



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RENATA ICHIKAWA

A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Assis
2013

RENATA ICHIKAWA

A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso, sob a orientação específica do Prof. Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: _____

Área de Concentração: _____

Assis
2013

A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

RENATA ICHIKAWA

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso,

Orientador: _____

Analisador: _____

Assis
2013

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimento em primeiro lugar à meus pais, porque sem eles esta meta não seria possível; ao meu marido pela paciência; ao meu filho pela ausência todas as noites e o meu orientador principalmente pelas palavras de apoio.

Não se pode resolver os problemas utilizando o mesmo tipo de pensamento que usamos quando os criamos. (Albert Einstein)

RESUMO

Esta pesquisa foi destinada ao estudo do fenômeno da terceirização de mão de obra. Abordamos as formas previstas no ordenamento vigente, a responsabilidade dos interessados envolvidos neste novo modelo de contrato de trabalho, pontuando as evoluções do Direito do Trabalho, bem como flexibilização das normas trabalhistas que impulsionaram o aumento da utilização do trabalho terceirizado. A ausência de lei específica acerca dos serviços que podem ser terceirizados aumenta a prática da terceirização na forma ilícita, contrariando o entendimento pacificado com a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que hoje pode ser considerada como a única ferramenta do empregado para garantia dos seus direitos. Foi abordado o projeto de lei 4330/04, que aguarda votação pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e que tem causado grande discussão entre Sindicatos e Governo. Ponderou-se que não se trata de proibir a prática da terceirização ou aprovação de toda forma de terceirização, mas sim de instituir regras com base em critérios práticos, a fim de, primeiramente, proteger o trabalhador de formas ilícitas terceirização e buscar meios de manter as empresas no mercado competitivo, sem infringir os princípios básicos do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Terceirização, responsabilidade, Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This research was designed to study the phenomenon of outsourcing of labor. Approach forms provided legal ruling, the liability of the parties involved in this new type of employment contract, punctuating the evolutions of the Labor Law, as well as relaxation of labor standards that have driven the increased use of outsourced work. The absence of a specific law about the services that can be outsourced increases the practice of outsourcing in an unlawful manner, contrary to the understanding pacified with the issue of Precedent 331 of the Superior Labor Court, which today can be seen as the only tool used to guarantee their rights. Was discussed the bill 4330/04, pending vote by the Committee on Labor, Public Service and Administration (CTASP) and that has caused much discussion between unions and Government. It was considered that it is not to ban the practice of outsourcing or approval of any form of outsourcing, but rather to set rules based on practical criteria, in order, first, to protect the worker from illicit forms outsourcing and seek ways to keep firms in the competitive market without infringing the basic principles of the Labour Law.

Keywords: Outsourcing, liability, Labor Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - CONCEITO E DENOMINAÇÃO	10
CAPÍTULO 2 - FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO	13
2.1 Terceirização lícita	14
2.2 Terceirização ilícita	18
2.3 Responsabilidade subsidiária	20
2.4 Responsabilidade solidária	22
2.4.1 Solidariedade ativa e passiva	23
CAPÍTULO 3 - TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
CAPÍTULO 4 - TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO	32
4.1 Vantagens e desvantagens na terceirização	35
4.1.1 Vantagens e desvantagens para a empresa tomadora de serviços.....	36
4.1.2 Vantagens e desvantagens para o empregado	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42
Publicações.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o fenômeno da terceirização do trabalho, os possíveis conflitos que podem surgir desta relação e como buscar soluções dentro das normas regulamentadoras.

Inicialmente apresentamos o conceito e os requisitos definidos pela doutrina para este instrumento de relação de trabalho.

Serão abordados os cuidados que a empresa tomadora dos serviços deve ter no processo de terceirização de suas atividades, para não responder por empresas terceirizadas inidôneas, que não honram com suas responsabilidades trabalhistas e sociais.

Baseando-se neste contexto, serão definidas as responsabilidades da tomadora e empresa terceirizada, abordando os riscos e buscando a solução destes possíveis conflitos envolvendo a terceirização.

Para tanto, serão analisados aspectos práticos, legais, doutrinários, jurisprudenciais adotados na resolução dos conflitos.

CAPÍTULO 1- CONCEITO E DENOMINAÇÃO

O termo terceirização vem do latim *tertius*, o terceiro, o estranho à relação existente entre duas pessoas. Este terceiro é o intermediário.

Entende-se por terceirização o ato de uma empresa contratar serviços de terceiros para as atividades que não constituam o seu objeto principal.

Segundo Queiroz (1998, p. 53):

É uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é a sua atividade-fim, permitindo a estas concentrarem no seu negócio, ou seja, no objetivo final.

A empresa que contratar os serviços de terceiros fica responsável apenas pela sua atividade-fim, ou seja, a atividade da qual é especialista.

Em outras palavras, Nascimento (2002, p. 193) assim entende:

[...] terceirização é o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de descentralizá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição.

Algumas atividades, antes realizadas pela empresa, passarão a ser realizadas por uma ou mais empresas.

Sob a ótica do direito do trabalho, Delgado define a terceirização como: "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente".

Ainda segundo Martins (2012, p. 6):

[...] vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do empregado, focalização, parceira, etc.

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

Na visão de Gil (2001, p.43) terceirizar é:

[...] tudo aquilo que não pertence ao foco de negócio da empresa é uma solução reconhecida como prática e eficiente. Sem contar que é muito atraente para a empresa, pois representa a promessa de livrar-se do pesado encargo de gerenciar a folha de pagamento.

Delgado (2009, p. 407), define claramente o que é a terceirização:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que seria correspondente. (...) A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza sua atividade materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Um grande desafio para os juristas e para os próprios trabalhadores é conviver com a desatualização jurídica que o tema apresenta. Ao longo dos anos a terceirização tem se expandido, entretanto não obteve um aperfeiçoamento de sua normatização.

Sobre a utilização do termo terceirização, Martins (2012, p. 8) afirma:

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

A empresa tomadora de serviços terá mais tempo para controlar sua atividade principal e gerir o seu negócio, ficando responsável apenas pelo que, entende-se por atividade fim, passando as outras atividades, que não são sua especialidade, a ser objeto de terceirização.

A terceirização tornou-se uma técnica moderna de administração, com mudanças estruturais na empresa, com objetivo de atingir melhores resultados uma vez que seus esforços estão voltados a sua atividade principal.

As prestadoras de serviços devem estar atentas às mudanças e identificar agilmente as necessidades no mercado, oferecendo não somente mão de obra qualificada, mas suporte como um todo para a empresa.

Ainda para esclarecimento, Martins (2012, p. 10) explica: “Terceirização da atividade diz respeito à empresa. Terceirização da mão de obra diz respeito ao serviço”.

A terceirização é a ajuda do terceiro para executar determinados serviços para aperfeiçoar uma situação que a empresa contratante desses serviços não tem condições ou não quer fazer.

A tomadora somente poderá contratar serviços terceirizados ligados a sua atividade meio, ou por necessidade temporária ou extraordinária, pois se provado que apenas objetivava a redução de despesas e encargos sociais, haverá ilegalidade na terceirização.

CAPÍTULO 2 - FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO

Destaca Martins (2012, p.4) que a terceirização se define de várias formas: na prestação de serviços tendo um contrato em que uma das partes obriga-se a prestar uma atividade a outrem, mediante um pagamento de remuneração e sem subordinação; na empreitada de obras e de serviços, este tem como objeto do contrato a realização de certa atividade pela empreiteira, visando um resultado e a locação de serviços, onde se contrata uma atividade profissional ou um serviço, mas nunca um resultado.

Para cada tipo de serviço em que a terceirização é inserida, existem as formas que facilitam a execução da mesma, com o intuito de desenvolvê-la da melhor maneira possível, que esteja de acordo com suas necessidades e exigências da tomadora.

Martins (2012, p. 45) distingue a prestação de serviços da empreitada para elucidar possíveis dúvidas:

Distingue-se a prestação de serviços da empreitada. Normalmente, a prestação de serviços tem por preponderância a atividade intelectual, enquanto a empreitada compreende atividade braçal. A prestação de serviços tem por objetivo uma atividade, enquanto a empreitada visa um resultado.

A terceirização pode, ainda, ser externa ou interna. A externa, como o próprio nome diz, compreende a execução de atividades fora da empresa; na interna são repassadas as tarefas para terceiros, porém as mesmas são executadas dentro da empresa que as contratou.

O prestador de serviços assume os riscos de sua atividade econômica, enquanto o empregado não pode sofrer os riscos do empreendimento, que devem ficar a cargo do empregador, pois este, por definição, é a pessoa que assume os riscos de sua atividade econômica, conforme determina o dispositivo, art. 2º da CLT: “Considera-

se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Portanto, qualquer empresa está sujeita a risco, mas é de sua total responsabilidade assumi-los, e por isso devem-se analisar os fatores positivos e negativos e evitar que se conduza para uma situação não adequada.

2.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização lícita no Brasil é regulada basicamente pela Súmula 331, TST:

TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 – 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). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e 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 processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

As situações previstas dessa modalidade de serviços estão divididas em quatro grupos:

I - Trabalho Temporário (Súmula 331, I, TST);

II - Serviços de Vigilância (Súmula 331, III, TST);

III - Serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, III, TST);

IV - Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula 331, I, TST).

O trabalho temporário refere-se a situações empresariais que autorizem contratação decorrente de acréscimo extraordinário de serviços na empresa ou de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular ou permanente da empresa tomadora como, por exemplo, a substituição nas férias ou na licença maternidade.

O serviço de vigilância desde que prestado por empresa especializada, caracteriza-se instrumento jurídico da terceirização.

As atividades de conservação e limpeza foram uma das pioneiras a serem terceirizadas no âmbito privado em nosso país. Os serviços de limpeza e conservação podem ser de bens ou monumentos, por exemplo, e o serviço efetuado pode ser faxina, limpeza de vidros, serviços de copeira, jardinagem, limpeza pós obra etc.

Os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador não estão expressamente discriminados, entretanto, nada mais são, que atividades que não estão no núcleo da atividade do tomador de serviços, ou seja, são os serviços diferentes da atividade-fim.

A discussão acerca do que seria atividade-meio e atividade-fim é antiga. Garcia esclarece que: “atividade-meio é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”.

Um exemplo fácil para se visualizar a atividade-meio é a contratação de limpeza de vidros de uma faculdade, esta não compõe seu objeto principal, sua atividade-fim é a prestação de serviços intelectuais.

Delgado (2009, p. 439), com um conceito mais extenso também nos esclarece:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica

empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

As atividades-fim são as especialidades da empresa tomadora que compõem o objeto principal do serviço ou produto da empresa tomadora dos serviços.

A terceirização ainda, só se manterá lícita se não houver pessoalidade e subordinação jurídica direta entre o trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Súmula 331, III, *in fine*, TST).

O empregado terceirizado deve estar subordinado à empresa terceirizada, sob a ordem direta desta. Não quer dizer que a tomadora não poderá solicitar ao empregado terceirizado que execute a atividade, apenas não poderá solicitar algo diferente ao contratado, e previamente determinado pela empresa terceirizada.

Tampouco poderá exigir que determinado empregado da terceirizada seja reaproveitado na prestação do serviços contratado, a terceirizada terá autonomia para selecionar e oferecer empregado desde que, qualificado para a atividade contratada.

Na medida em que as exigências da tomadora ultrapassam o limite previsto na Súmula 331, descaracteriza-se a terceirização e se consolida o vínculo direto com a tomadora. A tomadora poderá exigir apenas que foi pactuado na prestação do serviço e não sobre a pessoa a prestar o serviço.

O TST tem o cuidado de esclarecer que para a terceirização ser lícita não pode haver pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços:

EMENTA:TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PERTINENTES À ATIVIDADE FIM - BANCOS ESTATAIS - PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO DIRETA AO TOMADOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PERTINÊNCIA. A jurisprudência do C. TST firmou-se no sentido de que a terceirização de serviços pertinentes à atividade fim do tomador, agravada pela pessoalidade e subordinação direta é considerada atravessamento ilícito de mão-de-obra acarretando reconhecimento do vínculo direto com o tomador (Súmula n. 33I, II, TST). Em se tratando, porém, de (TRT-15 - RO: 2215 SP

002215/2011, Relator: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI, Data de Publicação: 21/01/2011)

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO DIRETA AO TOMADOR. Existindo prova de que a autora sempre trabalhou de forma pessoal e diretamente subordinada ao tomador de serviço, deve ser reconhecido o vínculo empregatício direto com este. (TRT-5 , Relator: ALCINO FELIZOLA, 1ª. TURMA)

Porém assim como na jurisprudência, nossa pesquisa também constatou que na maioria das terceirizações, podem ser facilmente descaracterizadas de terceirizações lícitas para ilícitas, pois em quase todos os casos estão presentes a pessoalidade e subordinação direta do trabalhador com o tomador de serviços. A empresa terceirizada com intuito de atender com excelência o cliente(tomadora) pactua com a conveniência da tomadora dos serviços.

A doutrina determina algumas regras para caracterizar a licitude da terceirização, conforme Martins (2012, p. 162) elenca em sua obra:

- a) Idoneidade econômica da terceirizada
- b) Assunção de riscos pela terceirizada;
- c) Especialização nos serviços a serem prestados;
- d) Direção dos serviços pela própria empresa terceirizada;
- e) Utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza os serviços, evitando a terceirização da atividade-fim;
- f) Necessidade extraordinária e temporária de serviços.

A empresa terceirizada deverá demonstrar que tem capacidade financeira para manter seus trabalhadores e arcar com obrigações trabalhistas, que tem capacidade de assumir o risco da atividade e ainda que, é especializada na prestação do serviço ofertado.

À tomadora caberá exigir comprovações da capacidade financeira da terceirizada através de balancetes com demonstrativo de índices de endividamento e liquidez geral; comprovações de recolhimento mensal de encargos trabalhistas, pagamentos dos salários e certificados de capacidade técnica para comprovar a especialidade da terceirizada.

2.2 TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

A empresa tomadora não poderá ser considerada superior hierárquico do terceirizado, da mesma forma os empregados da empresa terceirizada não poderão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, nem estarem sujeitos ao seu poder de direção.

Neste aspecto cabe distinguir a subordinação jurídica e técnica, sendo que a primeira se dá entre o empregado e a prestadora de serviços, que tem o poder de demitir, admitir, transferir e dar as ordens. Já a técnica fica evidenciada com o empregado terceirizado e a tomadora que dá as ordens técnicas de como quer a realização do serviço.

Infelizmente, os prestadores de serviço são subordinados à empresa tomadora e ainda existe pessoalidade nessa relação.

Garcia (2008, p. 311) cita:

Se, com o fim de terceirizar certa atividade, for contratada empresa prestadora, mas o tomador exercer o poder diretivo perante o trabalhador, este, certamente, na realidade, passa a ter sua relação jurídica de emprego com o próprio tomador. Trata-se da consequência da terceirização ser considerada ilícita.

Também a Súmula 331, inciso I, TST já previu: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974)”.

A violação dos preceitos citados ferem os direitos trabalhistas, já que o trabalho humano na terceirização ilícita é transformado em simples mercadoria, tornando-se locação permanente de mão de obra e gerando prejuízos e constrangimentos aos trabalhadores, pois esta prática demonstra apenas o interesse na redução de custos da tomadora dos serviços.

Martins (2012, p.162) ensina-nos sobre os requisitos da terceirização, mostrando ainda as prováveis formas de ilicitude:

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 de 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. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços”.

No Decreto-Lei nº 200/67 (regulamentado pelo Decreto nº 2.271/97), no artigo 4º, incisos II e IV, preceitua-se a proibição de que constem nos instrumentos contratuais a caracterização exclusiva do fornecimento de mão de obra como objeto do contrato e veda a subordinação dos trabalhadores terceirizados para com a Administração Pública.

Porém tal dispositivo não impede que isso ocorra, apenas coíbe a prática. A parceria entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços muitas vezes torna-se uma relação de subordinação da segunda para com a primeira, com intuito de cumprir da maneira possível o contrato firmado entre as partes.

Outra característica da ilicitude está ligada a prestação de serviço em atividade-fim. Se o empregado de uma empresa prestar serviços para outra empresa do mesmo grupo econômico não implica lesão a direitos trabalhistas nem significa que ocorreu alguma fraude. Porém, se as funções desenvolvidas pelo trabalhador são inerentes às atividades daquela empresa beneficiária dos seus serviços, a terceirização será ilícita, pois ele estará vinculado à sua atividade-fim.

Em publicação recente da revista *exame*, após denuncia do Ministério Público do Trabalho (MPT):

...Suzano Papel e Celulose pagará R\$ 2 milhões em indenização por dano moral coletivo após ter adotado práticas de terceirização ilegal. A medida atende a acordo firmado com o MPT da Bahia e está associada à contratação de prestadores de serviço para funções ligadas à atividade-fim da companhia, como produção de mudas, atividades de silvicultura, plantio e colheita de eucalipto. Publicação 12/07/2013.

Segundo, o Ministério Público do Trabalho (MPT), os trabalhadores desempenhavam atividades diretamente ligadas a atividade principal da empresa, comprovando a ilicitude da terceirização.

2.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A palavra subsidiária vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário.

Define-se como responsabilidade subsidiária segundo, Martins (2012, p. 137):

A Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de, ou em substituição de. É uma espécie de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (empresa tomadora dos serviços).

A responsabilidade subsidiária não está expressamente prevista em lei, sua orientação é decorrente do inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme vimos:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Assim, é a responsabilidade das empresas tomadoras em relação aos empregados das terceirizadas. A Súmula 331, do TST, considera para fins de responsabilização da contratante a chamada culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, ou seja, quem contrata deve escolher com prudência a empresa prestadora de serviços e tem a obrigação de vigiar o serviço contratado. Referidas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador.

Na terceirização de serviços, onde se estabelece relação trilateral, com contrato entre a empresa tomadora dos serviços (cliente) e a empresa prestadora dos serviços (terceira) e entre esta e o empregado, a responsabilidade do tomador de serviços, nos termos previstos no inciso IV, da Súmula 331, do TST, decorre de ato de terceiros.

Se este terceiro deixar de pagar verbas trabalhistas, comete ato ilícito, estando obrigado à reparação. O tomador de serviços, na contratação do terceiro, deve estar atento à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, quanto na execução do contrato. Inadimplindo o empregador obrigações trabalhistas e verificada a sua insolvência, é atribuída ao tomador de serviços a responsabilidade por tais obrigações, sendo referida responsabilização subsidiária.

A jurisprudência majoritária tem atribuído a responsabilidade ao tomador de serviços, com base na culpa *in eligendo* e *in vigilando*:

EMENTA: "CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR. No âmbito da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, não basta a regularidade da terceirização, há que se perquirir sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada durante a vigência do contrato. Ora, sob esse aspecto, atribui-se ao tomador dos serviços a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, ensejadoras da responsabilidade civil que gera o dever de reparação pelo ato ilícito, que por sua vez, constitui-se na ação ou omissão, atribuível ao agente, danosa para o lesado e que fere o ordenamento jurídico, com fulcro no art. 159 do Código Civil, aplicável no âmbito do Direito do Trabalho, por força do art. 8º consolidado. O tomador dos serviços ou o dono da obra responde na medida em que negligenciou sua obrigação e permitiu que o empregado trabalhasse em seu proveito, sem receber a justa contraprestação pelo esforço despendido." (TRT 3ª R. - 1ª Turma - ROPS 1105/01 - Rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 17.05.2001, p. 09)

Responderá a tomadora dos serviços pela escolha inadequada de empresa terceirizada inidônea financeiramente e pela não fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas desta.

Neste sentido também vem decidindo os tribunais:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇO. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DO PRESTADOR. NECESSIDADE. TERCEIRIZAÇÃO. REQUISITOS. 1. O tomador de serviço somente será objetivamente responsável pela reparação civil dos ilícitos praticados pelo prestador nas hipóteses em que estabelecer com este uma relação de subordinação da qual derive um vínculo de preposição. 2. A terceirização pressupõe a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ausentes a pessoalidade e a subordinação jurídica. 3. Na terceirização de serviços, os empregados da terceirizada não devem estar sujeitos ao poder de direção da terceirizante, sendo possível entrever, na perspectiva do tomador do serviço, a incompatibilidade entre terceirização e preposição, isto é, quem terceiriza não pode manter os funcionários da terceirizada sob sua subordinação jurídica. 4. A subordinação jurídica se dá sempre frente à empresa prestadora do serviço, responsável pela admissão, demissão, transferência e comando de seus empregados. A subordinação técnica, por sua vez, pode ocorrer também frente ao tomador do serviço, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

A empresa tomadora não pode manter os funcionários da terceirizada sob seu poder de direção, ou seja, sob sua subordinação direta. É obrigação da tomadora de serviços controlar e fiscalizar a empresa terceirizada no que diz respeito aos serviços prestados.

2.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Haverá solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor ou devedor tiver direito a totalidade da prestação.

A solidariedade não é presumida, ela decorre de lei ou da vontade das partes, conforme determinado no artigo 265, do Código Civil: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

No Direito do Trabalho a solidariedade decorre de lei, tendo em vista que o tomador de serviços não irá querer responder pela dívida do prestador dos serviços.

Adequado seria se houvesse lei que atribuísse ao tomador de serviços a responsabilidade solidária no que tange aos créditos trabalhistas do terceirizado, pois seria uma forma de conferir a este maior segurança.

Barros (2007, p. 447) cita o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, que em seu artigo 42, § 2º, preceitua:

O empregador principal, salvo o transcurso do prazo antes assinalado a respeito da seguridade social, e durante o ano seguinte ao término de seu encargo, responderá solidariamente pelas obrigações de natureza salarial contraídas pelos subcontratantes com seus trabalhadores e pelas referentes à seguridade social durante o período de vigência do contrato, limitando-se ao que corresponderia se tivesse contratado pessoal fixo na mesma categoria ou locais de trabalho.

Desta maneira haveria uma proteção maior aos empregados e segurança jurídica nos casos de insolvência nos pagamentos dos encargos trabalhistas por parte da terceirizada.

2.4.1 SOLIDARIEDADE ATIVA E PASSIVA

Haverá solidariedade passiva quando houver mais de um devedor, podendo o credor receber de um ou de alguns dos devedores, parcialmente ou totalmente, a dívida comum. Isso significa que as entidades pertencentes a um grupo econômico respondem de forma solidária pelos créditos trabalhistas oriundos da relação de emprego.

Segundo Delgado (2004, p. 402):

[...] as entidades do grupo econômico respondem pelos créditos laborais oriundos de certo contrato de emprego, ainda que firmado este exclusivamente com uma única dessas entidades. Tal solidariedade passiva está claramente insculpida na Lei n. 5.889/73, ao estatuir que as empresas integrantes do grupo "(...) serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

A lei estabelece que o empregado pode ter somente trabalhado para uma das empresas, mas serem todas as demais solidariamente responsáveis pelo pagamento de seus créditos trabalhistas.

Meireles (2002, p.199), ao definir a solidariedade passiva no âmbito da relação de ensino que figuram mais de uma devedor obrigado a toda dívida:

Transportando essas lições para a relação de emprego mantida com o grupo econômico, ter-se-ia que passiva é a solidariedade das empresas agrupadas pelos débitos constituídos pelo empregador frente ao trabalhador. Aqui teríamos mais de um devedor (as empresas agrupadas) "obrigado à dívida toda".

A doutrina, em sua maioria, converge para o mesmo sentido, considerando as empresas pertencentes a um determinado grupo econômico, solidariamente responsáveis por dívidas trabalhistas decorrentes da relação de emprego, até porque há expressa previsão legal nesse sentido, conforme dispõe o artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho de 1973:

Art. 2, § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O objetivo da lei foi assegurar uma maior garantia aos créditos dos trabalhadores, tendo em vista o poder do grupo econômico e o fato de que indiretamente todos os seus componentes se beneficiam da mão de obra prestada a um deles. Desta forma o empregado terá o direito de pretensão em face do grupo.

No tocante à solidariedade passiva não resta dúvidas quanto à sua assimilação pelo nosso ordenamento, todavia, quando se fala em solidariedade ativa duas correntes fortes e antagônicas se destacam.

A primeira corrente não admite solidariedade ativa, mas tão e somente admitem solidariedade passiva. Muitos são os argumentos a favor da solidariedade apenas passiva, alguns deles foram citados por Meireles (2002, p.201):

Luiz Roberto de Rezende Puech entende que a solidariedade é passiva por ser óbvia a razão porquanto sendo a coligação uma organização de fato, destinada a alcançar apenas uma finalidade empírica, o direito só toma conhecimento dela para proteger interesses de terceiros, pois não lhe confere subjetivação jurídica, sob a figura de pessoa, o único ente capaz de ter e exercer direitos.

Dentre os argumentos mais importantes a favor da solidariedade meramente passiva, inclui-se a interpretação restritiva do § 2º do art. 2º da CLT, pois o mencionado dispositivo vincula a solidariedade aos efeitos da relação de emprego.

A segunda corrente interpretativa defende a solidariedade ativa das empresas pertencentes ao grupo econômico, o que significa que ela existe também ante os direitos e prerrogativas laborativas que lhes beneficiam em função dos contratos de trabalho.

Na solidariedade ativa, o empregado é devedor perante às empresas componentes do grupo no que tange à obrigação de prestar serviços. Todas as entidades do grupo seriam empregadores e não apenas meros garantidores de crédito trabalhista.

Segundo essa corrente, as empresas pertencentes ao grupo econômico se tornam um único empregador face ao contrato de trabalho celebrado. O empregado, portanto, fica sujeito ao poder de comando desse empregador único, com as limitações que resultam da disciplina do exercício desse poder e protege o empregado em relação a qualquer empregador.

Sob esta ótica, nos ensina Magano (1979, p. 78):

A apontada idéia do empregador único corresponde à concepção do empregador real, contraposto ao empregador aparente, consoante a qual existência daquele fica geralmente encoberta pelo véu da personalidade jurídica atribuída a cada uma das empresas do grupo, ressurgindo, porém, toda vez que se levante o véu, *lifting the corporate veil*, para satisfazer tal ou qual interesse, como o da representação de trabalhadores no âmbito do grupo; o da negociação coletiva ao nível do grupo; o da garantia de condições uniformes de trabalho; o da transferência de trabalhadores; o da soma de períodos de serviços prestados a mais de uma empresa; o da garantia de reintegração do trabalhador em empresa matriz, quando o seu contrato se rescinde junto à filial; o da distribuição de lucros, etc.

Muitos autores defendem a tese do empregador único e, no nosso entendimento, é, sem dúvidas, o posicionamento mais correto. Cada empresa do grupo é autônoma em relação às demais, entretanto o empregador verdadeiro é o próprio agrupamento. O empregado, portanto, poderá ser transferido de uma empresa para outra do grupo, sem que haja qualquer ilicitude. Martins (2004, p.213) ensina:

Mesmo que o grupo não tenha personalidade jurídica própria, não haverá sua descaracterização para os efeitos do Direito do Trabalho, pois é possível utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) ou levantar o véu que encobre a corporação (*to lift the corporate veil*).

A jurisprudência, inclusive, já vem seguindo tal posicionamento:

Grupo econômico. Unicidade contratual. Configura-se a unicidade contratual, ocorrendo a contratação sucessiva por duas empresas do mesmo grupo econômico, sem solução de continuidade, eis que a responsabilidade do grupo é solidária para os efeitos da relação de emprego, tratando-se na realidade de empregador único. (TRT 1ª Reg. 8ª T (RO 4567/99) Red. (designada) Juíza Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos, DO/RJ 17.01.01)

CONTRATO DE TRABALHO – UNICIDADE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO – EMPREGADOR ÚNICO – CARACTERIZAÇÃO – Evidenciado que o empregado prestava serviços a empresas do mesmo grupo econômico, impõe-se o reconhecimento da figura do empregador único, e em decorrência, a unicidade do contrato de trabalho. (TRT 15ª R. – Proc. 7462/99 – Ac. 25804/00 – 2ª T. – Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – DOESP 18.07.2000 – p. 35)

CONTRATO DE TRABALHO – UNICIDADE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO – EXERCÍCIO DA MESMA FUNÇÃO – IDENTIDADE DO ESPAÇO FÍSICO – EMPREGADOR ÚNICO – CARACTERIZAÇÃO – Ainda que formalmente distintos sejam os contratos de trabalhos firmados com empresas do mesmo grupo econômico, na hipótese da função exercida ser a mesma para ambas, acrescido do fato de que elas se utilizam do mesmo espaço físico, nem sendo ainda, possível delimitar a responsabilidade do trabalhador para cada uma das empregadoras durante a jornada diária, impõe-se o reconhecimento da figura do empregador único, e em decorrência, a unicidade do contrato de trabalho. (TRT 15ª R. – Proc. 9879/98 – 5ª T. – Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – DOESP 02.08.1999 – p. 137)

Como se observa a jurisprudência também tem recebido a tese do empregador único em seus tribunais, mesmo havendo divergências doutrinárias.

Independentemente de qual teoria se adota solidariedade passiva ou ativa, o que se deve buscar é a proteção do contrato de emprego celebrado entre empregador e empregado.

CAPÍTULO 3 - TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A função administrativa pode ser realizada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como por terceiros autorizados a atuar em nome do Estado.

Conforme ensina Ramos (2001, p.179):

A terceirização aplicada ao Direito Administrativo é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa do Poder Público.

Na Administração Pública, assim como ocorre na iniciativa privada, o objetivo com a terceirização é a redução da “máquina”, com a concentração na atividade-fim.

Devem ser analisados diversos fatores, principalmente se o serviço a ser prestado pelo terceiro irá atender satisfatoriamente a todos os princípios da administração: legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, entre outros.

No âmbito do direito administrativo o vocábulo “terceirização” vem sendo usado com frequência, tendo sido referido no artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) , com o intuito de coibir a utilização do instituto como forma de burla ao limite de despesa com pessoal:

Art. 18. 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".

Determina o dispositivo como deverão ser apresentadas as despesas que eventualmente tenham com a terceirização de mão de obra não deixando lacunas para fraudes.

Cada vez mais a Administração Pública recorre a terceiros para executarem suas atividades, e apesar de se tratar de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla também aos direitos sociais do trabalhador.

A Administração deve celebrar os contratos de empreitada, assim o vínculo se forma com ela, orienta Di Pietro (2011, p. 360):

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I da Lei nº 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contrato, a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados.

Sendo lícita a terceirização, não há o que se falar em reconhecimento de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a Administração Pública, neste sentido, estabeleceu o inciso II, da Súmula 331, do TST: “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública, direta, indireta ou fundacional. (art. 37, II, da Constituição Federal)”

Neste sentido, o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei 8.666/93:

Art. 71, § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do

contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Tal reconhecimento, não obriga o TST a generalizar os casos, este deverá investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Assim podemos encontrar julgados favoráveis à responsabilização estatal:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Órgão da Administração Pública, direta ou indireta, responde, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas do empregado de empreiteira financeiramente inidônea, em face da ocorrência de sua culpa "in ilegendo" e "in vigilando" (Artigo 159, do Código Civil), haja vista ter sido o trabalho do empregado revertido em seu proveito. (TRT. 2ª Região. 9ª turma. Processo nº20000058372/2000. Relator: LAURA ROSSI. Publicação: 29/05/2001).

PETROBRÁS. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93. A ocorrência do processo licitatório exigido por lei não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade do tomador dos serviços, na esfera da administração pública. Em face dos incontornáveis princípios constitucionais da legalidade e da moralidade (CF, art. 37, caput) e bem assim, daqueles sobre os quais fundamenta-se a República e que velam pela dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, inciso III) e os valores sociais do trabalho (CF, artigo 1º, IV), não há como agasalhar confortável alheamento do administrador diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de empresas inidôneas junto às quais a empresa pública, da administração direta ou indireta, sem maiores cuidados, proveu-se de mão-de-obra. Verificada esta situação, não incide a regra do artigo 71, Lei 8.666/93, vez que não se amolda aos textos constitucionais referidos, declarando-se, in casu, a responsabilidade trabalhista subsidiária da PETROBRÁS, tomadora dos serviços, decorrente da culpa in eligendo, com aplicação do art. 173, §1º, II, da Carta Magna e do padrão interpretativo consubstanciado no Enunciado 331, IV, do C.TST. (TRT. 2ª Região. Processo nº02553-2003-201-02-00-0. 4ª Turma. Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. Publicação em 10/12/2004).

Estes julgados advêm dos conceitos de culpa "*in eligendo*" (má escolha da prestadora de serviços) e/ou culpa "*in vigilando*" (má fiscalização sobre os atos praticados pela prestadora de serviços), conforme já mencionado para a iniciativa privada.

Podemos também encontrar julgados não reconhecendo responsabilidade estatal:

TERCEIRIZAÇÃO. AUTARQUIA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Considerando-se que a administração pública fulcra-se no princípio da legalidade, o não pagamento das obrigações trabalhistas, por empresa fornecedora de mão de obra, não implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, quando este é entidade pública, por força do que dispõe a Lei 8.666/93, em seu art. 71, parágrafo 1º e art. 37, inc. XXI, da atual carta política. Recursos providos.

Em alguns casos, as empresas condenadas ficam proibidas de terceirizar serviços, como ocorreu com a Petrobras Distribuidora:

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Campinas condenou a Petrobras Distribuidora, controlada pela Petrobras, a pagar R\$ 3 milhões ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) em reparação a danos morais causados pela companhia à sociedade. Além disso, a justiça determinou que a Petrobras Distribuidora deve encerrar a terceirização em atividades listadas em acórdão, em todos os seus estabelecimentos no território nacional, com a obrigação de contratar apenas empregados aprovados em concurso público. Fonte: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/petrobras-distribuidora-e-condenada-por-terceirizacao>

As posições doutrinárias e as decisões judiciais são as mais diversas, entretanto os argumentos favoráveis a responsabilização devem atender os anseios da Constituição Federal. Deixar de responsabilizar o Estado com base apenas no artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, seria o mesmo que incentivar a fraude no processo de terceirização e deflagrar o princípio de proteção ao trabalhador.

CAPÍTULO 4 – A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

A competitividade do mercado culminou em um processo de especialização cada vez maior, com a contratação de terceiros para as atividades que não constituíssem atividade principal da empresa.

A terceirização, assim, assume diversas formas, como a empreitada de obra e serviço, a locação de serviços ou fornecimento de mão de obra.

Esta “nova” forma de contrato de trabalho gera impactos nas relações de trabalho e debates extremistas sobre seus benefícios ou prejuízos.

Alguns autores entendem que se trata de uma flexibilização da legislação trabalhista e ainda que, representa um retrocesso, uma supressão nos direitos conquistados a duras penas ao longo da história. Para estes a flexibilização viria agravar as condições dos trabalhadores.

Santos (2005, p. 1 e 6) corrobora deste pensamento:

A globalização da economia, fruto do capitalismo, implantou uma nova concepção entre o capital e o trabalho, pois as questões econômicas se tornaram o ápice dos interesses globais. O desenvolvimento econômico, tecnológico, principalmente das telecomunicações, transformaram algumas empresas em grandes potências, expandindo seus mercados na busca de acumulação de capital, aproveitando principalmente a mão-de-obra barata dos países subdesenvolvidos e o baixo custo para a produção. Essa nova dinâmica de internacionalização dos mercados gerou também uma internacionalização de bens e serviços, possibilitando uma livre circulação de trabalhadores. O mundo se tornou refém dos interesses econômicos e as tentativas de frear o capitalismo, para preservar o equilíbrio social, fracassaram. (SANTOS, 2005, *on line*).

A flexibilização é vista apenas como uma ferramenta das empresas reduzir custos, e prejudicar os empregados, neste sentido, Nassif (2001, p. 87) faz severas críticas a flexibilização: “em razão da péssima distribuição de renda e da escassez de empregos” a Flexibilização do Direito do Trabalho “torna-se uma coação irresistível”.

Com a devida vênia, discordamos da opinião da autora, pois o país não tem uma das melhores distribuições de renda, mas a escassez de emprego ocorre em todo o mundo, quase que como um processo natural surgem algumas vagas e outras são extintas devido a sua inutilidade.

Entretanto para outros, favoráveis a mudanças, essa flexibilização cria novos postos de trabalho e se faz necessária no contexto atual. O Direito do Trabalho, em tempos de globalização, deve acompanhar o progresso e os usos e costumes, sofrendo mutações e adequações aos novos tempos.

Assim no ensina Paiva (2001, on line):

[...] Temos, assim, a firme convicção de que a flexibilização e a desregulamentação apresentam-se como mecanismos úteis de desenvolvimentos das relações laborais e que precisam ser bem utilizados e compreendido por todos os atores sociais. Estes referidos mecanismos deverão assim, ter de prioridade política, associada a opção por executar um conjunto de políticas e ações capazes de aliar a estabilidade com crescimento e inclusão social.

A flexibilização pode ser conveniente para o desenvolvimento das relações laborais, mas devem ser respeitadas rigidamente algumas normas a fim de evitar a perda do ponto de equilíbrio das relações jurídicas do trabalho.

Interessante o que diz, a respeito do tema Silva (2002, p. 85 -6):

[...] o debate sobre a flexibilização foi travado com muita emoção e conteúdo ideológico, sindicatos e governo perderam-se em troca de acusações recíprocas, que se distanciaram da realidade e se transpuseram para o campo político. [...] o esforço a de ser na direção de se construir um Direito Flexível, que se adapte às necessidades dos novos tempos, mas que também, por outro lado, não prejudique o trabalhador.

Os debates sobre o tema são acalorados e as opiniões sobre ele, bem divergentes. Sindicatos e governo querem defender seus próprios interesses, porém na prática a flexibilização das normas trabalhistas já é uma realidade.

Atualmente, tem-se debatido a respeito do Projeto de Lei 4330/04, que no dia 8 de junho, foi aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), por 17 votos a 7 e aguarda votação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

De acordo com o Projeto de Lei, a empresa contratante é responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços. Outra novidade é que o objeto do contrato entre a contratante e a empresa prestadora de serviços poderá versar sobre atividade econômica principal da empresa contratante.

Se aprovado e se tornar lei, o projeto será derrubar a norma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que veda a contratação de terceirizados para as atividades-fim da empresa.

Os Sindicatos de todos países estão apreensivos e tem movimentado no sentido de impedir a aprovação:

Trabalhadores protestam contra PL 4330/04 que institui terceirização selvagem. A Nova Central RJ, em parceria com as demais centrais sindicais (CUT, CSP-Conlutas, UGT, CGTB, CTB, Força Sindical), protestou na última terça-feira (06/08) em frente a Federação das Indústrias – FIRJAN no Centro do Rio de Janeiro contra o PL 4330/2004 em tramitação no Congresso Nacional. Esse projeto de lei é uma ameaça as conquistas dos trabalhadores compiladas na CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas. O ato público na Rua Graça Aranha fechou uma parte da via pública em frente da porta da FIRJAN-RJ e contou com a participação de movimentos sociais, inclusive o MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Publicado 07/08/2013. Fonte: <http://www.ncstrj.org.br/wordpress/?p=871>

Membros da CUT invadem Câmara contra projeto sobre terceirização. Dezenas de manifestantes ligados à Central Única dos Trabalhadores (CUT) invadiram nesta quarta-feira a Comissão de Constituição e de Justiça (CCJ) da Câmara em protesto contra o Projeto de Lei (PL) 4.330/04, que regulamenta a terceirização no Brasil. A proposta, de autoria do deputado Sandro Mabel (PMDB-GO), não estava na pauta de votações da Comissão. No início dos trabalhos o presidente da CCJ, deputado Técio Lima (PT-SC) informou que o projeto não ia ser pautado por falta de acordo. O projeto de lei é polêmico porque aponta divergências entre padrões e empregados. De acordo com o presidente da CUT no Distrito Federal, Rodrigo Britto, o projeto é uma "reforma trabalhista disfarçada" que, se for aprovado, vai enfraquecer as relações de trabalho no País e legalizar condutas não permitidas atualmente. Publicado 14 de Agosto de 2013. Fonte: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/membros-da-cut-invadem-camara->

Nesta nova realidade de contrato de trabalho, o Direito do Trabalho representa de forma concreta a proteção que a própria Constituição garante ao trabalhador, colocando este em condições de igualdade ao empregador que além de ser economicamente superior é quem tem o poder de dirigir a prestação de serviços do empregado.

4.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização traz uma série de mudanças para os contratos de trabalho como: duração do contrato de trabalho, vínculo empregatício, alteração da jornada de trabalho etc.

O processo de terceirização implica em inúmeras vantagens e desvantagens, dependendo sob qual aspecto se analisa o fenômeno. Geralmente, dada a flexibilidade do Direito do Trabalho frente a terceirização, a longa listagem dos malefícios incidirão sobre os trabalhadores, parte hipossuficiente da relação empregatícia.

Por outro lado, a empresa precisa se adequar aos avanços e se tornar competitivo para se manter no mercado.

Para encontrarmos a solução para o problema exposto, tem-se a necessidade de conhecer, primeiramente, as vantagens e desvantagens da terceirização.

4.1.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A EMPRESA TOMADORA

As vantagens da terceirização são muitas e atraem muitas empresas. Martins destaca as principais vantagens para a empresa adotar o processo de terceirização (2012, p. 31):

A principal vantagem, sob o aspecto administrativo, seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e também a produtividade. Seria uma forma também de obter um controle de qualidade total dentro da empresa. Um dos objetivos básicos dos administradores de empresa tem sido a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, além da redução do preço final do produto ou serviço. Não se pode negar, contudo, que a terceirização gera desburocratização na estrutura organizacional da empresa, simplificando a estrutura empresarial.

Com a terceirização de serviços que compreendem a atividade meio da empresa, esta pode concentrar seus esforços na sua atividade principal, ou seja, na atividade fim, buscando a excelência no seu produto ou serviço.

Na visão administrativa, toda organização deseja ter foco no próprio negócio e melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e conseqüentemente obter lucro.

Barros (2002) relata que o processo de terceirização de serviços em muitas atividades tem sido empregado quase exclusivamente com o objetivo de redução de custos, obtida com a utilização na mão-de-obra com menor grau de qualificação e menor padrão de remuneração e benefícios.

Pode-se verificar que a terceirização é uma alternativa eficaz para as empresas empreendedoras melhorarem suas operações, tornando a organização cada vez mais eficiente nos seus processos e com mais eficácia nos seus resultados, desta forma ganhando competitividade e otimização econômica, flexibilizando suas atividades no sentido da agilidade e da satisfação do mercado. (Queiroz, 1998).

Para completar Barros (2002, p.626) enfatiza que a principal vantagem também é a especialização da empresa tomadora no seu próprio negócio:

[...] mantêm a empresa contratante com foco no próprio negócio – passando as atividades auxiliares a fornecedores, que, exatamente por ter essa atividade como foco principal e razão de existência de suas empresas, podem oferecer alto grau de especialização e investir no desenvolvimento das pessoas e de tecnologia – em muitos casos não tem passado do discurso “politicamente correto”, que envolve termos de “parceria” e “qualidade”.

Assim, pode-se entender que a empresa se concentra no seu foco do negócio passando as atividades para a empresa terceira, que acaba gerando parceria e qualidade no serviço prestado.

A terceirização não pode ter cunho apenas de redução de custos, deve haver uma avaliação de prévia de custos para sua implementação, pois caso contrário não alcançará o objetivo. Com base nos relatos de Polônio (2000, p. 98):

Importante que se tenha em mente é que a terceirização não deve ter por objetivo, única e exclusivamente, a redução de custos. Está pode ser verificada como consequência do processo e não como foco principal. Há situações em que se observa um aumento dos custos operacionais e administrativos em processos de terceirização em vez de redução.

A redução de custos deve ser uma consequência da terceirização de serviços da empresa, deve-se verificar se o serviço contratado será bem feito, se é serviço especializado, para que não haja consequências desagradáveis.

Alguns fatores podem tornar a terceirização desvantajosa, como nos ensina Giosa (2003, p. 84):

- Desconhecimento sobre o assunto se reflete junto a Alta Administração e sobre áreas-chaves da organização dificultando sua implementação;
- As resistências se sobrepõem ao novo, o conservadorismo inibe a aplicação de técnicas modernas, caracterizando aspectos da cultura de algumas empresas;
- A dificuldade de encontrar parceiros que possam atender as condições de qualidade e produtividade, exigidas para determinadas operações;

- O risco de coordenar as atividades de terceiros, com perda do poder de execução;
- Falta de parâmetros de custos internos para comparar com os preços das contratadas;
- O custo de demissões iniciais, quando for o caso;
- A relação de conflitos com os sindicatos;
- O desconhecimento da legislação trabalhista.

Estas considerações podem variar de uma empresa para outra, pois uma cada terá dificuldades ou facilidades peculiares. Dentro destas considerações, a empresa tomadora deverá se atentar em encontrar parceiros, não apenas fornecedores de mão de obra, que além de atender seus anseios sejam idôneos.

Deve-se identificar bem a cultura da empresa que irá prestar o serviço e verificar se é compatível com a da organização que deseja contratar o serviço. Além disso, a empresa contratada deve ser especialista no serviço oferecido, garantindo assim a qualidade.

4.1.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA O EMPREGADO

Com a terceirização podem surgir novos postos de trabalho, visto que surgirão empresas para contratação de mão de obra especializada para suprir as necessidades das empresas que se tornaram tomadoras de serviços. Porém, poucas são as vantagens vislumbradas ao empregado.

Todavia são inúmeras as desvantagens, sob o aspecto social, principalmente aos trabalhadores. Dentre tais desvantagens, podemos elencar:

- precarização das condições de trabalho, com a eliminação de benefícios sociais diretos (decorrentes do contrato de trabalho);
- redução salarial.
- insegurança no emprego, dada a ocorrência da ampliação da rotatividade de mão de obra.

Em virtude da chamada “Lei da Oferta e da Procura”, os trabalhadores se submetem a prestar seus serviços sem benefícios sociais e sob pagamentos salariais aquém da média destinada a sanar suas necessidades mínimas vitais.

Acarretam, sem margem de dúvida, malefícios enormes ao trabalhador terceirizado.

E ainda, conforme pesquisa os acidentes de trabalho entre os trabalhadores terceirizados é muito frequente e estes, ainda recebem em média 27% a menos que os contratados:

Brasil tem 12 milhões de trabalhadores terceirizados. Segundo o Dieese, tempo de permanência de um terceirizado no emprego é um quarto do tempo de um empregado direto. De cada dez acidentes de trabalho, oito são com 'prestadores de serviço'

Mais de 12 milhões de trabalhadores brasileiros prestam serviço a outras empresas. O número de terceirizados corresponde a 20% dos que têm carteira assinada. De acordo com a economista Adriana Marcolino, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), os trabalhadores terceirizados têm uma cobertura de direitos muito menores do que os diretamente contratados pela empresa. "Por isso, nós consideramos que o terceirizado está menos protegido e mais precarizado".

Segundo o Dieese, 80% das mortes ocorridas em local de trabalho são de prestadores de serviços. “Os terceirizados recebem, em média, 27% a menos do que os contratados, quando consideramos o mercado formal de trabalho. Se fôssemos levar em conta o mercado informal, essa diferença seria ainda maior. O tempo de casa de um trabalhador terceirizado é de 2,6 anos, enquanto um contratado fica em média quase seis anos na empresa”, diz a economista. Fonte:

<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2013/08/brasil-tem-12-milhoes-de-trabalhadores-que-sao-terceirizados-9901.html>

Já para os empregados, as desvantagens são mais significativas. Eles são os principais atingidos pelas desvantagens da terceirização. Como na maioria das vezes o objetivo principal da terceirização é a redução de custos, os salários dos terceirizados geralmente são inferiores aos percebidos na empresa contratante.

CONCLUSÃO

Atualmente apenas o Enunciado n.º 331, do TST, tem servido como referencial para as demandas que surgem na Justiça do Trabalho. Exceto as atividades mencionadas no próprio enunciado (serviços temporários, asseio/conservação, vigilância e serviços especializados na atividade-meio), os demais contratos de serviços terceirizados são anuláveis, gerando vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora do serviço. Todavia, mesmo diante da inexistência de fraude, a empresa tomadora de serviços se obriga subsidiariamente a responder pelos prejuízos do empregado vinculado à empresa prestadora. Observa-se que a terceirização veio para os empresários como forma de aumentar a produtividade, com trabalhadores cada vez mais especializados, assim melhorando a qualidade dos serviços a custos mais baixos.

Diante do rol de vantagens e desvantagens advindas de um processo de terceirização justifica-se a enorme polêmica e discussão que engloba o referido tema: de um lado, encontra-se a necessidade de desenvolvimento econômico do país; de outro, a necessidade de proteção dos direitos de uma classe considerada hipossuficiente.

A prática indiscriminada da terceirização às custas do sacrifício dos trabalhadores, acaba por reduzir o seu poder de compra, afastando-os do poder de consumo, amplia-se a concentração de renda e causa naturalmente, uma dependência econômica internacional, posto que, não haverá internamente quem consumir.

Ainda que o Tribunal Superior do Trabalho tente coibir fraudes por meio da terceirização do trabalho com a edição da Súmula 331, há ainda omissões, fazendo com que muitos empregadores prefiram a contratação de trabalhadores por empresa interposta, visando apenas baratear custos e excluir sua responsabilidade direta pelas obrigações trabalhistas.

Com a possível aprovação do Projeto de Lei 4.330/04 todo o entendimento em torno da Súmula 331, TST, deve ser alterado.

Apesar das posições contrárias à terceirização ou ao projeto, a concentração das empresas em atividades extremamente específicas é um fenômeno econômico mundial, inclusive em nosso país, mas que ainda não possui um marco legal regulatório, o que gera insegurança jurídica para as empresas prestadoras e tomadoras de serviço, e que deixa ainda o trabalhador desamparado.

Como vimos mesmo sem regulamentação a terceirização teve um avanço rápido e cresce a cada dia no país, portanto, a definição de regras sobre essa matéria não só é essencial como urgente diante do contexto. Este fenômeno econômico generalizado deve ser compreendido e regulamentado pela intervenção estatal atentando-se para os direitos humanos fundamentais, entre os quais o do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Laura de. Gerenciamento do Trabalho Terceirizado. In: BOOG, Magdalena (Coord): **Manual de Gestão de Pessoas e Equipes: Estratégias e Tendências**. São Paulo: Gente, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. Disponível: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9225

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Gestão de Pessoas: Enfoque nos papéis profissionais**. São Paulo: Atlas, 2001

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 2003. Disponível: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9225

MAGANO, Octavio Bueno. **Os grupos de empresas no direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELES, Edilton. **Grupo Econômico Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

QUEIROZ, Carlos Alberto R. S. de. **Manual de Terceirização**: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo: STS, 1998.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização**. Aspectos legais, trabalhistas e tributários. Ed. Atlas. São Paulo. 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Antônio Álvares. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

VADE MECUM. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Publicações:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9225

<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/suzano-deve-pagar-r-2-mi-por-terceirizacao-ilegal>

<http://pge-se.jusbrasil.com.br/noticias/2484152/stf-declara-constitucionalidade-do-artigo-71-da-lei-da-licitacoes>

<http://www.ncstrj.org.br/wordpress/?p=871>

<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/membros-da-cut-invadem-camara-contra-projeto-sobre-terceirizacao,2a317a5568870410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>

<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2013/08/brasil-tem-12-milhoes-de-trabalhadores-que-sao-terceirizados-9901.html>

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Direito do trabalho** mínimo. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/direitotrabalhominimo.htm>>

SANTOS, Paulo Cezar Jacoby dos Santos. **Flexibilização das normas trabalhistas e sua constitucionalidade**. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12200/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas-e-sua-constitucionalidade/3>>