temporário já utilizado. A Lei objetivava regular o trabalho temporário, e não concorrer com o trabalho permanente, mormente porque alguns trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar de forma permanente¹⁸.

Posteriormente surge a Lei nº 7.102/83, que tratava da segurança dos estabelecimentos financeiros, permitindo a utilização de serviços de vigilância e transporte de valores, revogando o Decreto-lei nº 1.034. A Lei 7.102/83 foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056/83.

Nos países industrializados, surgiu posteriormente o fenômeno de gerenciamento de empresas terceirizadas, nomeado de quarteirização.

Os conflitos trabalhistas decorrentes da terceirização estão relacionados à existência ou não da relação de emprego, dando ensejo à definição de uma posição jurisprudencial do TST, baseada inicialmente na Súmula 256 daquela Corte e posteriormente na sua revisão pela Súmula 331.

1.2. DEFINIÇÃO.

No Brasil, o termo terceirização não é uma tradução, mas o equivalente ao inglês *outsourcing*, cujo significado literal é *fornecimento vindo de fora*. Em português, é possível que terceirizar tenha como origem a idéia de um trabalho realizado por terceiros, no sentido amplo em que se usa a expressão como referência a algo feito por outros.

Podemos definir a palavra outsourcing da seguinte forma:

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit, pag. 3

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit, pag. 4

Outsourcing – palavra inglesa que significa a contratação de uma empresa para a realização de tarefas antes executadas internamente. Elimina-se, com isso, a manutenção da equipe que desempenhava a atividade dentro da empresa contratante. Esta equipe, ou parte dela, pode ser remanejada para outras funções ou ser demitida. O mesmo processo é também chamado *subcontracting*.¹⁹

Maurício Godinho destaca que a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Afirma o doutrinador que terceiro, na acepção jurídica, não se trata como o estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela Administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando a enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa²⁰.

Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização “consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa²¹”.

Para Alice Monteiro de Barros, terceirização é um fenômeno “que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividades-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim”.²²

É bastante interessante e mais abrangente, mostrando mais a verdadeira natureza da terceirização, a definição de José Janguê Bezerra Diniz, que conceitua terceirização como o fenômeno que “consiste na existência de um terceiro especialista, chamado de fornecedor ou prestador de serviços, que (...) presta serviços especializados ou produz bens, em condições de parceria, para a empresa contratante chamada tomadora ou cliente”²³.

A terceirização nada mais é do que a contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para realização de suas atividades meio.

Na terceirização temos uma relação triangular, com a existência de três pólos, sendo de um lado aquele que presta serviços, que dispõe de sua energia de trabalho, do outro,

¹⁹ Disponível em http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf, acesso em 15 de abril de 2013.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. - São Paulo: LTr., pág., 424

²¹ Martins, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, pág. 25

²² BARROS Alice Monteiro, Apud MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas**: possibilidade jurídica e conveniência social. 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 17 abr 2013.

²³ Revista Ltr. Vol 60, nº 2, fevereiro de 1996, pág. 204

aquele que se beneficia desse labor, oferecendo-lhe uma contraprestação e por último, uma terceira figura, que intermédia os interesses dos outros dois, caracterizando a terceirização.

No que concerne à relação triangular, na definição de Maurício Godinho Delgado:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.²⁴

Temos que o terceiro será sempre uma pessoa jurídica, uma empresa prestadora de serviços, que põe à disposição do cliente a mão de obra de que dispõe. Os outros dois sujeitos desta relação triangular são a empresa tomadora e o empregado.

O tomador de serviços pode ser, indistintamente, uma pessoa física ou jurídica, ao contrário da prestadora de serviços, que sempre será pessoa jurídica.

A figura mais importante, a do empregado, estará subordinado, submetido a regras, incumbindo-lhe os mesmos direitos e obrigações de um contrato qualquer. Entretanto, de imediato, duas particularidades se destacam, qual seja a questão da subordinação e o direito de ação, limitando à primeira peculiaridade a relação jurídica da tomadora dos serviços, que pode se confundir na figura da relação de emprego por extrapolar os limites da subordinação.

Em que pese a terceirização tenha grande importância nas relações trabalhistas modernas, e extremamente significativa no contexto econômico, ainda inexiste legislação heterônoma suficiente sobre a matéria.

A carência legislativa que abranja o tema de forma sistemática forçou o TST, como veremos adiante, a criar Enunciados e posteriormente Súmulas de Jurisprudência, além de Orientações Jurisprudenciais sobre a matéria. Entretanto, tal medida está longe de ser a ideal, eis que não contempla a construção da legislação própria, mas pacifica minimamente e de forma controvertida e inconsistente este ardiloso tema da Justiça do Trabalho.

Embora inexista, na atualidade, regra jurídica ampla e abarcante para o fenômeno, o Legislador Ordinário das décadas de 1970 e 1980 cuidou de algumas hipóteses de terceirização de serviços, como se pode inferir dos termos das Leis 5.645/1970, 6.019/1974, tratada adiante, e 7.102/1983.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. - São Paulo: LTr., pág., 425.

Se inexistir regramento infraconstitucional abrangente para regulamentar a matéria fática, há normas constitucionais claramente aplicáveis à matéria. Neste particular, princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana (C.R., artigo 1º, inciso III), do valor social do trabalho (C.R., artigo 1º, inciso IV), da igualdade ou não-discriminação (C.R., artigo 5º, *caput*), da vedação ao retrocesso social (C.R., artigo 5º, § 2º), da prevalência dos direitos humanos (C.R., artigo 4º, inciso II), bem como os princípios constitucionais trabalhistas específicos dos artigos 7º, 8º e 9º devem informar a aplicação da norma jurídica de Direito do Trabalho. Tais princípios constitucionais constituem normas fundamentais, inafastáveis e auto-aplicáveis às relações de trabalho (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)²⁵.

Define-se, pois, terceirização, como a contratação de serviços por meio de pessoa jurídica intermediária e prestadora de serviços especializados entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, fundamentada em contrato de prestação de serviços.

Atualmente temos que a terceirização está consolidada quando uma empresa está em busca de atender o trinômio produtividade, qualidade e competitividade no mercado.

1.3 DISTINÇÃO

Importante salientar que a terceirização não se confunde com a empreitada. Nesta, o que importa é o resultado da obra (construção de um muro, pintura de uma parede). Inexiste, via de regra, um sistema de parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro. Este apenas tem interesse na conclusão da obra, e não na parceria com o terceirizante. Entretanto, na terceirização a idéia de parceria é substancial²⁶.

Consideremos que a terceirização não se confunde com a subcontratação, eis que nesta muitas vezes o interesse principal é a contratação de pessoal para quando a empresa tem maiores necessidades de produção. Já na terceirização o contato com o terceirizado é permanente e não eventual, apenas para picos produtivos, como na subcontratação.

1.4 NATUREZA JURÍDICA

²⁵ Disponível em <http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br/aulas/terceirizacao-trabalhista-2/>, Acesso em 17 abr de 2013

²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 12ª ed. rev. e ampl. – São Paulo; Atlas, 2012, pag. 12

Segundo dispõe Sérgio Pinto Martins²⁷, difícil é dizer qual a natureza jurídica da terceirização, dadas as várias concepções a serem analisadas. Conforme a hipótese de utilização da terceirização, haverá elementos de vários contratos, nominados ou inominados. Deste modo, poderá haver a combinação de elementos de contratos distintos, como de fornecimento de bens e serviços; de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia; de locação de serviços, em o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão; de consórcio; de tecnologia; *know-how*, com transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas etc. A natureza jurídica será do contrato utilizado ou a combinação de vários deles.

Entretanto, o nome doutrinador dispõe que “a natureza da terceirização geralmente é de um contrato de prestação de serviços. A terceirização não tem natureza trabalhista, mas é uma forma de gestão da mão de obra, em decorrência muitas vezes da reestruturação da empresa”²⁸.

A terceirização compõe-se de três partes, sendo o trabalhador, o tomador e o prestador de serviços, formando uma relação triangular.

1.5 CLASSIFICAÇÃO

Ainda utilizando os conceitos de Sérgio Pinto Martins, temos que a Terceirização poderia ser dividida em três estágios. Vejamos, nas palavras do nobre doutrinador, como seria tal divisão:

- a) Inicial, em que a empresa repassa a terceiros atividades que não são preponderantes ou necessárias, como restaurantes, limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica, etc.;
- b) Intermediário: quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como manutenção de máquinas, usinagem de peças;
- c) Avançado: quando são terceirizadas atividades ligadas diretamente à atividade principal da empresa, como gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos etc. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa²⁹.

A terceirização também pode ser externa e interna, como divide o doutrinador acima citado. Assim, para Martins, a terceirização externa ocorre quando a empresa repassa para terceiros certas etapas de sua produção, que são realizadas fora da empresa.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.12

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.12

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.13

A terceirização interna ocorre quando a empresa também repassa para terceiros suas atividades de produção, com o trabalho das empresas terceirizadas dentro da própria terceirizante, como vem ocorrendo em certas empresas do ramo automobilístico.

Ainda segundo classificação do nobre doutrinador, em relação às atividades, a terceirização pode ocorrer na atividade meio e na atividade fim. Quanto à duração, pode ser temporária (Lei 6019/74) ou por prazo indeterminado, como na vigilância, por exemplo.

Em relação à natureza da atividade, pode ocorrer na atividade pública e na privada. E em relação aos efeitos, ela pode ser lícita ou ilícita.

A fim de destacar alguns exemplos, temos que a terceirização de serviços pode ocorrer com limpeza, vigilância, refeitórios, contabilidade, quando via de regra não representam a atividade principal do terceirizante. Temos, pois, que a terceirização de atividades se dá quando a empresa tomadora transfere certa etapa da produção do bem e do serviço ou etapas da produção para o terceiro.

A terceirização temporário existe para atender a troca de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, como no caso do trabalho temporário. Já a terceirização permanente é utilizada de forma contínua, como na vigilância e transporte e de valores, nos serviços de conservação e limpeza.

1.6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

A necessidade da especialização e do aperfeiçoamento das atividades produtivas é que dá origem à terceirização no âmbito empresarial.

Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização é uma tendência de modernização das relações empresariais, sendo, portanto, uma realidade. A noção de terceirização é a especialidade na prestação dos serviços, assim, as empresas podem fazer apenas aquilo em que se especializaram, não ficando com atividades intermediárias, sem ligação com sua atividade principal, e que não lhes dão lucro³⁰.

No sistema de terceirização, a empresa não precisará de tanto capital para operar, ou poderá destinar seu capital para atividades mais ligadas ao próprio empreendimento e não a atividades secundárias. Com esse sistema, o gestor do negócio não precisará se preocupar com algumas atividades que, muitas vezes, são custosas e até ociosas, mas que fazem parte da operação. É o caso, por exemplo, de uma empresa que necessita fazer

³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.31

manutenção de seu maquinário, mas que não possui conhecimento técnico e equipamento próprio. Tal empresa fatalmente se valerá de mão de obra terceirizada e especialista.

Segundo Martins, a principal vantagem sob o aspecto administrativo, seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade o produto ou serviço vendido e também a produtividade. Seria uma forma também de se obter um controle de qualidade total dentro da empresa, sendo que um dos objetivos básicos dos administradores é a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, além da redução do preço final do produto ou serviço. Para ele, adotando a terceirização, a empresa poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado³¹.

Com isso, pretende-se uma redução de custos, principalmente dos custos fixos, transformando-os em variáveis, e aumentando os lucros da empresa, gerando eficiência e eficácia em suas ações, além de economia de escala, com a eliminação de desperdícios. Haverá redução do espaço ocupado na empresa, atividades que antes lhe pertenciam foram terceirizadas, não só de pessoal como de material, serão criados empregos na terceirizada, um aperfeiçoamento de mão-de-obra, distribuição de rendas entre os participantes do processo, concentração de esforços na atividade-fim da empresa, especialização no serviço, concorrência e produtividade para todo o mercado, e agilidade na prestação de serviços.

Outra vantagem da terceirização é a redução de custos, tornando a empresa mais competitiva, possibilitando-a crescer no cenário da globalização e das políticas de concorrência internacional, sem comprometer a qualidade dos produtos ou serviços.

A terceirização ao gerar novas empresas, gera também novos empregos, e, em contrapartida, aumento de arrecadação de impostos (ISS) na área de serviços, o que torna interessante também para o governo. Também a formação e formalização de novos empregos.

Segundo o IBGE, são criados quatro empregos no setor de serviços para cada um em outras atividades³².

Como desvantagens para o trabalhador, pode-se indicar a perda do emprego, no qual tinha remuneração certa por mês, passando a incerta, além da perda dos benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria e também o custo das demissões que ocorrem na fase inicial.

Um dos principais riscos da terceirização é contratar empresas inadequadas para realizar os serviços, sem competência e idoneidade financeira, pois poderão advir

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.32

³² MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag. 34

problemas principalmente de natureza trabalhista. Outro risco é o de pensar a terceirização apenas como forma de reduzir custos, se esse objetivo não for alcançado, ou no final a terceirização não der certo, implicará no desprestígio de todo o processo.

A segmentação sindical é prevista na Constituição Federal, que prevê sindicatos por categorias (art. 8º, I, II e IV). Nada impede, portanto, que sejam criados sindicatos de trabalhadores na prestação de serviços³³.

O Sindicato dos trabalhadores não simpatiza com a terceirização, argüindo perda de carteira de trabalho assinada, dos benefícios previstos em categorias e reflexos como a perda de receita sindical e enfraquecimento do poder de negociação.

Se forem criados novos sindicatos, em que os empregados das atividades terceirizadas passam a fazer parte de outra categoria, a própria empresa terceirizada que for constituída também estará inserida em categoria econômica, para quem serão devidas as contribuições sindicais.

As empresas estão buscando cada vez mais a modernização com a finalidade de tornar-se mais apta para enfrentar seus concorrentes, pois a terceirização é uma tendência atual e irreversível das organizações, que buscam alcançar maior produtividade, elevar o nível de qualidade e reduzir custos, para assim sobreviver em ambientes de alta competitividade.

1.7 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal traça linhas gerais sobre o Estado Democrático de Direito sob o qual estamos inseridos. Além disso, dispõe especificamente sobre direitos e deveres vigorantes, às vezes de forma extremamente detalhada. São exemplos de linhas gerais alguns dos ditames consagrados no artigo 5º, e são exemplos de normas detalhadas o que consta do artigo 7º. Dessa forma, o ordenamento jurídico, genericamente, tanto para admitir como para vedar alguma coisa, é bastante claro, não deixando dúvidas na interpretação. É o que traz a disposição do inciso II do artigo 5º: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Constitucionalmente, o que não é proibido é permitido. Trata-se do Princípio da Legalidade, pilar dos países democráticos. Assim, se não há vedação nem previsão específica de como deverá funcionar algum instituto no ordenamento jurídico, aplica-se o ditame do inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal acima mencionado.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit**, pag.34

A sucinta digressão objetiva apenas demonstrar, num primeiro momento, que a terceirização nasceu sob uma forma livre e desenvolveu-se até o presente momento sem obter disposição constitucional específica. Pratica-se a intermediação de mão-de-obra no dia-a-dia dos brasileiros, sem que a Constituição Federal refira uma linha sequer a seu respeito.

Ao contrário, o parágrafo único do artigo 170 da Carta Magna, quanto à terceirização, de forma mais direta prevê que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”³⁴.

A previsão constitucional denota um grande avanço de nosso constituinte, porquanto inserida no Primeiro Capítulo do Título Da Ordem Econômica e Financeira, e, sob a denominação de Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, consagra um dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Segundo tal princípio constitucional, todos têm o direito, individualmente ou em combinação com outros, de praticar livremente a ocupação ou profissão de sua escolha, de estabelecer, manter e operar livremente um empreendimento comercial, e de produzir e distribuir livremente bens e serviços.

Apesar de beirar a obviedade, o real sentido desse princípio ainda não foi adequadamente compreendido. Se não for percebida a importância do livre ingresso no mercado e o combate ao totalitarismo, estaremos fadados a permanecer rumando a caminho nenhum.

Como se observa, ambas as disposições, tanto a do artigo 5º, inciso II, como a do parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, harmonizam-se perfeitamente e afirmam a constitucionalidade da prática da terceirização.

1.8 ASPECTOS LEGAIS

Assim como a Constituição Federal de 1988 nada menciona acerca da terceirização, a legislação ordinária também não o faz. Não há disposição legal específica que regule a prestação de serviços de terceiros. O que se encontra é uma construção jurídica com base nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e nos artigos 1216, 159 e 1518 do Código Civil Brasileiro. Dita construção jurídica é fruto da orientação dos nossos tribunais do trabalho, cujo máximo da tendência flexibilizadora do instituto da terceirização consagrou-

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

se, primeiramente, no Enunciado de Súmula nº 256 e, atualmente, no Enunciado de Súmula nº 331, ambos do Tribunal Superior do Trabalho³⁵.

A terceirização, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência, deve ser analisada à luz dos requisitos da relação de emprego (artigos 2º e 3º da CLT). São esses elementos – não-eventualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade – que determinarão a existência ou não da relação de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços terceirizados. Destarte, numa análise ortodoxa, não haveria possibilidade de terceirizar, porque, uma vez vinculado à empresa tomadora, o trabalhador reuniria um ou alguns dos elementos da relação de emprego, tornando-se empregado desta no contexto de uma relação de emprego convencional.

Ainda que a legislação trabalhista mostre-se extremamente rígida na caracterização da relação empregatícia, a jurisprudência vem flexibilizando a aplicação dos requisitos da relação de emprego para abarcar novas formas de trabalho como a terceirização. Não poderia ser diferente, porquanto os novos tempos exigem uma resposta do Poder Judiciário, na ausência de legislação específica sobre o assunto. Desta forma, para minimizar o engessamento do sistema trabalhista através da aplicação “nua e crua” da legislação ao caso concreto, os tribunais têm empreendido um verdadeiro exercício para consagrar juridicamente as modificações que se fazem necessárias. O resultado concreto disso são os Enunciados nºs 256 e 331. Diante desse quadro não há como permanecer inerte, até porque a sociedade reclama constantemente adequações³⁶.

O Enunciado nº 256 do TST, editado em 1986, pouco contribuiu para a flexibilização concernente à contratação de serviços de terceiros. Há dezesseis anos atrás, a modalidade da terceirização como conhecemos atualmente era, no mínimo, uma novidade mal vista aos olhos dos juriconsultos.

Assim, o Enunciado 256 do TST limitou-se a excepcionar os casos em que a intermediação de mão-de-obra era viável e permitida: os casos previstos nas Leis nºs 6019/74 (trabalho temporário) e 7102/83 (serviços de vigilância). Nos demais casos, haveria o deslocamento da relação de emprego da prestadora de serviços para a tomadora, numa aplicação absolutamente rígida dos artigos 2º e 3º da CLT.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit.**, pag. 36

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit.**, pag. 34

Por sua vez, o Enunciado nº 331 do TST revelou-se um grande avanço da nossa jurisprudência. Editado em 1993, veio na esteira da modernidade em nível de relações do trabalho. Na década de noventa, ganhava espaço a tão criticada ou aclamada globalização. Junto com ela, inúmeras formas de aglomerações trabalhistas passaram a surgir no mundo todo. O Brasil, forçado a buscar o seu lugar no mundo globalizado, aderiu quase que sistematicamente a alguns novos institutos como a terceirização. Assim, o Enunciado nº 331 consagrou-se como uma tendência flexibilizadora, viabilizando a terceirização nos serviços de vigilância (Lei nº 7102/83), nos serviços de conservação e limpeza e em outros tipos de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (requisitos da relação de emprego constantes do artigo 3º da CLT).

O Enunciado nº 331 do TST traça as diretrizes das decisões trabalhistas nos tempos atuais. Ao mesmo tempo em que assinalou um avanço na época de sua edição, há quase dez anos, merece ser adaptado aos novos tempos. Os julgamentos baseados no inciso III do Enunciado nº 331 acabam por interpretar o que dele se pode extrair, ou seja, são empregados aqueles vinculados à atividade-fim da empresa. É inviável a terceirização nessas condições, porquanto a prestação de trabalho agrega os elementos dos artigos 2º e 3º da CLT supra mencionados. Nesse caso, o empregado passa a ser da empresa tomadora (contratante). Existe, pois, o entendimento de que a contratação na atividade-fim da empresa contratante consubstancia-se em fraude, nos termos do artigo 9º consolidado³⁷.

O Enunciado nº 331 do TST acata a delegação de serviços apenas nas chamadas atividades-meio do tomador ou naqueles outros serviços autorizados, os quais não deixam de estar inseridos num suposto conceito de atividade-meio. Em tais circunstâncias, a jurisprudência inclina-se pela aplicação do inciso IV do Enunciado nº 331, responsabilizando subsidiariamente o tomador dos serviços (empresa contratante), no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora (empresa contratada).

A evolução do instituto no decorrer do tempo, em especial o avanço que se observa no cancelamento e revisão do Enunciado nº 256 e edição do Enunciado nº 331 do TST, para abranger algumas outras possibilidades de terceirizar, sinaliza no sentido de que a terceirização merece consagrar também os serviços empreendidos na atividade-fim do tomador. A ausência de legislação específica, no caso particular do instituto, também pode ser considerada benéfica para a evolução da terceirização, pois trata-se de fenômeno

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Op. Cit.**, pag. 37

extremamente vinculado às atividades das empresas e sujeito a inúmeras mudanças procedimentais. Destarte, há respaldo para que a terceirização continue a evoluir³⁸.

Adiante busca demonstrar, dentro da perspectiva até então tratada e com suporte em doutrina e jurisprudência, como é possível a intermediação de mão-de-obra também na atividade-fim do tomador dos serviços contratados, sem que haja prejuízo ao trabalhador. De igual sorte, é feita uma análise dos conceitos atividade-fim e atividade-meio.

1.9 ATIVIDADE-DE-MEIO E ATIVIDADE-FIM

No que tange a terceirização, esse é um tema eivado de imprecisão, ou seja, daquilo que seria a definição correta de atividade-meio e atividade-fim.

Não há um critério legal definindo tais conceitos o que é inconsistente considerando o dinamismo das atividades empresariais, que mudam na velocidade do tempo e com a inserção de novas técnicas. O que atualmente pode ser considerado como atividade-fim, logo em seguida já pode não ser em decorrência das transformações na estrutura empresarial.

Ainda que seja importante e valiosa, a jurisprudência dos tribunais não consegue definir com clareza tais conceitos. Não se pode, num regime de legalidade e ordem como o nosso, deixar de levar em conta princípios consagrados em nossa Constituição Federal, a iniciar-se pela independência entre os Poderes (art. 2º), de tal maneira que cada um cumpra com sua competência constitucional, não parecendo plausível que o Judiciário tenha ingerência na esfera legiferante de outros Poderes³⁹.

De outro modo, como já dito, a hegemonia da lei, como forma de expressão do direito, está consagrada no art. 5º, II, da Constituição Federal, princípio fundamental já constante de Constituições anteriores. Qualquer precedente que despreze esse princípio leva o jurisdicionado a imergir na insegurança jurídica, o que é extremamente danoso para um país cuja Constituição declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito⁴⁰.

O jurista Indalécio Gomes Neto aduz que está cada vez mais comum uma organização empresarial moderna ter diversas atividades a gerenciar, que vão desde os estudos técnico-econômicos destinados ao desenvolvimento de novas tecnologias;

³⁸Disponível em http://www.satergs.org.br/artigos/terceirizacao_ativ_meio_ativ_fim.pdf, Acesso em 02 mai 2013.

³⁹GOMES NETO, Indalécio, BRITO, Raider de. **A terceirização no Brasil**. Curitiba: Íthala, 2012, pág. 63

⁴⁰GOMES NETO, Indalécio, BRITO, Raider de. **Op. Cit**, pág. 63

planejamento operacional; administração geral de seu negócio; estudos de ampliação de suas unidades; conquistas de mercado interno e externo etc. Enfim, qualquer organização, em um mundo de crescente e forte concorrência interna e externa, tem uma abrangência muito grande de atividades que se inserem na sua gestão empresarial que torna impossível ao interprete dizer que se trata de atividade-meio e atividade-fim.⁴¹

No contexto da atividade empresarial moderna, se não tiver o máximo de eficiência na gestão empresarial, a atividade exercida não se torna lucrativa. E mais, sem a lógica administrativa mencionada, a empresa também deixa de ser uma organização apta a contribuir para a valorização do trabalho e do desenvolvimento econômico-social do país. Destarte, nada mais razoável que a empresa possa contratar terceiras para executar obras ou serviços.

Em relação ao tema exposto, mormente no quesito da diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, certo é que não podemos misturar as alegações sobre eventual precarização dos direitos dos trabalhadores. Tal assunto tem que ser examinado caso a caso, sem generalizações, de modo a responsabilizar subsidiariamente a empresa contratante, sempre levando em conta as chamadas culpas *in elegendo* e *in vigilando*.

⁴¹ GOMES NETO, Indalécio, BRITO, Raider de. **Op. Cit.**, pág. 64

2. A TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

A terceirização “lícita” é forma de contratação de mão-de-obra, considerando o padrão de manter-se dentro da configuração empregatícia clássica. A terceirização ilícita, na maioria das vezes, se enquadra no art. 9º da CLT, como forma de burlar a aplicação da legislação brasileira.

A terceirização lícita da ilícita pode ser distinguida mediante a análise cautelosa da Súmula 331 do TST. Temos que os casos de licitude são aqueles elencados na súmula a qual remete, ainda, às Leis 6.019/74 e 7.102/83, que tratam do trabalho temporário e do serviço de vigilância, respectivamente⁴².

A terceirização lícita fulcra-se em alguns aspectos a seguir delineados. *A priori*, temos que a terceirização trabalhista não pode ser utilizada para fins fraudulentos ou com o objetivo de mascarar a existência da relação de emprego. Também não permite-se que a terceirização seja utilizada no intuito de restringir ou retirar direitos trabalhistas e aviltamento das condições de trabalho do trabalhador terceirizado.

Como preleciona Livia Mendes Moreira Miraglia⁴³ na terceirização trabalhista observa-se, via de regra, a presença de três elementos caracterizadores do vínculo empregatício na relação estabelecida entre o obreiro e a empresa tomadora dos serviços, qual seja, onerosidade, pessoa física e não eventualidade (nos casos de terceirização permanente), sem que isso represente hipótese de ilicitude. No que tange à pessoalidade e à subordinação, no entanto, é inadmissível sua configuração numa relação de terceirização permanente, sob pena de desvirtuar a finalidade do instituto.

Segundo Miraglia⁴⁴, a pessoalidade diz respeito a quem realiza o serviço. Numa relação de emprego clássica, interessa ao empregador quem está realizando aquela tarefa, ou seja, contrata-se especificamente aquele obreiro para desempenhar a função.

Na terceirização lícita, não importa à empresa contratante quem realizará o serviço, o que interessa nesse caso é apenas a efetivação da tarefa contratada, não importando quem a realizou.

No que tange à subordinação direta, entende-se que o poder diretivo é da empresa prestadora, ou seja, efetiva empregadora do trabalhador. Desta forma, este não poderá ser duplamente subordinado, sujeitando-se ao poder de mando apenas do seu

⁴² MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil** – São Paulo: Quartier latin, 2008, pag. 155

⁴³ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 155

⁴⁴ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 156

empregador. Ao tomador de serviços é vedado o exercício do poder de direção ou poder disciplinar sobre o obreiro terceirizado.

Em que pese ainda prevaleça na doutrina e jurisprudência o conceito tradicional de “subordinação direta” – exercício do poder de direção do empregador sobre o trabalhador -, compreende-se que a idéia de “subordinação estrutural” deve prevalecer em face a atual realidade. Isso porque dentre os dois conceitos, é, sem dúvidas, aquele que melhor se coaduna com os princípios e a finalidade teleológica do ramo just trabalhista.

Assim, temos que a pessoalidade e a subordinação do trabalhador terceirizado só podem subsistir perante a empresa terceirizante.

Portanto, segundo Miraglia⁴⁵, temos que as hipóteses de terceirização lícita poderão, desde que observados os requisitos acima e conforme se depreende da Súmula 331 do TST, ser reunidas em quatro grupos, sendo: (i) nas situações em que se permita a contratação de trabalho temporário; (ii) nas atividades de vigilância; (iii) nas atividades de conservação e limpeza; (iv) e na realização de serviços especializados ligados essencialmente à execução das atividades-meio e da empresa tomadora.

Ainda em relação a terceirização lícita, importa estabelecer alguns conceitos norteadores de sua caracterização.

O primeiro diz respeito ao tempo de duração da terceirização. Salvo a hipótese de que trata o item I da Súmula 331, todas as demais são tratadas como possibilidades de terceirização permanente.

Quanto às atividades de vigilância e limpeza, acredita-se que a própria denominação seja auto-explicativa e caracterizadora das atividades, não havendo necessidade de adentrar ao tema com mais abrangência.

Em relação a qualificação constante do termo “serviços especializados”, leciona Gabriela Delgado que:

o enfoque jurisprudencial adotado pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) pretende apreender a dinâmica e extensão das mudanças ocasionadas pelo processo de terceirização, firmando interpretação ampliativa do termo, considerando, assim, que serviço especializado é aquele que esteja inserido, efetivamente, na dinâmica e da atividade-meio da empresa (pág. 146)⁴⁶.

⁴⁵ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 157

⁴⁶ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**, pag. 143, Apud MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 158

No que concerne à empresa terceirizante, necessário se faz que seja especializada na atividade para a qual se destina prestar, não se portando como mera intermediadora da força de trabalho. A prestadora deve prestar serviços nos quais possua eficiência e especialização.

Em relação à tomadora, a especialização representa correspondência com as atividades-meio daquela e não se confunde, nunca, com as atividades-fim do empreendimento, pois tal hipótese configuraria terceirização ilícita.

Outros dois termos importantes que devem ser definidos são: atividade-meio e atividade-fim. A importância da distinção entre essas atividades suporta-se na necessidade de se estabelecer um parâmetro entre terceirização lícita e ilícita. Sabe-se que é vedada a terceirização de atividade-fim da empresa, pois constituiria fraude ao Direito do Trabalho, além de ferir ao princípio da proteção ao trabalhador.

Destarte, ao esquadrihar as hipóteses de terceirização lícita, torna-se mais fácil a configuração da ilicitude.

Assim, caso seja detectada a presença da pessoalidade ou subordinação na relação entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado, assinala-se hipótese de terceirização ilícita, eis que efetuada no intuito de camuflar o vínculo empregatício, a fim de burlar a legislação obreira.

É importante frisar, ainda, que se a empresa prestadora for constituída apenas para atender à empresa tomadora, se denota a existência de um grupo econômico e ambas são solidariamente responsáveis pelas verbas trabalhistas dos empregados.

Como consequência de uma eventual caracterização de terceirização ilícita é, primeiramente, a desconfiguração do vínculo empregatício do empregado com a empresa prestadora que, no caso, será chamada de “empregador aparente”, para refazê-lo junto à tomadora, que será denominada “empregador oculto ou dissimulado”⁴⁷

Segundo Miraglia, havendo licitude na terceirização – realizada na atividade-meio da empresa tomadora -, mantém-se o vínculo empregatício firmado entre o empregado terceirizado e a empresa prestadora de serviços. A decretação da terceirização ilícita implica, ainda, a responsabilização da empresa tomadora pela eventual defasagem das parcelas devidas ao obreiro decorrentes do artifício terceirizante⁴⁸.

⁴⁷ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**, pág. 151, Apud MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 159

⁴⁸ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 162

E apesar da súmula ser omissa quanto à responsabilidade da empresa terceirizante na prática ilegal, entende-se que não deixará de incidir sobre ela a parcela correspondente de sua culpa na perpetração do ato ilícito. Nesse caso, aplicar-se-á, analogicamente a regra geral, prevista no Código Civil brasileiro (CC art. 942), que prevê a responsabilidade solidária pelo exercício coletivo de atos ilícitos⁴⁹.

O critério decisivo adotado pelo Judiciário, para avaliar a licitude da terceirização é o da atividade do tomador dos serviços, para definir o que pode ser terceirizado e o que deve ficar sob a responsabilidade do empresário.

A razão da Súmula 331, segundo o TST, se baseia em princípios e regras genéricas da Constituição da República, tais como as regras garantidoras da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, III, combinado com o art. 170, caput); da busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III); da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, IV); que, além de não existir no ordenamento jurídico o critério criado pelo TST, atualmente ele atua de forma inversa, afastando capital estrangeiro trepidante com a insegurança jurídica e, conseqüentemente, novos postos de trabalho, sendo impossível à empresa que trabalha com planejamento de custos saber o real impacto de um empregado em seu custo.

No entanto, "a terceirização não é um fenômeno que nasça no território do Direito do Trabalho, mas decorre da reorganização do processo produtivo, dos novos métodos de produção, da reformulação da administração do pessoal, das características econômicas da sociedade contemporânea". Essa fala é da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, retirada do voto proferido no AIRR-2974-12.2010.5.01.0000⁵⁰.

Observa a ministra, que a terceirização decorre dos novos métodos produtivos e o papel do judiciário é abrigar os direitos dos empregados nessa relação, garantindo os direitos mínimos e a execução dos créditos trabalhistas.

⁴⁹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**, pág. 151, Apud MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Op. Cit**, pag. 159

⁵⁰ Parâmetro da Legalidade da terceirização. Disponível em <http://www.cadireito.com.br/noticias/todas/1058-parametro-de-legalidade-da-terceirizacao>, acesso em 16 mai 2013.

As modificações já podem ser observadas, como na decisão do Min. Dalazen que deferiu liminar para suspender a segurança concedida pelo TRT da 22ª Região ao SINTECT, numa execução provisória de sentença (TST-SS-4641-89.2012.5.00.0000).

Na sobredita decisão o Ministro afirmou que

Não se pode negar que o conceito de terceirização lícita padece de segurança jurídica" e que "A definição de atividade-fim como determinante da regularidade do procedimento de terceirização constitui questão tormentosa e atormentadora, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Essa, aliás, a fonte mais aguda dos inúmeros problemas causados pelo fenômeno da terceirização no universo das relações de trabalho⁵¹.

Logo, o critério da atividade não pode servir para deliberar a licitude da terceirização, notadamente pela falta de regulamentação sobre o que é atividade-meio e o que é atividade-fim (se é que isto pode ser feito, em face da dinâmica empresarial), sob pena de ser mantida a insegurança jurídica e as decisões judiciais conflitantes sobre o tema.

É de grande urgência a revisão da jurisprudência, enquanto não ocorre a regulamentação integral da matéria (PL 4330/04), definindo melhor o que se pode terceirizar; se o critério de atividade-meio ou fim é suficiente para decidir sobre a licitude da terceirização; se a responsabilidade do tomador dos serviços é solidária ou subsidiária.

Deste modo, espera-se maior responsabilidade do nosso judiciário trabalhista, mesmo com o abominado ativismo normativo, pois a terceirização está inserida de forma irreversível ao processo produtivo do país, razão pela qual deve ser sopesada de forma ampla, não apenas sob o enfoque da atividade do tomador, permitindo a competitividade internacional e reprimindo as falsas terceirizações que apenas precarizam as relações de trabalho.

Igualmente, o poder legislativo precisa regulamentar integralmente a matéria e erradicar a insegurança jurídica que paira sobre a relação trilateral existente entre o trabalhador, o prestador e o tomador dos serviços, como forma de dar segurança jurídica às empresas, evitando surpresas não muito agradáveis nas inconstantes decisões judiciais.

A par de todo o exposto, surge a discussão se a atividade-meio e a atividade-fim, face a automação, seria essencial para caracterização da terceirização ilícita ou o fator determinante seria a subordinação e pessoalidade.

⁵¹ Disponível em <http://www.cadireito.com.br/noticias/todas/1058-parametro-de-legalidade-da-terceirizacao>, acesso em 16 mai 2013.

Segundo Robortella, é possível vislumbrar-se, em tese, a diferenciação entre as atividades-fim e as atividades-meio da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Não há, entretanto, critério absolutamente seguro para diferenciação dessas atividades, a tal ponto de o critério tornar-se determinante no que tange à responsabilização das empresas na intermediação de mão-de-obra. Na realidade, tais conceitos não são conceitos jurídico-trabalhistas. São conceitos inerentes à atividade empresarial, que hoje conta com uma especialização tecnológica em suas necessidades, praticamente alheia ao Direito. Na dinâmica empresarial, em questão de pouco tempo a atividade-meio pode converter-se em atividade-fim e vice-versa⁵².

Considerando o processo industrial moderno, face aos sistemas modernos de automação, temos que algumas atividades antes consideradas fim, hoje podem ser consideradas atividades-meio.

As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas e em alguns casos assumem riscos extrapolando a área em que é possível terceirizar, que é a das atividades-meio, o que é inevitável dada a insuficiência do referido critério. É que há atividades coincidentes com os fins principais da empresa que são altamente especializadas e, como tal, justificar-se-ia plenamente, nas mesmas também, a terceirização. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico⁵³.

A exemplo das montadoras de veículos, que vêm tomando mercado em nosso país e em diversos países no exterior, não é possível determinar com clareza quais são os serviços essenciais (atividade-fim) e quais são os serviços acessórios (atividade-meio) à implementação dos fins da empresa. As montadoras trazem consigo uma gama de outras interligações empresariais, que fazem funcionar a engrenagem complexa da geração de novos postos de trabalho. O posicionamento contrário a essa engrenagem dificulta a geração de empregos no país e esgota as possibilidades econômicas estabelecidas no artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal. Afirma que a indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode ser hoje acessória. Contudo ninguém acoimou-a de ilegal.

⁵² ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **Terceirização. Tendências em doutrina e jurisprudência**. Revista Trabalho & Doutrina, São Paulo, n.21, 1999, p.32.

⁵³ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. Cit., pag. 33-37

Assim, adstringindo-se a legislação vigente, deixando de lado as propostas em tramitação pelo Congresso, como o PL 4330/04, que acreditamos ser o início da legalização do tema e, sobretudo, necessário, atualmente temos que a simples aferição do desempenho de funções por trabalhadores terceirizados de atividades-fim do tomador não é requisito suficiente para que seja declarada a ilicitude da terceirização, até mesmo sem se verificar a figura da subordinação jurídica (pelo menos em seu conceito clássico já indicado neste trabalho).

Entretanto, o modelo atual não merece subsistir, posto que segundo a reorganização do processo produtivo, os novos métodos de produção, a reformulação da administração do pessoal, as características econômicas da sociedade contemporânea, que pode permitir a terceirização de atividades fim antes considera meio, a pessoalidade ou subordinação na relação entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado deve ser o elemento preponderante para a reorganização sobre os critérios de caracterização de terceirização lícita e ilícita.

Todavia, o termo "subordinação" deve ser adaptado ao cotejo dessas situações típicas de terceirizações ilícitas, abrangendo um conceito reformulado daquele já identificado no presente estudo (conceito clássico), considerando a intensidade de ordens fundada no poder diretivo e dependência hierárquica quanto ao modo de prestar o serviço.

Sendo assim, atualmente temos que a subordinação e pessoalidade são elementos fundamentais para a observação da (i)licitude da terceirização.

Isso porque para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com o terceirizante, nem poderão estar sujeitos o seu poder de direção.

Ainda, destacamos que a subordinação não deixará de ser enfoque para a caracterização do liame empregatício declarado após a aferição de terceirização ilícita. O que pretendemos defender é que a subordinação em enfoque nessas situações excepcionais situadas à margem do ordenamento justrabalhista (intermediação de mão-de-obra) não pode mais ser encarado através de seu conceito clássico, devendo outros elementos ganhar

importância na observação do fenômeno como a alteridade, a dependência econômica, a assunção do risco da atividade econômica pela empresa e o exercício de atividade econômica essencial.

A união destes elementos abrange um moderno conceito de subordinação mais adequado ao atual conjunto de condições socioeconômicas.

Deste modo, considerando a automação e os aspectos e características da industrialização moderna, a pressão do capitalismo e da concorrência globalizada, ainda que o atual modelo se pautem em atividade-meio e atividade-fim para caracterização da terceirização ilícita, afigura-se como cogente a atual necessidade de mudança neste particular, como proposto pelas propostas legislativas em tramitação.

Entretanto, em relação a isso, considerando que a pessoalidade quase sempre existirá, a figura da subordinação, que deverá ser sopesada com outros elementos para ganhar a importância essencial e devida na observação do fenômeno como a alteridade, a dependência econômica, a assunção do risco da atividade econômica pela empresa e o exercício de atividade econômica essencial.

2.1 FLEXIBILIZAÇÃO X PRECARIZAÇÃO

O direito precisa acompanhar a sociedade ou a sociedade deixa de observar o direito enquanto norma social reguladora das relações humanísticas.

Assim como relações sociais não são estáticas não é estático também o contrato de trabalho, nem tampouco pode ser o direito. Em decorrência das pressões econômicas e sociais, do impacto da globalização, as relações laborais tendem a ficar cada vez mais dinâmicas e adaptáveis podendo surgir novos ajustes relativos às condições de trabalho (salários, jornadas, modo de execução dos serviços) que merecem atenção normativa.

O processo de flexibilização é o que permite adaptar as normas trabalhistas à realidade, tomando por base a evolução tecnológica e as transformações sociais e econômicas. Assim, com essa idéia bem assentada e compreendida em nosso estudo o que não se permite é que este conceito seja confundido com a desregulamentação do direito do trabalho, pois embora sejam conceitos bem distintos e bem delineados pela doutrina, ainda são usados como sinônimos por alguns.

São institutos distintos, pois enquanto a desregulamentação revoga a proteção conquistada à duras penas pelos trabalhadores, permitindo que a iniciativa privada tanto individual quanto coletiva regule as relações de trabalho, a simples flexibilização apenas

exige uma adaptação das normas reguladoras trabalhistas à realidade, sem deixar o trabalhador descoberto do manto do princípio da proteção.

Certo é que a flexibilização, assim como o Princípio Protetor, terá seu clímax na geração de uma forma de compensação ao trabalhador, quando substituir, por exemplo, o sistema heterônomo pelo autônomo, primando pela transação e não pela renúncia, observando-se, obviamente, o limite delineado e fortemente marcado pelo norte da proteção trabalhista.

No campo da flexibilização há uma clássica diferenciação a ser feita, pois não se concebe confundir a flexibilização com a desregulamentação uma vez que são institutos absolutamente distintos. A flexibilização busca adaptar a realidade social-trabalhista ao surgimento de novas formas de execução dos contratos de trabalho, já a desregulamentação retira a proteção do Estado do trabalhador, permitindo a regulação das condições de trabalho e dos direitos e obrigações decorrentes da daquela, pela autonomia privada, individual ou coletiva, ou seja, a regulamentação fica a critério dos particulares.

A flexibilização pode ser melhor traduzida como uma atenuação do nível de proteção aos trabalhadores, impondo uma adaptação de preceitos reguladores das relações laborais, sem resultar na desproteção ao trabalhador. Esse fenômeno encontra obstáculos na Constituição Federal, em seu art. 7º, exceto nos incisos já previstos como normas flexibilizadoras, quais sejam: VI, XIII e XIV.

Já quando voltamos os olhos para o fenômeno da terceirização trabalhista, percebemos que este nada mais é do que uma das formas de flexibilização, certamente cercado por suas peculiaridades. A terceirização constitui uma forma de contratação de pessoal para execução de atividades distintas daquelas definidas como principais para o tomador dos serviços, aquelas que auxiliam a empresa a atingir o objetivo principal. Através da terceirização, desonera-se a empresa tomadora dos pesados encargos trabalhistas que acompanham o contrato de trabalho. Surgindo, inclusive, um novo modelo de contratação de mão-de-obra.

Como exemplo de flexibilização temos o contrato de trabalho temporário, que é aquele regido pela Lei 6019/74, representando mais uma possibilidade de contratação triangular, formada, de um lado, pelo trabalhador, e dos outros dois lados, por duas empresas, a tomadora dos serviços e a empresa do trabalho temporário, que oferecerá pessoal especializado por período determinado.

O trabalhador temporário constitui mais uma exceção ao princípio da bilateralidade dos contratos de trabalho, pois é empregado da prestadora de serviços e tem relação indireta com o tomador, sem, contudo, ter vínculo com este.

O artigo 2º da Lei 6019/74 autoriza a intermediação de mão de obra para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente do tomador de serviços, além dos casos de acréscimo extraordinário de serviços. Permite-se, inclusive, a terceirização de atividade-fim nesses casos, sem qualquer influência negativa à intermediação realizada pela prestadora de serviços.

O trabalho temporário é prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou para atender acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º, Lei 6.019/74). O contrato interempresarial – entre a empresa tomadora de serviços (ETS) e a empresa de trabalho temporário (ETT).

Deste modo, estamos diante de um exemplo funcional de processo de terceirização de mão-de-obra, lícito, e que não produz qualquer precarização do trabalho, pois tem-se garantidos todos os direitos decorrentes da norma celetista e constitucional.

Com base nisso, fato é que não se pode minar a terceirização através de um viés totalitário oriundo da precarização, até porque a precarização existe tanto em atividades meio quanto fim, em atividades próprias quanto impróprias. Se formos na gênese da precarização, deveria ser proibido importar artigos chineses, pois, sabe-se que quase tudo na China é feito por mão de obra precária. Porém, não é acabando com a terceirização que vamos conseguir acabar com precarização, na verdade, pensar desta forma é naufragar em um delírio onírico. Não se resolve um problema, criando outro.

Há casos de precarização e desvio de conduta em todas as atividades econômicas, pelo que não se pode generalizar, até porque, no caso de supressão de direitos trabalhistas, de forma ilegal, os tribunais já vêm adotando mecanismo forte e eficaz para a recuperação desses direitos.

No caso da terceirização de serviços, entendemos, igualmente, que há a necessidade de se criar critérios mais rígidos para a contratação de empresa prestadora de serviços terceirizados, com exigência, inclusive, de capital social que possa garantir a execução do contrato, entre outros aspectos formais, a fim de que possamos ter um mercado balizado pela excelência na prestação de serviços, bem como na valoração social do trabalho.

Fato é que a terceirização, como forma de flexibilização na busca pela modernização das relações de trabalho, não causa precarização das relações de trabalho, pois não há simultaneidade, conexão ou continência entre tais institutos.

3. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

O Poder Público está desabonado pela sociedade. Muitos já afirmam que o Estado está desmantelado. Princípios como o da eficiência e moralidade, consagrados pelo texto constitucional (artigo 37, caput) não são observados pelos administradores em geral. A burocracia e incompetência estatal se digladiam com a era da informação e informatização.

Buscando resgatar os preceitos fundamentais e na caça de seu enquadramento a modernidade, o Estado aderiu à prática do processo de desconcentração produtiva, para dividir com o particular a realização de determinadas obrigações públicas.

Deste modo, visando reduzir o volume na sua estrutura estatal, inviável para o pleno desenvolvimento dos fundamentos e objetivos consagrados pela República Federativa do Brasil, a Administração Pública acabou por adotar o mecanismo utilizado pela empresa privada frente à globalização, qual seja: a terceirização.

A terceirização, portanto, tornou-se um dos meios de modernização da estrutura estatal, na medida em que a Administração Pública busca a colaboração do setor privado para a realização de determinados serviços públicos relacionados as atividades-meio do Estado, permitindo ao órgão público se concentrar no desenvolvimento de suas atividades principais.

No entanto, diversamente das situações de terceirização ilícita que ocorrem no setor privado, a terceirização no serviço público, quando irregular, não gera reconhecimento de vínculo empregatício com os entes da Administração Pública, em consonância com o que dispõe o inciso II, da Súmula nº 331 do TST. Isto porque o Setor Público é regido pelo princípio da supremacia do interesse público e bem-estar coletivo sobre o particular⁵⁴.

Tanto é assim, que o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, determina que:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma da lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação ou exoneração;⁵⁵

Como pondera Delgado, o que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em favor de toda a sociedade, em face da tradição fortemente

⁵⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Temas modernos de direito do trabalho** – Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, pag.305

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares⁵⁶.

Com relação ao posicionamento sedimentado pelo inciso II, da Súmula 331 do TST, Délio Maranhão afirma que este entendimento se mostra censurável em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, que não possuem “cargo ou emprego público” (artigo 37, II, da CF), que são criados por lei (art. 61, § 1º, II, a). Por não estarem submetidos ao Regime Jurídico único, aplicável aos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional (lei 8.112), os empregados destas sociedades, exploradoras de atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações (...) trabalhistas, por expresse comando constitucional (art. 173, § 1º, II). Logo, seus cargos ou encargos não são “públicos”. São privados, por extensão constitucional do direito de regência, o Direito do Trabalho⁵⁷.

Cumprе mencionar, a título de argumentação, que não obstante a regra acima (art. 37, II, da CF), o legislador constitucional trouxe uma exceção à contratação mediante concursos públicos, ao permitir em seu artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, a contratação por prazo determinado para o atendimento de necessidades temporárias de excepcional interesse público, pois tal dispositivo legal aduz que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público ”⁵⁸.

A Lei que regulamenta a contratação por tempo determinado de servidores pela Administração Federal é a Lei 8.745/93, alterada pela Lei 9.849/99. Entretanto, entendemos não se tratar das hipóteses de terceirização, uma vez que se perfaz uma contratação direta entre o Estado e o trabalhador temporário, não havendo a intermediação da empresa de trabalho temporário.

As normas jurídicas que fundamentam o processo de terceirização no serviço público brasileiro são:

Artigo 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67:

A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. - São Paulo: LTr., pág., 446.

⁵⁷ MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. Ed. LTr. São Paulo. 2004.. Vol. I. p. 280, Apud SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Op., Cit**, pag. 306

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

§ 7º: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução⁵⁹.

Conforme se verifica pela leitura do dispositivo legal supracitado, o legislador permitiu ao Estado contratar serviços de empresas privadas especializadas em determinadas atividades. Entretanto, não mencionou quais as atividades que poderiam ser objeto de terceirização, função esta que ficou a cargo do artigo 3º, da Lei 5.645/70, *in verbis*:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67⁶⁰.

A permissão para a contratação de empresas terceirizadas no âmbito do setor público sempre esteve limitada à execução de atividades-meio, atividades de apoio ou meramente instrumentais.

A Lei que trata das licitações e contratos administrativos (Lei 8.666/93), em seu artigo 6º traz um rol exemplificativo de serviços que podem ser contratados pela Administração Pública, tais como: serviços de “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

Outra norma que diz respeito a terceirização no serviço público é a Lei 8.036/90 (Lei do FGTS), em seu artigo 15, § 1º:

Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei 4.749, de 12 de agosto de 1965.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 126, n.66, p.7587, 27 mar. 1967. Seção 1, pt1.

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67, de 10 de dezembro de 1970. Autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 135, n.70, p.10577, 17 dez. 1970. Seção 1, pt1.

§ 1º: entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se⁶¹.

O artigo 1º do Decreto 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que podem ser executados indiretamente os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Já o § 2º da mesma norma prevê que não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. Mas há situações excepcionais a esta regra. É o caso da necessidade transitória de serviço ligado à atividade-fim. Exemplo: a contratação de um jurista consagrado para a elaboração de parecer técnico.

Por fim, cumpre citar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00) que em seu artigo 18, § 1º, admite a terceirização no serviço público, nos seguintes termos:

Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal"⁶².

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8036/90, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 143, n.70, p.8036, 11 mai. 1990. Seção 1, pt1.

⁶² BRASIL. Lei Complementar 101/00, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 152, n.87, p.1, 05 mai. 2000. Seção 1, pt1.

Em suma, como bem afirma Carlos César Pimenta, “o Estado pode terceirizar e efetuar parcerias no caso dos serviços que não sejam considerados estratégicos e que apresentem um mercado atomizado e competitivo entre os possíveis fornecedores, mantendo apenas o controle sobre a quantidade, a qualidade e o preço dos bens e serviços ofertados”. Entretanto, não poderão terceirizar serviços que lhe são peculiares, como de justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia, etc., bem como os serviços públicos essenciais, intimamente relacionados à soberania e a supremacia do Estado.

Entendemos, pois, que por ser plenamente possível, a terceirização do serviço público deverá obedecer às mesmas regras inerentes a terceirização do serviço privado, sob pena de incorrer na responsabilidade prevista no inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, que analisaremos mais adiante.

4. A SÚMULA 331 DO TST E A INTERPRETAÇÃO DO STF

Como já vimos, atualmente vivemos o apogeu do fenômeno da terceirização. As atuais discussões, ao menos na ciência jurídica, concentram-se nos aspectos da valoração do trabalho e da dignidade da pessoa humana; faces do fenômeno emanadas do ponto de vista do trabalhador. É certo que a lei trabalhista, desde seu nascedouro, teve a intenção de proteger o trabalhador, conferindo à relação de trabalho características de contrato *intuitu personae* e oneroso entre as partes. Se há contrato, há direitos e obrigações de cada um dos contraentes. E mais: sendo um deles hipossuficiente, confere a lei a este tipo de contrato características especiais que tendem a proteger a mais fraca das partes, aproximando-as, do ponto de vista isonômico. É assim no Direito do Consumidor. É assim no Direito do Trabalho. Para fugir dessas obrigações especiais que lhes imprime a CLT, porém, é que os empregadores, costumeiramente, engendram mecanismos mascaradores da relação de emprego.

Em relação ao contrato de trabalho, também como já mencionamos, pode-se justificar – diria a vertente empresarial da matéria – que o contrato de trabalho não deixa de existir, sendo celebrado, não com o tomador, mas com o prestador do serviço. O empregado não se despoja do liame protetivo da legislação. A mudança, para com o empregado não-terceirizado, é que as consequências desse vínculo serão suportadas pela empresa terceirizante, não pela terceirizada. A questão é, pois, principiológica, porque, do ponto de vista técnico-legal, o contrato de trabalho não deixa de existir. Não há, propriamente, para quem assim entende, uma proibição legal expressa à ocorrência do fenômeno. Cogitável até seria a incidência do art. 37, II, da Constituição Federal, para a Administração Pública, ao menos a partir de 05 de outubro de 1988, sugerindo-se a inconstitucionalidade do fenômeno, no âmbito público. Para nós, parece-nos que o fenômeno sequer se enquadra na moldura definida pela CLT.

Assim sendo, temos que a jurisprudência trabalhista brasileira, diante da dicotomia apresentada, nem acolheu nem proibiu a terceirização. Preferiu tolerar o fenômeno, com a imposição de certos limites. Terminou por referendar a terceirização no âmbito da Administração, “legalizada” pelo Decreto-Lei n. 200/67, bem como aquela ocorrida no âmbito privado, já reconhecida, em parte, pelas leis 6.019/74 e 7.102/83. Mas ao administrador, e ao empresário, imprimiu certas consequências jurídicas um tanto quanto diversas.

O Tribunal Superior do Trabalho editou, em 1986, sua Súmula 256, in verbis:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. 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 serviços⁶³.

Foi posto, assim, o limite a expansão do fenômeno: fora dos casos previstos em lei, não seria possível admitir terceirização. Os princípios do Direito do Trabalho foram analisados pelo Tribunal, que entendeu não permitida pela técnica jurídica laboral e pela legislação pertinente a prática de terceirizar empregados, salvo aquelas duas hipóteses já previstas em lei: a do trabalhador temporário, e a do vigilante ou transportador de valores. Isto no âmbito privado. Da prática corrente no serviço público, nada disse.

Diferente do que dispunha a Lei 7.102/83, que diminuía a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores aos estabelecimentos financeiros, a Súmula 256/TST não impunha tal limitação. Aliás, até o fazia, porque mencionava expressamente a legislação pertinente. Porém, passou-se a entender que a terceirização desse tipo de atividade estava “liberada” para qualquer área de atuação empresarial. Em consequência disso, todo e qualquer tipo de estabelecimento empresarial passou a terceirizar serviços de vigilância e transporte, o que foi referendado pela Lei 8.863/94, no ano seguinte ao da edição da súmula, quando alterou a redação do art. 10 da Lei 7.102/83, incluindo a expressão “outros estabelecimentos”, além dos tipicamente financeiros⁶⁴.

Atualmente, vemos o trabalho terceirizado dos serviços de vigilância e segurança em vários ramos de atuação empresarial, como shoppings, lojas e universidades privadas, entendendo-se que tal proceder é legal e está regulamentado genericamente pela Lei 7.102/83. E nestes termos restou concebida a terceirização, durante 10 (dez) anos. No entanto, durante este período, sobreveio uma nova ordem constitucional, com uma Constituição Federal, em 1988, e, em junho de 1993, com a nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93).

A Lei 8.666/93, ao disciplinar os procedimentos de licitação e contratos, no âmbito da Administração Pública, assim dispôs, em seu art. 71, caput e §1º, verbis:

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade, Brasília, 30.09.1986. 4/1986.

⁶⁴ VERÇOSA, Alexandre Herculano. A terceirização, a Súmula 331 do TST e a ADC 16. **Breve discussão do fenômeno da terceirização, análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a (nova) incursão do Supremo Tribunal Federal na matéria trabalhista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21138>>. Acesso em: 18 mar. 3913.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...).⁶⁵

Além de se favorecer com o art. 10, §7º, do Decreto-Lei 200, combinado com o art. 3º, parágrafo único, da Lei 5.645/70 (já de receptividade constitucional duvidosa, frente à nova carta constitucional), que lhe permitia terceirizar várias atividades, a Administração Pública agora se desincumbia, declaradamente, de qualquer responsabilidade trabalhista para com estes empregados terceirizados. Aliás, o parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645/70 já havia sido ampliado por um decreto federal de 1997 (Decreto 2.271/97).

Isso nos permite pensar que o dispositivo (art. 71 da Lei 8.666/93) nada mais fez do que colocar o entendimento de que, em relação ao empregado terceirizado, as consequências do inadimplemento trabalhista deveriam ser suportadas pela terceirizante, não pelo terceirizado. Afinal, seria este o próprio mecanismo da terceirização. Contudo, por entender que é dever da Administração Pública fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da própria Lei 8.666/93), tendo o Poder Público responsabilidade objetiva pelos seus atos, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, o TST reeditou sua Súmula 256, naquele mesmo ano de 1993, transformando-a na Súmula 331, que recebeu a seguinte redação (com as alterações de 2003):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação

⁶⁵ BRASIL. Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 128, n.54, p.8269, 22 jun. 1993. Seção 1, pt1.

processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)⁶⁶.

A então nova súmula diferenciava-se substancialmente da anterior, por dois aspectos: a) era muito mais tolerante com o fenômeno da terceirização no âmbito privado, permitindo-a, agora, para, além dos casos previstos em lei, às inúmeras situações em que o serviço terceirizado não se relacione à atividade-fim da empresa; b) pronunciava-se, pela primeira vez, sobre o fenômeno da terceirização no âmbito público.

No aspecto privado, diante da vastidão de casos concretos observados no meio social, que a súmula anterior não conseguiu evitar, o TST mudou o entendimento e resolveu permitir, genericamente, a prática, sempre que a atividade objeto da terceirização não se relacionasse à finalística da empresa. Exemplificativamente, a súmula cita os serviços de vigilância (referenciando à lei específica) e os de conservação e limpeza (já largamente utilizados pelas empresas na forma terceirizada), e, genericamente, autoriza a prática para as denominadas “atividades-meio”. Quanto ao trabalho temporário, cita-o no inciso I, que compreende, basicamente, a redação da antiga Súmula 256.

Jorge Luís SOUTO MAIOR ferrenho opositor da prática de terceirizar, comenta a mudança de entendimento:

(...) O critério jurídico adotado não foi feliz. Primeiro porque, para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não-demonstrável, qual seja, a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio? (...) A terceirização trata-se, como visto, de técnica administrativa, para possibilitar a especialização dos serviços empresariais. No entanto, o Enunciado 331, do TST, não vincula a legalidade da terceirização a qualquer especialização⁶⁷.

O que o doutrinador quer dizer é que, enquanto a Súmula 256 proibia, genericamente, a intermediação de mão-de-obra, a Súmula 331 fez exatamente o contrário. Ao adotar o critério genérico da “atividade-meio” (inciso III), permitiu-se aos empresários em geral terceirizar todas as atividades prestadas no âmbito de suas empresas, a exceção daquela

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade, Brasília, 22.06.2003. 5/2003

⁶⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Carta Aberta aos Terceirizados da USP e aos Juristas Brasileiros**. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/souto-maior-carta-aberta-aos-%E2%80%99Cterceirizados%E2%80%99D-da-usp-e-aos-juristas-brasileiros.html>>. Acesso em 2013.

para a qual tenham sido as empresas constituídas. Com isso, e em tese, uma determinada empresa pode chegar a ter mais trabalhadores terceirizados do que empregados contratados.

Além disso, todas as empresas intermediadoras de mão-de-obra, que antes só podiam atuar nos serviços de vigilância e transporte de valores, ou no fornecimento de trabalhadores temporários, tiveram suas áreas de atuação imensamente ampliadas. A existência dessas empresas – sem qualquer especialização, a não ser “emprestar” empregados a outras – restou homologada pela Justiça do Trabalho. Ou, ao menos, por sua Corte superior. A intermediação de mão-de-obra, frente à enorme possibilidade de casos concretos, deixou de ser, em regra, proibida, para se tornar, em regra, permitida. A redação do inciso I da súmula 331 restou esvaziada pelo critério adotado no inciso III da mesma. O comando do inciso I, agora, só tem razão de ser considerando-se a atividade-fim da empresa. Nos termos da Súmula 331, I, do TST, somente não se pode terceirizar a atividade finalística do empreendimento empresarial⁶⁸.

Outro ponto merecedor de grande atenção, por parte do magistrado, é aquele que pertine aos elementos da pessoalidade e subordinação. Ainda que se trate de atividade-meio, estando presentes esses dois elementos, há de se considerar configurado o vínculo empregatício direto com o tomador do serviço. Assim, o magistrado deverá levar em conta dois principais aspectos: 1) o de se saber se, naquela determinada área de atuação empresarial, a atividade prestada pelo trabalhador é fim ou é meio; 2) se, sendo meio a atividade, está presente, no caso concreto, a pessoalidade e a subordinação direta. Sendo atividade-fim, ou estando presentes esses elementos, cuidar-se-á de terceirização ilícita⁶⁹.

Como já vimos, a edição da Súmula 331 do TST foi deveras motivada pela superveniência da Lei 8.666/93, que declarava abertamente (art. 71, §1º) a irresponsabilidade da Administração Pública quando do inadimplemento das obrigações fiscais e contratuais acessórias ao objeto do contrato, contrariamente, inclusive, ao que já decidia o próprio TST.

⁶⁸ VERÇOSA, Alexandre Herculano. A terceirização, a Súmula 331 do TST e a ADC 16. **Breve discussão do fenômeno da terceirização, análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a (nova) incursão do Supremo Tribunal Federal na matéria trabalhista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21138>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

⁶⁹ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

A primeira redação do inciso IV da Súmula 331 era no sentido de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Observa-se que não se falava expressamente do Poder Público. A jurisprudência trabalhista, como já comentado, é que considerava implicitamente inserta no dispositivo sumular a Administração, quando fosse tomadora do serviço.

A inclusão da Administração na redação do inciso IV, ou, de outro modo, julgá-la responsável pelos débitos trabalhistas, era, de fato, negar vigência a dispositivo de lei. Noutras palavras, a jurisprudência da Corte superior trabalhista, na prática, considerava inconstitucional o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Para alterar o inciso IV da Súmula 331, o TST reuniu sua bancada plenária, no ano de 2000, para resolver a questão. Isto ocorreu nos autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) RR 297751-31.1996.5.04.5555, de relatoria do Ministro Milton de Moura França. Eis o dispositivo do julgado:

acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, I- por unanimidade, preliminarmente, reconhecer configurado o dissenso jurisprudencial (...); II - por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado nº 331 de Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que passará a vigorar com a seguinte redação: '[omitis]'⁷⁰.

Esta decisão foi publicada no dia 20 de outubro de 2000. A redação da súmula foi modificada pela Resolução n. 96/2000.

Em tese, não haveria, portanto, que se criticar a súmula no aspecto formal, porque negar aplicação ao preceptivo legal equivale, de fato, a declará-lo inconstitucional, e a cláusula de bancada havia sido observada. Noutro giro, se inconstitucional a norma legal, ficaria também impossibilitada, via de consequência, a crítica no sentido de ter o inciso IV da súmula caráter contra legem, pois norma inconstitucional é norma sem vigência. A única crítica que se poderia fazer ao TST seria a inovação legislativa, no sentido de imputar responsabilidade sem respaldo legal. Repisa-se, porém, que isto é resolvido pela interpretação sistêmica do ordenamento (embora, em nossa opinião, não seja a melhor interpretação).

⁷⁰ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013.

No entanto, foi o próprio TST que se complicou quando fundamentou esse IUJ. Em nenhum momento do texto do julgado proferido no incidente o Tribunal menciona, em claras palavras, que está a considerar inconstitucional o artigo da lei de licitações. Pelo contrário, fica como que a “fazer média”, como diria quiske de populo, declarando que considera vigente o dispositivo, mas que não o aplicará quando a Administração Pública tiver culpa na fiscalização do contrato. Ou seja, o tribunal simplesmente reuniu sua bancada plenária para dizer... absolutamente nada! Não teve firmeza em seu entendimento. Afinal, o dispositivo legal, à luz dos princípios constitucionais juslaborais e dos princípios fundamentais, é constitucional ou não? Se é, ou se não é, ou se o aplica, ou se lhe nega vigência. Não há que se falar que se aplica em determina condição, e em outras não. A lei não fez tal condicionamento⁷¹.

Assim, o inciso IV da Súmula 331 continuou sendo polemizado pelos órgãos defensores da Fazenda Pública.

Em março de 2007, o Governo do Distrito Federal ajuizou no STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. O objeto da ação era o pronunciamento da Corte Constitucional acerca da constitucionalidade ou não do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, o qual o Tribunal Superior do Trabalho vinha negando vigência, por sua Súmula 331. A petição inicial de vinte e duas páginas, simples e direta, pedia ainda pronunciamento cautelar do Tribunal acerca da questão. Inicialmente, praticamente todos os estados da federação, bem como a União, além de vários municípios, solicitaram o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*. A ação passou, na prática, a ser de autoria da Fazenda Pública brasileira, como um todo⁷².

Em maio de 2007, a liminar foi indeferida pelo relator, Min. Cezar Peluso, em face da complexidade da matéria. Em julho de 2008, o relator pediu pauta. Em setembro de 2008, o processo foi a julgamento pela primeira vez.

O Ministro Cezar Peluso, na ocasião, não conheceu da ação. Para ele, não havia controvérsia jurídica devidamente demonstrada. A Ação Declaratória de Constitucionalidade é ação *sui generis*, que visa à unidade da jurisprudência nacional. Com efeito, todas as leis presumem-se constitucionais. A declaração de constitucionalidade de uma norma, pelo Supremo, só há razão de ser se o entendimento quanto à constitucionalidade não for pacífico nos tribunais da Federação. Como os autores da ADC não demonstraram essa

⁷¹ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013.

⁷² VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

controvérsia jurisprudencial de forma inequívoca, no entender do relator, a ação não mereceria cognição.

No intuito de fundamentar esse entendimento, o relator utilizou-se da própria redação do julgado proferido no famigerado IUJ, onde não se falava, de fato, como não se fala, de inconstitucionalidade do art. 71, §1º. E, para ratificar esse entendimento torto do TST, seu Presidente, à época, prestou as seguintes informações ao STF, citadas no voto do relator:

(...) ao prestar informações, o Ministro Presidente daquele excelso Tribunal consignou: ‘verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão-de-obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais’⁷³.

Deste modo, o relator da ADC entendeu não haver controvérsia jurídica, porquanto a súmula era amplamente aplicada pelos tribunais do país. Ademais, o TST justificava expressamente ao STF seu entendimento no sentido de que não considerava inconstitucional o referido artigo.

O relator restou vencido no conhecimento. Após o pedido de vista do Min. Menezes Direito, o processo saiu de pauta, retornando à mesma no dia 24 de novembro de 2010, onde foi definitivamente julgado. O voto-vista havia passado à chancela da Min. Carmem Lúcia, em face do falecimento do Min. Menezes Direito. No voto, disse a ministra:

(...) A aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas. Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. (...) Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do §1º do art. 71 por contrariedade ao art. 37, §6, da Constituição da República. Pelo exposto, voto no sentido da declaração de constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei 8.666/93 (...)’⁷⁴

⁷³ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

⁷⁴ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

Vejamos, pois, que a ministra, no voto-vista, declarou o artigo constitucional. Sem ressalvas, sem condicionamentos. A ementa da decisão proferida nos autos da ADC 16 parece ter seguido entendimento:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁷⁵

Voltando ao entendimento do TST, analisando- em conjunto com o ADC, temos que o Tribunal Superior do Trabalho defende é a “meia” aplicação da lei. Além de se desviar do foco da reclamação trabalhista para investigar fatos estranhos ao cerne da demanda – qual seja, o da eventual falta de fiscalização do contrato, por parte do ente público, quando tal falta, na prática, a teor da súmula, era considerada presumida – o Juiz do Trabalho deverá, ato contínuo, decidir se aplica o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, ou se deverá afastar sua incidência para aplicar o inciso IV da Súmula 331. Este foi o teor das informações prestadas ao relator, que o levaram a crer que não haveria controvérsia acerca da constitucionalidade do dispositivo, levando-o a votar pelo não conhecimento da ADC.

Toda a fórmula jurisprudencial construída acerca do tema da terceirização é falha, desconexa, desprovida de coerência. Mesmo a fundamentação utilizada durante anos (mesmo antes do advento do inciso IV da súmula) para validar a inaplicabilidade do preceptivo legal é incorreta. Afirma-se que a Administração tem o dever de escolher bem com quem contratar (in eligendo) e de fiscalizar a execução do contrato (in vigilando), e que quaisquer consequências oriundas dessas modalidades de culpa serão por ela suportadas, a teor do art. 37, §6º, da CF/88, quando tal norma constitucional trata de responsabilidade aquiliana, isto é, de responsabilidade não contratual. Não há a menor correlação com a matéria em tela. Não dá sequer para se defender uma possível interpretação conforme⁷⁶.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2012.

⁷⁶ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

Deste modo, fica assim a história da terceirização, segundo a Justiça do Trabalho brasileira: a) por falta de interpretação firme do ordenamento jurídico, permite-se a terceirização; b) interpretando-se o ordenamento jurídico, imputa-se responsabilidade subsidiária a todo e qualquer tomador do serviço (contra lei, em alguns casos); c) interpretando-se a Constituição, diz-se que o Poder Público não pode deixar de responder pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, deixando-se de aplicar dispositivo de lei ordinária; d) reúne-se o Tribunal Superior em sua bancada plenária, para decidir a questão da aplicação ou não do artigo da referida lei; ao final, entende-se mantida a súmula; e) instada a se manifestar pelo Tribunal Constitucional, a mais alta corte trabalhista diz que não aplica o dispositivo, mas não o considera inconstitucional.

A exceção do Min. Ayres Britto, todos julgaram procedente a ação. Porém, o relator condicionava a aplicabilidade futura do art. 71, §1º, ao talante do juiz do trabalho, no caso concreto, no que foi acompanhado por um colega, enquanto outros cinco – a saber, os ministros Carmem Lúcia, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski (que acolhia o entendimento do relator, apenas no conhecimento), Gilmar Mendes, e Ellen Gracie – julgaram procedente a ADC, sem qualquer condicionamento, e deixando claro esse posicionamento nas discussões. Contudo, o dispositivo da decisão ficou assim redigido:

Decisão: o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Min. Cezar Peluso, (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010⁷⁷.

A decisão, não foi tomada “nos termos do voto do relator”. O relator julgava procedente a demanda, por fundamentos diversos dos que a maioria dos ministros adotava. A redação do dispositivo não condiz com a realidade do julgamento. Além de se tratar de lamentável equívoco por parte do quadro de analistas do Supremo, a leitura do dispositivo, ao final do julgamento, parece não ter se feito ouvir pelos ministros da bancada.

Noutro aspecto, nenhuma das assessorias das dezenas de entes públicos que participaram da ação atentou para a oposição dos embargos de declaração. O equívoco se perpetrou com o manto da coisa julgada e, assim, lamentavelmente, tudo continuou como dantes no quartel d’Abrantes. Nem o Tribunal Superior do Trabalho teve pulso para defender

⁷⁷ VERÇOSA, Alexandre Herculano. Op. cit. Acesso em: 18 mar. 2013

sua súmula, nem o Supremo Tribunal Federal aproveitou a oportunidade para regularizar o entendimento acerca do tema da terceirização. Melhor seria, e cerramos fileira com doutrina nesse sentido, que a terceirização restasse de vez proibida pelo Judiciário, de acordo com os princípios da Constituição Federal, como entende o Min. Ayres Britto (que assim considerava, ao menos, no âmbito do Poder Público). Noutro giro, poderia pelo menos o dispositivo estar corretamente redigido, assim como a ementa (que faz menção à palavra “automática”), refletindo melhor a realidade do julgamento. O acórdão, a rigor, deveria ter sido lavrado pela Min. Carmem Lúcia, cujo voto foi, na realidade, o condutor da tese vencedora. Se a lavratura ficou para o Min. Cezar Peluso, que fizesse ressalva a seu posicionamento, posto que sua tese não foi a preponderante. Porém, nada disso ocorreu, terminando assim a estória da ADC 16.

No mesmo dia do julgamento definitivo da ação, o sítio virtual do STF veiculou o resultado do julgamento desta forma: “TST deve analisar caso a caso o resultado ações contra a União que tratem de responsabilidade subsidiária”⁷⁸.

Deste modo, os efeitos da ADC 16 acabaram por se anular. Deu-se abertura à Justiça do Trabalho para que todas as reclamações onde se discute terceirização continuassem a ser julgadas da mesma forma que antes: relegando-se a aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

No diário oficial de 27 de maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a redação da Súmula 331, alterando o inciso IV, e inserindo outros dois incisos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2013.

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.⁷⁹

Na prática, Juiz do Trabalho não confere à exaustão se o contrato foi fiscalizado ou não. Continua-se a adotar a falta presuntiva da Administração, até porque, se tais verbas não vinham sendo adimplidas pelo prestador, parece evidente que a Administração não fiscalizou, mesmo, a execução do contrato. Aliás, sendo o ônus da prova invertido no processo laboral, competirá sempre ao Poder Público provar que fiscalizou o prestador de serviço. Na prática, repisa-se, continuar-se-á aplicando a responsabilização subsidiária, frisando-se que, por se tratar de matéria probatória, o TST não irá sequer analisar tal questão. Em artigos e outras fontes de pesquisa, os procuradores públicos, interpretando a decisão proferida na ADC 16, vêm defendendo que a parte dispositiva do julgado não faz menção à obrigação de fiscalizar e que, portanto, a súmula continuaria a ferir o preceptivo legal. Noutras palavras, defende-se que o TST continua não aplicando o dispositivo, que já foi declarado constitucional. Ocorre que, por outro lado, a parte dispositiva do decisum da ADC 16 referencia expressamente aos termos do voto do relator, cujo entendimento é idêntico ao do TST. Portanto, nada se resolveu para a Fazenda Pública.

Igualmente, em relação às relações de trabalho privadas, nada se resolveu, pairando a incerteza e a insegurança jurídica.

4.1. O ATUAL POSICIONAMENTO DO TST E OS ASPÉCTOS CONTROVERTIDOS DA LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização vem sendo discutida no Tribunal Superior do Trabalho, agora com novos elementos trazidos pelos 49 expositores que participaram da primeira audiência pública realizada pelo Tribunal, nos dias 4 e 5 de agosto de 2012.

⁷⁹ Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 2013.

Nas sessões de julgamento realizadas sobre o tema, o tema esteve na pauta da maioria das Turmas. Algumas – como a Sétima e a Oitava – sinalizam posições diferentes da até então vigente no TST, particularmente na possibilidade de terceirização em call centers de concessionárias de telefonia. Outras, porém, vêm confirmando o entendimento consolidado na Súmula 331.

Em relação ao call center, um dos pontos mais discutidos na audiência pública, a licitude ou ilicitude da terceirização de serviços de tele atendimento tem como ponto central da discussão a definição do seu enquadramento como atividade meio ou fim, principalmente no setor de telefonia. Na semana passada, a Sétima Turma decidiu, por maioria, dar provimento a recurso da Oi (RR 510-89.2010.5.03.0022) e reconhecer a licitude – ou seja, pelo enquadramento do call centers da empresa como atividade meio. Ontem, porém, a Terceira e a Sexta Turmas decidiram casos semelhantes nos termos da jurisprudência vigente no TST.

“Não se pode considerar o atendimento em call center como atividade meio e empresas de telefonia”, afirmou o ministro Alberto Bresciani, da Terceira Turma, ao dar provimento a recurso de revista (RR 659-85.2010.5.03.0022) para reconhecer o vínculo de emprego de uma atendente contratada pela Contax S.A. diretamente com a Telemar Norte Leste (Oi), tomadora de serviço, reformando decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG)⁸⁰.

“A atividade de atendimento telefônico prestado aos consumidores está ligada à atividade fim da Oi, sendo vedada a terceirização, sob pena de se permitir que a empresa do ramo de telecomunicações funcione sem a presença de empregados, mas apenas de prestadores de serviços”. Para a Terceira Turma (a decisão foi unânime), ao se admitir a terceirização nesse caso, pois “estar-se-ia promovendo a precarização dos direitos dos trabalhadores, em confronto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da busca pelo pleno emprego”⁸¹.

Tal fundamento, alinhado em diversos precedentes citados pelo ministro Bresciani, serviu também para que a Turma negasse provimento a agravo de instrumento (AIRR 1075- 92.2010.5.03.0009) das mesmas empresas contra decisão em sentido contrário

⁸⁰ Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Acórdão/RR/659-85.2010.5.03.0022.html#659-85.2010.5.03.0022>. Acesso em 2013.

⁸¹ VIOLIN, Tarso Cabral. Ministros do TST querem liberar terceirizações de atividade fim. **Blog do Tarso**, Curitiba, ano 4, 17 mai 2013 . Disponível em: <<http://blogdotarso.com/2012/05/29/perigo-ministros-do-tst-querem-liberar-terceirizacoes-de-atividades-fim/>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

do mesmo TRT-MG – o que revela que, também no âmbito dos Regionais, o tema é controvertido.

A Sexta Turma também adota entendimento majoritário contrário à terceirização dos call centers. Na sessão de ontem, foram julgados dois processos envolvendo a Tim Celular S. A. e a A & C Centro de Contatos S. A. e empregados terceirizados e, nos dois casos, a decisão foi pela ilicitude da terceirização.

O relator de um deles (AIRR 1691-64.2010.5.03.0010), ministro Augusto César Leite de Carvalho, observou em seu voto que, “embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer parâmetros que viabilizam a progressão da economia sem aviltamento da dignidade humana”⁸².

Sobre o tema o ministro Augusto César Leite de Carvalho assim discorreu:

não há dúvida de que as concessionárias de telefonia relacionam-se com os usuários desses serviços por meio dos operadores de call center, inexistindo modo mais evidente de conformação ao conceito de atividade fim que aquele no qual o trabalho se realiza na relação entre fornecedor e cliente”⁸³.

O outro recurso julgado pela Sexta Turma (RR 1141-27.2010.5.03.0024), interposto pelas mesmas empresas, teve decisão semelhante. O relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, presidente da Turma, ressaltou seu entendimento pessoal, favorável à licitude, dizendo que “Toda empresa que procede à venda, atendimento telefônico e busca manter contato direto com o cliente tem terceirizado essa atividade sem que se questione a licitude da terceirização, o que não vem ocorrendo em relação ao ramo da telefonia”⁸⁴.

Apesar da ressalva, porém, o ministro, “por disciplina judiciária”, aplicou ao caso a jurisprudência da Turma, em sentido diverso.

A Oitava Turma, por sua vez, admite a licitude da terceirização nesses casos. Em dois processos julgados ontem (RR 163000-56.2008.5.03.0110 e RR 34400-98.2009.5.03.0007), a Turma, por maioria (vencido o juiz convocado Sebastião Geraldo de Oliveira), deu provimento a recursos da Telemar Norte Leste (Oi) para afastar o

⁸² Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Acórdão/AIRR/1691-64.2010.5.03.0010.html#659-85.2010.5.03.0022>>. Acesso em 2013

⁸³ Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Acórdão/AIRR/1691-64.2010.5.03.0010.html#659-85.2010.5.03.0022>>. Acesso em 2013

⁸⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

reconhecimento de vínculo de terceirizados da TNL Contax S. A. diretamente com a concessionária⁸⁵.

A relatora dos dois recursos ministra Dora Maria da Costa, baseou seu voto no o artigo 94, inciso II, da Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), que admite a possibilidade de “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”⁸⁶.

“É lícita a terceirização da atividade inerente na qual a empresa prestadora de serviços, indubitavelmente, dirige os serviços realizados de acordo com a necessidade da tomadora dos serviços”, afirmou a ministra. “Em tal circunstância, a atuação do trabalhador não configura vínculo de emprego.”

No que tange às atividades técnicas, além da questão controvertida dos call centers, a terceirização no setor de telefonia, juntamente com o elétrico, gera polêmicas em virtude dos dispositivos da Lei nº 9.472/1997 (telecomunicações) e da Lei nº 8.897/1995 (elétricas) que admitem a contratação de serviços inerentes, acessórios ou complementares. Esse tipo de contratação foi objeto de dois processos julgados ontem pela Primeira e pela Sexta Turmas do TST.

O primeiro caso (AIRR 33900-98.2009.5.21.0017) envolvia um eletricitista contratado pela ESEL Execução de Serviços Elétricos Ltda. para prestar serviços à Companhia Energética do Rio Grande do Norte (COSERN)⁸⁷.

A Primeira Turma, por unanimidade, seguiu o voto do relator, ministro Walmir Oliveira da Costa, e negou provimento a agravo de instrumento da COSERN, que pretendia isentar-se da condenação imposta nas instâncias inferiores ao pagamento das verbas decorrentes do reconhecimento de vínculo de emprego do eletricitista.

Para o relator, o artigo 25, parágrafo 1º da Lei nº 8.897/1995 “não autoriza a possibilidade de transferência das atividades fim da concessionária a terceiros”. A particularidade, no caso, é que a própria COSERN firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público do Trabalho comprometendo-se a não terceirizar sua atividade fim – aí compreendida a função de eletricitista exercida pelo autor da ação.

O ministro lembrou que a matéria já foi objeto de decisão pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, responsável pela uniformização da

⁸⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ Ibidem.

jurisprudência das Turmas do Tribunal, no julgamento do E-RR 586341-58.1999.5.18.5555, em que foi parte a Companhia Energética de Goiás (CELG)⁸⁸.

Em um processo parecido, a Sexta Turma não conheceu de recurso (RR 5400-88.2006.5.01.0015) da Telemar Norte Leste S. A. (Oi) contra decisão que reconheceu o vínculo de emprego de um reparador e instalador de linhas telefônicas que, por meio da Cooperativa de Trabalhadores Telefônicos em Mesa de Exame do Rio de Janeiro (COOPEX), prestou serviço por mais de um ano à concessionária. A Oi alegava que a função de reparo e instalação de linhas desempenhada pelo trabalhador não era atividade fim de telefonia, e sim atividade inerente.

Para o relator do recurso, ministro Maurício Godinho Delgado, estender o sentido do termo “inerente”, nesse caso em particular, para entendê-lo como análogo a atividade fim, aceitando a transferência do desenvolvimento de serviços essenciais a terceiros, “significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”. Em nenhum momento, afirma o relator, afasta-se a aplicação do artigo 94 da Lei Geral das Telecomunicações, “mas apenas interpreta-se o dispositivo legal à luz da jurisprudência sumulada do TST”⁸⁹.

O presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro João Oreste Dalazen, discorda da jurisprudência adotada por seu tribunal sobre terceirização do trabalho. Para ele, o tema ainda não foi tratado como deveria, seja pela doutrina seja pela jurisprudência. “Não se pode negar que o conceito de terceirização lícita padece de segurança jurídica”, declarou, ao cassar liminar que determinou aos Correios cancelar todos os seus contratos de terceirização e promover concurso público para contratação.

Atualmente, o entendimento que prevalece no TST é o baseado na Súmula 331. Diz a norma que a terceirização só é legal quando atinge a atividade-meio da empresa, e não a atividade-fim. Para o ministro Dalazen, no entanto, esse critério traz problemas para a doutrina, jurisprudência e para as relações de trabalho do país.

Assim disse o ministro, em decisão:

A definição de atividade-fim como determinante da regularidade do procedimento de terceirização constitui questão tormentosa e atormentadora, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Essa, aliás, a fonte mais

⁸⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁸⁹ Ibidem

aguda dos inúmeros problemas causados pelo fenômeno da terceirização no universo das relações de trabalho⁹⁰.

Houve discussão sobre a possibilidade de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) terceirizar os serviços de motoristas, carteiros e operadores de triagem e transbordo. Os Correios recorreram ao TST para anular uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, no Piauí, que determinou a cassação de todos os seus contratos de terceirização. Também proibiu a contratação de novos funcionários como terceirizados e determinou a realização de licitações para novas contratações⁹¹.

A decisão veio em reclamação trabalhista ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores da ECT (Sintect). Os trabalhadores alegavam que os Correios terceirizam contratos para a realização de suas atividades-fim, como são as atividades reclamadas de motoristas, carteiros e operadores de triagem e transbordo. O sindicato também pediu que a Justiça do Trabalho declare que motoristas de carga são atividade-fim da ECT.

A decisão primária decidiu em favor dos trabalhadores e determinou o cancelamento de todos os contratos de terceirização. Decidiu também que, para cada dia que os Correios descumprissem a decisão, deveriam pagar multa de R\$ 5 mil – chegando ao limite de R\$ 500 mil.

A ECT foi ao TRT-22 pedir a cassação da sentença, mas o tribunal a manteve. Reformou apenas a multa e a reduziu para R\$ 1 mil por dia. Levou em conta os argumentos do Ministério Público, para quem “o cargo de motorista está contemplado no quadro de pessoal da reclamada [ECT]”. Ainda de acordo com o MPT: “Esses fatos evidenciam que a recorrente vem utilizando-se de terceirização de forma ilícita, contratando trabalhadores por empresa interposta para desempenho de funções permanentes e essenciais ao seu funcionamento e objeto”.

Os Correios foram ao TST pedir que a sentença fosse imediatamente cassada, pois seu cumprimento afetaria diretamente os negócios da empresa e, consequentemente, os cofres públicos, pois a realização de concurso público implica em muitos gastos. Também poderia acarretar na má prestação de serviços aos cidadãos.

O Ministro Dalazen concordou com as alegações. “O cumprimento imediato da decisão ainda provisória poderá suscitar problema social grave para os destinatários dos

⁹⁰ Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Acórdão/AIRR/1691-64.2010.5.03.0010.html#659-85.2010.5.03.0022>>. Acesso em 2013

⁹¹ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

serviços da requerente”, decidiu. Afirmou, ainda, que a realização de concurso é “tarefa complexa, que demanda prazo razoável, além de implicar gastos significativos”⁹².

É nesta decisão que o ministro desfere críticas ao entendimento do TST sobre a terceirização. Não foi a primeira vez. Quando concedeu entrevista para o Anuário da Justiça Brasil 2012, Dazalen afirmou que o critério da Súmula 331 do TST é “questionado e questionável”. Por outro lado, disse também que o tribunal não conseguiu chegar a uma definição melhor. “É preciso um marco regulatório”, disse⁹³.

O presidente é acompanhado, por outros nove que responderam negativamente à pergunta formulada pelo Anuário: “O critério de atividade-fim e atividade-meio é suficiente para definir se terceirização é lícita?”. Entre eles está o ministro Walmir Oliveira da Costa. Para ele, “o conceito [da Súmula 331] ficou muito difuso”. Ele acredita que a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio já não é mais suficiente para tratar do tema. “Mantendo o emprego em condições dignas, não vejo problema na terceirização. Não sou a favor, mas é um caminho inevitável que a legislação deve regulamentar para evitar a precarização”, disse o ministro ao Anuário⁹⁴.

O ministro Pedro Paulo Teixeira Manus entende que existe outro critério mais seguro para definir se a terceirização é legal ou não. “Em determinados setores, é possível terceirizar atividade-fim sem precarizar. A indústria automobilística mostra isso. O critério ideal seria: a terceirização é legal quando o tomador não gerencia o trabalho do prestador. Se gerencia, cria vínculo. Do contrário, isso se chama locação de mão de obra”.

O ministro Caputo Bastos é mais radical. Também em entrevista ao Anuário, o ministro se disse a favor da terceirização irrestrita, desde que a empresa saiba lidar com isso. “Se quiser terceirizar toda a linha de produção, não vejo problemas, desde que arque com as responsabilidades disso. Considero extremamente infeliz o critério da atividade-fim e atividade-meio.” Dos 16 ministros que responderam à pesquisa do Anuário, seis ainda entendem que o critério estabelecido pela Súmula 331 segue firme. “Ainda não encontramos um critério melhor”, diz o ministro Horácio Senna Pires. “Não se pode ter uma empresa sem empregados, não se pode terceirizar a atividade que define o empreendimento do empregador. Mas o que é atividade-meio, pode”⁹⁵.

⁹² VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. Acesso em: 18 jun. 2013.

Deste modo, resta patente a necessidade de criação de uma legislação específica sobre o tema, que atenda aos anseios da economia moderna, sem ferir os direitos obreiros.

5. PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E O PL 4330/04

Como já vimos, é patente a necessidade de implementação de medidas para propiciar segurança e certeza jurídica no assunto terceirização. Para isso necessário se faz a criação de um novo modelo legal que possa atender a duplicidade da natureza da terceirização, qual seja a prática econômica moderna com o resguardo dos direitos dos trabalhadores, sanando as contradições e incoerências interpretativas sobre o tema. O modelo legal já não mais atende as peculiaridades da terceirização moderna e, destarte, prescinde de nova regra.

Como início de ajuste legal que, a princípio, entendemos como viável, ao menos no início da solução legal para o problema terceirização, temos, atualmente, de autoria do deputado Sandro Mabel (PMDB/GO), o PL 4330/2004. Não obstante a forte resistência contrária à sua aprovação, já passou, ao longo das três últimas legislaturas, pelas Comissões de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) e de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) e encontra-se atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), em que, no último dia 17 de maio, recebeu parecer do relator, deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB/BA), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação.

O PL 4330/04 permite a prática da terceirização de serviços em todas as atividades das empresas e órgãos públicos, sem limites a atividade-meio, sendo considerado, por alguns, um atentado à dignidade do trabalhador brasileiro e uma forte ameaça à organização impessoal da Administração Pública.

Desde 1993, a prática da terceirização tem sido disciplinada, no setor privado, pela Súmula 331 do TST, que só admite a terceirização em atividade-meio das empresas, desde que inexistente a subordinação e a pessoalidade. No setor público, a terceirização está disciplinada pelo Decreto 2.271/1997, que limita sua prática às atividades instrumentais, complementares e auxiliares à competência dos órgãos públicos. Sua eventual aprovação porá fim a esses limites à terceirização, incitando sua prática de forma indiscriminada.

A votação da proposta (PL 4330/04) que regulamenta as terceirizações no Brasil foi adiada para 9 de julho pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados. A decisão se deu por acordo, pois vários parlamentares

solicitaram vista do projeto. “Comprometo-me a só colocar a matéria em pauta daqui a 30 dias”, disse o presidente da CCJ, deputado Décio Lima (PT-SC)⁹⁶.

O relator, deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA), leu na terça-feira (11/06) seu parecer e a complementação de voto às 121 emendas apresentadas no colegiado. “O centro do projeto é fortalecer as empresas terceirizadas. A terceirização não é um mal em si mesmo, mas, sim, às empresas precárias”, disse Maia⁹⁷.

A classe sindical, a maioria bancária, se manifestou contra a aprovação da medida durante a reunião. O deputado Paulo Pereira da Silva (PDT-SP) afirmou que o diálogo sobre o tema pode chegar a uma regulamentação que não atinja o direito dos trabalhadores.

Atualmente, cerca de 8,2 milhões, ou 22% dos trabalhadores com carteira assinada no Brasil, são terceirizados, conforme estudo do Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (Sindeprestem), de São Paulo. Os serviços terceirizados são regulados no Brasil pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁹⁸.

Como já vimos, o mundo dos negócios vive em constantes transformações, o que implica necessariamente, em novas formas de gestão, e o processo de terceirização é uma dessas novidades que surgiu para melhorar o desempenho organizacional e uma melhor compreensão do desempenho das organizações. Afinal de contas, o objetivo da Ciência Administrativa é propor e elaborar teorias e formas de gestão que possam explicar o comportamento das organizações.

Temos pois que o processo de terceirizar consiste num processo e técnica de gestão administrativo-operacional corrente nos países industrialmente competitivos. A terceirização se enquadra no conceito mais amplo da Ciência Administrativa, como uma técnica inovadora e moderna. Como processo de gestão, a terceirização se sustenta basicamente na abordagem estratégica, provocando mudanças de vulto na organização, que se volta para o desenvolvimento de sua atividade principal.

No contexto empresarial moderno, competitivo, para se ter possibilidade de concorrer com a rivalidade mercantil e comercial, é fato que a terceirização surge como ferramenta estratégica, como tantas outras, que pode trazer resultados bastante positivos

⁹⁶ Agência Câmara de Notícias. O Projeto de Lei 4330/04. Disponível em: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/>>. Acesso em 2013.

⁹⁷ Agência Câmara de Notícias. Op. Cit>. Acesso em 2013.

⁹⁸ Agência Câmara de Notícias. Op. Cit>. Acesso em 2013.

quando utilizada de maneira adequada. Mas, se utilizada de maneira incorreta, pode trazer grandes prejuízos. Terceirizar não deveria ser simplesmente contratar atividades de menor importância, e que não se constituem na atividade foco da empresa ou ser vista como uma forma de diminuir custos operacionais para a empresa contratante, já que a mão-de-obra contratada é barata.

Temos, pois, nítida a manifestação de que os deputados, empresários, sindicatos e estudiosos concordam com a necessidade de uma lei para o setor, atualmente regulado pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. As formas de regulamentação da categoria, porém, são pontos de disputa e não fazem o tema avançar.

Atualmente são 22 propostas com tramitação pela Câmara sobre a regulamentação de terceirizados. Os deputados chegados ao empresariado defendem o substitutivo do Senado ao Projeto de Lei 4302/98, do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, que regulamenta a terceirização de trabalho com a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Tal medida transfere para os tomadores de serviços as obrigações trabalhistas, como pagamento de férias ou do INSS, apenas quando estão esgotados os bens da firma terceirizada. A proposta também permite a terceirização em qualquer área da empresa, seja ela atividade-fim ou atividade-meio.

O deputado Sandro Mabel (PR-GO), relator da proposta na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, do PL 4330/04,, defende a aprovação do texto atual e, posteriormente, aprimoramentos com outros projetos. “Se quisermos fazer a melhor lei de terceirização, não sairá lei nenhuma”, afirmou. Segundo ele, a responsabilidade solidária, que ocorre quando o trabalhador pode cobrar o pagamento de direitos trabalhistas tanto da empresa terceirizada quanto do tomador de serviços, é um erro. “Assim fica muito fácil, joga para o tomador de serviço todo o custo”, criticou Mabel.

Um anteprojeto que vem sendo elaborado desde o fim do governo do ex-presidente Lula, em parceria com as centrais sindicais e parte do empresariado, prevê a responsabilidade solidária e proíbe a terceirização da atividade-fim da empresa. A proposta, que está na Casa Civil sem previsão de chegar à Câmara, também garante aos terceirizados os mesmos direitos da categoria preponderante na empresa.

Na opinião do deputado Vicentinho (PT-SP), autor de uma proposta (PL 1621/07) com posicionamento semelhante, a responsabilidade solidária é necessária para garantir os direitos trabalhistas do terceirizado. “O empresário que contrata também tem responsabilidade. Afinal de contas, os terceirizados, mesmo sendo intermediários, trabalham para quem contrata”, afirmou Vicentinho. Segundo ele, a medida ajudaria a resolver processos

trabalhistas de terceirizados que se arrastam na Justiça e prescrevem ao ultrapassar o limite de cinco anos⁹⁹.

O Deputado Sandro Mabel, autor da proposta (PL 4330/04) defende a responsabilidade subsidiária, a favor de uma regra mista. Desse modo, a responsabilidade seria subsidiária quando a contratante comprovasse a fiscalização dos encargos trabalhistas e solidária nos casos de omissão. “Mensalmente, o tomador de serviço tem de exigir. Se ele exigiu a guia e a empresa prestadora sumiu, o problema não é dele”, disse. O deputado disse que essa regra pode ser incluída durante a votação do projeto do governo FHC (PL 4302/98) no Plenário¹⁰⁰.

A regra mista também é defendida pelo deputado Paulo Pereira da Silva (PDT-SP), que é presidente da Força Sindical. “Se a empresa cumprir a fiscalização, ela não terá problemas com esses direitos”, afirmou. O Projeto de Lei 6832/10, do ex-deputado Paulo Delgado, prevê essa regra. A proposta foi desarquivada e tramita apensada em conjunto. Quando uma proposta apresentada é semelhante a outra que já está tramitando, a Mesa da Câmara determina que a mais recente seja apensada à mais antiga. Se um dos projetos já tiver sido aprovado pelo Senado, este encabeça a lista, tendo prioridade. O relator dá um parecer único, mas precisa se pronunciar sobre todos. Quando aprova mais de um projeto apensado, o relator faz um texto substitutivo ao projeto original. O relator pode também recomendar a aprovação de um projeto apensado e a rejeição dos demais. ao projeto de Vicentinho¹⁰¹.

O sociólogo e especialista em relações trabalhistas José Pastore entende que a regra mista é a melhor. “Se você aprovasse isso na lei, a tomadora pensaria duas vezes em contratar uma empresa relapsa, que não protege os trabalhadores”, argumentou¹⁰².

José Pastore disse ainda que o anteprojeto do governo proíbe a terceirização da atividade-fim da empresa. Essa posição, no entanto, recebe críticas de deputados ligados a sindicatos e também do setor empresarial. Segundo o deputado Laercio Oliveira (PR-SE), vice-presidente da Confederação Nacional do Comércio (CNC), as mudanças no comércio e na relação de trabalho acabam dificultando a definição do que é atividade-fim. “Hoje em dia,

⁹⁹ Núcleo Mascaro. Deputados discutem a terceirização; Disponível em http://www.nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:deputados-discutem-lei-para-terceirizacao&catid=39:noticias&Itemid=96. Acesso em 2013

¹⁰⁰ Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

¹⁰¹ Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

¹⁰² Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

já se terceiriza tudo. Qual a atividade-meio ou fim de um banco hoje? Acabou se misturando muito”, disse¹⁰³.

Paulo Pereira entende que a proibição de terceirização da atividade-fim das empresas não é consenso no meio sindical. “Você pode determinar [a atividade-fim] em alguns ramos de profissão, mas no geral não”, argumentou. Ele disse que o importante é garantir os direitos trabalhistas dos terceirizados, independentemente de sua função na empresa¹⁰⁴.

Já o deputado Vicentinho vê a proibição como necessária para a regulamentação da atividade. “Se uma empresa é fabricante de carro, ela existe para isso, porque vai terceirizar essa atividade?” indagou. Para o deputado, o projeto precisa definir o que pode ou não ser terceirizado¹⁰⁵.

Entendemos, contudo, que o PL 4330/04, atualmente em tramites de votação pela CCJ, na íntegra, atende a realidade do país, e deve ser aplicado para não causar estagnação na economia, posto que acima de tudo, prevê amplos direitos aos trabalhadores terceirizados e busca resguardar sua equiparação com os empregados de outros setores, não havendo qualquer precarização do trabalho.

Já vimos que o processo de terceirização é uma relação de parceria, com uma atuação semelhante a contratante, e acima de tudo, que seja uma relação de resultados empresariais para as partes envolvidas. Trazendo vantagem competitiva para a contratante, por intermédio de uma economia de escala e para a empresa contratada por meio de uma maior especialização, comprometimento com resultados e autonomia industrial.

O debate da terceirização é uma tarefa difícil e complexa uma vez que o conceito, no Brasil, é, equivocadamente, sinônimo de desvalorização do trabalho e do trabalhador, de precarização das condições e relações de trabalho e de desrespeito a direitos em nome da redução de custos com mão de obra e de uma suposta competitividade por parte das empresas. Tal entendimento se deve pela atuação sindical, mais preocupada em perder sua autonomia, a saber diferenciar de fato, a empresa terceirizada boa e a ruim.

Muito além do que o real interesse escuso, a estrutura do trabalho e da economia brasileira não pode mais esperar pela regulamentação da terceirização, sob pena das

¹⁰³ Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

¹⁰⁴ Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

¹⁰⁵ Núcleo Mascaro. Op. Cit. Acesso em 2013

inconsistências e muitas vezes da incoerência do Poder Judiciário, como vimos nos tópicos acima. É necessário discutirmos a terceirização e a aplicação do PL 4330/04 de forma mais abrangente, discutindo alterações que de fato, podem fazer a diferença.

É importante destacarmos que o PL 4330/04 que, atualmente, está aguardando a votação na CCJ, possui várias alterações e substituições, que tornaram o projeto original ainda melhor, e deve prevalecer como um novo modelo de regulamentação da terceirização no Brasil, restringindo, com isso, muitas interpretações confusas sobre a aplicabilidade da Súmula 331 do TST, que já não mais atende a atual relação capital trabalho do país.

Entendemos, pois, que na prática o PL 4330/04 seria o início de uma importante mudança sobre a prática da terceirização no Brasil e certamente, com a aplicação prática ante as relações laborais modernas, fatalmente provocaria alterações e adaptações a fim de atender as necessidade do trabalho terceirizado, até chegar ao ponto de se apaziguar os anseios das classes patronais e operárias, que, muitas vezes, possuem anseios escusos por trás dos discursos sociais.

Deste modo, estamos diante da possibilidade de darmos início a um novo processo de relação de trabalho, mormente porque a atual conjectura não mais pode esperar por uma lei que possa nortear a relação de trabalho terceirizada. Entretanto, resta torcermos para aprovação do PL 4330/04 com suas alterações e propostas, que, certamente, é um novo modelo e uma possível e inicial solução legal para o processo de terceirização face as relações empresariais modernas.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que vimos, é certo que a terceirização é tema de grande destaque e merece mais atenção, pois está diretamente ligado ao meio ambiente de trabalho e ao sistema produtivo nacional, impactando financeiramente a sociedade atual.

Deste modo, como toda e qualquer matéria polêmica, há que se analisar com exatidão as teses antagônicas ou conflitantes entre si.

Sob esse raciocínio, o estudo trouxe à tona o velho conflito entre capital e trabalho: de um lado, diante de um Estado cada vez mais omissivo às questões sociais, incluindo-se as de caráter protetivo do trabalhador assalariado e a valoração do trabalho, temos o desmedido e perverso modo de acumulação de riquezas, este justificado pelas mudanças trazidas pela tecnologia e pela concorrência hostil entre empresas no mundo globalizado; de outro, em face de um contexto histórico marcado pela constante luta por melhores condições de trabalho, principalmente a partir dos séculos XVIII e XIX, temos a vertente social, que situa o trabalhador como a parte mais fraca da relação laboral, devendo, portanto, ser protegido.

Assim, ao tentarmos investigar o fenômeno da flexibilização como forma de modernização das relações de trabalho, procuramos buscar um caminho que nos permita afirmar se é possível ou não dar seguimento a essa diretriz dos novos tempos, ou até mesmo buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses econômicos e sociais, pois não se pode negar que o Direito do Trabalho vivencia uma nova etapa das relações laborais no mundo globalizado, devendo ser modernizado.

A estruturação capitalista das últimas décadas, marcada pela globalização da economia, internacionalização dos mercados financeiros e crescente interação entre os países e povos, produziu iminentes reflexos no mercado de trabalho. No plano econômico, projetou os seus efeitos na competitividade das empresas, na nova forma de organização da produção e das relações de trabalho, e, no investimento em face dos limites da intervenção estatal que é encarada como capaz de restringir a autonomia empresarial, aumentar os custos do desenvolvimento da atividade explorada, e, até mesmo, retardar o desenvolvimento da economia.

Neste contexto, fortaleceu-se o pensamento neoliberal – base ideológica da globalização – que apoia a desregulamentação e a flexibilização, defendendo que isso refletiria como eliminação de parte das normas trabalhistas. A principal justificativa para a solução oferecida pelo pensamento neoliberal de transpor a intervenção e regulação do Estado é a

necessidade de adaptação dos países ao mundo globalizado, a fim de garantir a competitividade de mercado, sem menosprezar a mão-de-obra.

No Brasil a flexibilização das relações de trabalho não se traduz em um fenômeno recente, mas, ao contrário disto, data do período militar, que foi, posteriormente, retomado no governo de Fernando Henrique Cardoso através de reformas que visavam reduzir o custo da produção, com o fim do produto brasileiro ganhar competitividade internacional, tomando como paradigma a China.

Por tratar-se, na verdade, do enfraquecimento das relações de trabalho, bem como do contrato de trabalho em si, alguns pensadores e políticos, sem falar dos dirigentes sindicais, acreditam que se trata, na verdade, de precarização das relações, e não flexibilização ou modernização, como necessidade de manutenção do trabalho.

Cumprir salientar que a competitividade não se resume às empresas nacionais, mas, inclusive, tem escala internacional, já que pode haver a mobilidade do capital, e o seu “deslocamento” para os países onde há modernização e flexibilização das condições de trabalho.

Isto posto, parece que flexibilizar é a palavra de ordem para enquadrar os países nas atuais exigências do mundo globalizado. Entendemos então que flexibilizar seria forma de adotar medidas capazes de adaptar, afrouxar ou mitigar os direitos trabalhistas de acordo com a realidade econômica e produtiva do país. Ou seja, significa dizer, por exemplo, que em momentos de mudança econômica, tal como a atual crise econômica enfrentada, deve-se flexibilizar algumas possibilidades de relação do trabalho, sob pena de criação de uma massa de desempregados. E aí que a legalidade da terceirização, como forma de flexibilização racional e sistemática, cumpriria seu papel.

A grande questão, no entanto, é cuidar que a “flexibilização” ocorra bilateralmente, ou seja, modernizar e flexibilizar as relações de trabalho sem pisotear os direitos laborais. E a grande discussão deve ficar adstrita à manutenção dos direitos trabalhistas em qualquer relação empregatícia, seja qual for o meio de contratação de mão-de-obra. Isso seria plenamente possível com a terceirização lícita.

E assim, a precariedade não é antecedida pelo processo de flexibilização, representado pela terceirização aqui discutida. Como vimos, a terceirização como meio de flexibilização não provoca a precarização do trabalho, pois é possível terceirizar o trabalho mantendo-se todos os direitos laborais decorrentes das variadas normas de proteção ao empregado. Citamos, ainda, como exemplo, o trabalho temporário, um exemplo clássico de

“terceirização”, guardadas suas peculiaridades, onde existe uma relação de prestador/tomador sem exclusão de qualquer direito trabalhista.

A permanente sensação de insegurança daqueles que defendem a precarização das relações de trabalho decorre do fato de inexistir no atual ordenamento jurídico qualquer norma que venha a dispor e limitar as relações de trabalho terceirizado. A omissão normativa gera insegurança jurídica para ambas as partes. E essa lacuna precisa ser preenchida urgentemente através de lei específica, como o PL 4330/04 por exemplo, já que a Súmula nº 331 do C. TST não consegue permear as relações de trabalho terceirizadas.

Ora, havendo uma normatização regulamentando o processo de terceirização lícita, pautada na especialização dos serviços, no objeto social único da empresa terceirizada, na manutenção da responsabilidade subsidiária do tomador, no respeito à subordinação e pessoalidade com o real empregador, na valorização das relações sociais entre as partes envolvidas, no amparo ao poder das negociações sindicais, que resguarde os direitos trabalhistas, estipulando as condições nas quais ela poderá ocorrer, todas as partes envolvidas serão beneficiadas. O empregado terá respeitado seus direitos e o empregador a garantia de legalização do trabalho na busca por serviços especializados, que traria maior produtividade e qualidade em seu processo produtivo, dando-lhe maior competitividade.

Destarte, terceirizar não é precarizar. Terceirizar é promover a transferência de um processo da cadeia produtiva ou não-produtiva para aquele que tem a expertise, gerando maior eficiência na produção, proporcionando, com isso, maior qualidade na cadeia produtiva, dando a empresa mais competitividade. Logo, terceirizar não é baratear, não é reduzir custo. O empresário que assim pensa não estudou os reais benefícios da terceirização. Esse empresário – que busca o lucro com a terceirização – não poderá subsistir, pois possui uma mentalidade que pode gerar a precarização. E não é isso o que se espera do processo de terceirização.

A flexibilização das relações de trabalho deve existir, pois há de pensar na terceirização como um benefício a ambas as partes (trabalhador e empresário), e que tal flexibilização ocorra bilateralmente, propondo melhorias nas condições de trabalho, permitindo sua ocorrência também na atividade-fim, em todo o conjunto de atividades da empresa, resguardando ao empregado, entretanto, condições dignas de execução de seus misteres, inserindo-o em todo o contexto social do tomador de serviços, eliminando-se qualquer forma de segregação. Esse é o modelo de terceirização aqui defendido, que eliminaria qualquer forma de precarização do trabalho.

Ademais, deve-se buscar a norma que melhor atenda o ideal de flexibilização necessária, a terceirização como processo irreversível, resguardando a importância do Direito do Trabalho para além do sujeito, ou seja, para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E ELETRÔNICAS

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de, **(I)licitude da terceirização no Brasil: uma análise da perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2^a ed. - São Paulo: LTr.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

GOMES NETO, Indalécio, BRITO, Raider de. **A terceirização no Brasil**. 1^a ed - Curitiba: Ed. Íthala, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 12^a ed. rev. e ampl. – São Paulo; Atlas, 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil** – São Paulo: Quartier latin, 2008.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Terceirização. Tendências em doutrina e jurisprudência**. Revista Trabalho & Doutrina, São Paulo, n.21, 1999.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Temas modernos de direito do trabalho** – Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 126, n.66, p.7587, 27 mar. 1967. Seção 1, pt1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67, de 10 de dezembro de 1970. Autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 135, n.70, p.10577, 17 dez. 1970. Seção 1, pt1.

BRASIL. Lei nº 8036/90, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 143, n.70, p.8036, 11 mai. 1990. Seção 1, pt1.

BRASIL. Lei Complementar 101/00, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, v. 152, n.87, p.1, 05 mai. 2000. Seção 1, pt1.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade, Brasília, 30.09.1986. 4/1986.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade, Brasília, 22.06.2003. 5/2003

BARROS Alice Monteiro, Apud MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas**: possibilidade jurídica e conveniência social. 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 17 abr 2013.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-Econômicos. **O Processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil**. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/observatorio/Prod03_2007.pdf>. Acesso em 2012.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 2013.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. Ministros do TST querem liberar terceirizações de atividade fim. **Blog do Tarso**, Curitiba, ano 4, 17 mai 2013. Disponível em: <<http://blogdotarso.com/2012/05/29/perigo-ministros-do-tst-querem-liberar-terceirizacoes-de-atividades-fim/>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Acórdão/AIRR/1691-64.2010.5.03.0010.html#659-85.2010.5.03.0022>>. Acesso em 2013

Agência Câmara de Notícias. O Projeto de Lei 4330/04. Disponível em: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/>>. Acesso em 2013.

Núcleo Mascaro. Deputados discutem a terceirização; Disponível em http://www.nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=147:deputados-discutem-lei-para-terceirizacao&catid=39:noticias&Itemid=96. Acesso em 2013

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**, 12ª ed. rev. e ampl. – São Paulo; Atlas, 2012.

VERÇOSA, Alexandre Herculano. A terceirização, a Súmula 331 do TST e a ADC 16. **Breve discussão do fenômeno da terceirização, análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a (nova) incursão do Supremo Tribunal Federal na matéria trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21138>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf, acesso em 15 de abril de 2013

<http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br/aulas/terceirizacao-trabalhista-2/>, Acesso em 17 abr de 2013

http://www.satergs.org.br/artigos/terceirizacao_ativ_meio_ativ_fim.pdf, Acesso em 02 mai 2013.

Parâmetro da Legalidade da terceirização. Disponível em <http://www.cadireito.com.br/noticias/todas/1058-parametro-de-legalidade-da-terceirizacao>, acesso em 16 mai 2013.