

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas

CARLA GUERRA LEMOS CARDOSO

**TERCEIRIZAÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES
DE TRABALHO.**

Rio de Janeiro

2014

CARLA GUERRA LEMOS CARDOSO

**TERCEIRIZAÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES
DE TRABALHO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientador: Professor Dr. Daniel Queiroz
Pereira

Rio de Janeiro

2014

A Deus por guiar e iluminar meus passos. Aos meus pais Maria de Lourdes e Carlos Cardoso por todo o apoio, amor e dedicação em toda a minha trajetória.

Comece fazendo o que é necessário, depois o que é possível, e de repente você estará fazendo o impossível.

São Francisco de Assis

RESUMO

A terceirização consiste em uma relação triangular em que são partes a prestadora de serviços, o trabalhador e a tomadora de serviços. Esta técnica empresarial é amplamente utilizada tanto no âmbito do direito privado como pela Administração Pública, mas ainda carece de regulamentação em nosso ordenamento jurídico. Hodiernamente seus limites são definidos pela Súmula 331 do TST que prevê como lícitas apenas a terceirização de atividade-meio, bem como contratos de trabalho temporário e serviços de vigilância, de conservação e limpeza, desde que ausentes os requisitos de subordinação e pessoalidade. A responsabilidade em uma terceirização lícita é subsidiária e a ilicitude implica na responsabilidade solidária do tomador de serviços e, via de consequência, o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o mesmo. Excepciona-se o reconhecimento de vínculo de emprego caso a Administração Pública seja a tomadora de serviços, uma vez que incompatível com a regra constitucional do concurso público, prevista no art. 37, II da Constituição Federal. Além disso, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas ocorrerá em caso de negligência, culpa in vigilando. A terceirização é um fenômeno jurídico- econômico que traz imensas vantagens às empresas, mas por outro lado precariza as relações de trabalho. Há projeto de lei em tramitação que pretende flexibilizar mais ainda as possibilidades de terceirização, mas resta caracterizada a sua incompatibilidade com a ordem jurídica constitucional que se pauta pela dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho.

Palavras-chave: Terceirização, Súmula 331 TST, Precarização das relações de trabalho

ABSTRACT

Outsourcing is a triangular relationship in which are parties a service provider, the employee and the company that receives the services. This business technique is widely used both in private and the public administration, but it still lacks legislation in our legal system. In our times its limits are defined by Precedent 331 of the Superior Labor Tribunal that predicts that outsourcing can only be considered a licit activity - through , as well as temporary work contracts and monitoring services, maintenance and cleaning , since absent the requirements of subordination and personhood. Responsibility for outsourcing is a lawful and unlawful implies a joint liability of the policyholder services and, as a consequence, the recognition of the employment directly with it. Exception is the recognition of employment relationship if Public Administration is the borrower of services, since incompatible with the constitutional rule that stipulates the official examination for a governmental post in art. 37, II of the Federal Constitution. In addition, the subsidiary liability of Public Administration will only occur in case of negligence, fault. Outsourcing is a legal - economic phenomenon that has countless benefits companies, but then undermines labor relations. There is a bill in progress that aims to further relax the possibilities of outsourcing but remains characterized its incompatibility with constitutional law, founded on the dignity of the human person and social value of the work.

Keywords: Outsourcing, Precedent 331 TST, Precarious labor relations

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O DIREITO DO TRABALHO.....	3
2.1 Relações de Emprego e Relações de Trabalho.....	4
2.2 O Contrato de Trabalho.....	5
2.3 Sujeitos do Contrato de Trabalho.....	7
2.4 Análise de Relação Triangular da Terceirização.....	8
2.5 Diferenças e Semelhanças entre Terceirização e Contrato Temporário.....	10
3. TERCEIRIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO.....	13
3.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	15
3.2 Terceirização x Empreitada.....	17
3.3 Terceirização e Serviços de Telecomunicação.....	19
3.4 Vantagens e Desvantagens da Terceirização.....	21
3.5 Terceirização Lícita e Ilícita: Análise da Súmula 331 do TST.....	22
3.6 Responsabilidade Solidária e Subsidiária.....	25
3.7 A terceirização na Administração Pública.....	28
4. A ATUAÇÃO DO MPT NO COMBATE À FRAUDE A TERCEIRIZAÇÃO.....	34
5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROJETO DE LEI Nº 4330/2012.....	37
6. CONCLUSÃO.....	40
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é a contratação de serviços de terceiros para desempenharem atividades que não se coadunam com a atividade-fim da empresa.

Em um mercado cada vez mais competitivo, torna-se relevante a qualidade final do produto ou da prestação de serviço e, buscando garanti-la, grandes empresas utilizam-se da terceirização para desenvolverem apenas a sua atividade-fim de forma a se especializar e, via de consequência, garantir a eficiência e o aumento dos lucros.

A flexibilização na contratação de profissionais permite às empresas uma diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, proporcionando um melhor aproveitamento dos seus recursos para investimentos em novos produtos e tecnologias.

Em que pese o benefício para as empresas, os prejuízos para os trabalhadores terceirizados são notórios como, por exemplo, salários inferiores, constantemente são vítimas de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho em proporção muito superior aos empregados efetivos, além das inúmeras e recorrentes fraudes constatadas em fiscalizações efetuadas pelo Ministério Público do Trabalho no que concerne à própria terceirização. Destacam-se ainda os números fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho em que as empresas prestadoras de serviço são 22 das 100 maiores devedoras na Justiça do Trabalho, sem contar os casos que não chegam ao conhecimento do Judiciário.¹

No nosso ordenamento jurídico não há definição e nem lei regulamentando a terceirização, mas tão somente a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que permite a prática apenas na atividade-meio da empresa, ainda assim, desde que não haja subordinação direta entre a tomadora do serviço e os trabalhadores terceirizados e em outras três situações excepcionais.

Visando suprir essa lacuna, tramita no Legislativo Projeto de Lei nº 4.330/2004 para regulamentar a prática da terceirização. O referido projeto sob

¹ http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5776831 Acesso em 26 out. de 2013.

o principal argumento de que a terceirização já é uma realidade, amplia a possibilidade de terceirização para todas as atividades da economia, liberaliza o instituto e afronta os direitos sociais dos trabalhadores consagrados constitucionalmente, bem como esvazia a competência de todas as instituições que os protegem.

Preliminarmente, buscaremos definir os conceitos de contrato e relação de trabalho, diferenciando a peculiaridade da relação triangular da terceirização, que compreende três partes: o trabalhador, tomador de serviços e o prestador de serviços.

Colacionando posições doutrinárias passaremos à definição e conceituação da terceirização, bem como a análise das principais vantagens e desvantagens decorrentes dessa prática para os agentes que integram a relação triangular.

Imprescindível, também, a análise da Súmula 331 do TST que é atualmente o instrumento jurídico responsável por disciplinar e regulamentar a terceirização no direito brasileiro. Neste ponto, traçaremos a diferença entre terceirização e o contrato de trabalho temporário, uma vez que a doutrina majoritária não admite a existência de terceirização em atividade-fim.

Por fim, faremos referência à atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à terceirização irregular, com estudo de casos relevantes, dados e estatísticas que comprovem que a terceirização precariza as relações de trabalho e que o Projeto de Lei nº 4.330/2004 é inconstitucional por atentar contra a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho previstos no art. 1º, incisos III e IV da Carta Magna.

Deve-se atentar que a Constituição buscou traçar um equilíbrio entre a coexistência harmônica da valorização do trabalho e da livre iniciativa. A livre iniciativa é expressão de liberdade, mas encontra limites na própria função social da empresa e o Estado tem o poder-dever de intervir para temperar essa titularidade de forma a proteger os valores sociais do trabalho e limitar os abusos do capital.

2. O DIREITO DO TRABALHO

Antes de se adentrar ao cerne do tema proposto, faz-se necessário destacar relevantes ponderações acerca da disciplina Direito do Trabalho. Este constitui um ramo autônomo que estuda as relações jurídicas entre os trabalhadores e os tomadores de serviços, ou seja, entre empregados e empregadores.

A referida disciplina desenvolveu-se no contexto histórico da sociedade contemporânea a partir do século XIX em decorrência dos movimentos operários que lutavam por melhores condições de trabalho, podendo-se firmar como marco a Revolução Industrial. A intervenção estatal nas relações jurídicas foi fundamental para amenizar a desigualdade existente entre o empregador e o trabalhador.

Depreende-se que é justamente essa a principal característica do Direito do trabalho: consagrar normas e princípios que assegurem mínimas condições aos trabalhadores, bem como protegê-lo das arbitrariedades perpetradas pelos empregadores.

Dessa forma, a disciplina é um ramo autônomo, uma vez que possui princípios próprios, uma justiça própria e institutos peculiares de modo a assegurar uma igualdade material. Dentre os principais princípios que visam equilibrar a relação jurídica, pode-se destacar o princípio da proteção que abrange: o princípio in dúbio pro operário, princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Convém destacar que o Direito do Trabalho não é considerado uma disciplina estanque, pois possui relação de interdependência com outros ramos do direito, que são aplicados de forma subsidiária em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas trabalhistas, conforme previsão expressa do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

É oportuno frisar que as normas que dispõem sobre Direito do Trabalho são imperativas e de ordem pública. Portanto, são irrenunciáveis pela vontade das partes, porque constituem um mínimo de garantias que o Estado intervencionista assegurou ao empregado hipossuficiente, com o objetivo de igualar os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Com efeito, ressalta-se que a Constituição Federal em seu art. 1º, inciso IV consagrou como princípio fundamental o valor social do trabalho. Leciona Mauricio Godinho Delgado² que por imposição da ordem constitucional vigente, somente são passíveis de flexibilização os direitos de indisponibilidade relativos, assim considerados aqueles de caráter privado, não previstos constitucionalmente ou em lei. Para o autor, os direitos previstos na Constituição, nos princípios, leis, decretos e normas de segurança e saúde do trabalhador são direitos de indisponibilidade absoluta, pois garantem o chamado patamar civilizatório mínimo.

Assim, a essência do Direito do Trabalho é reequilibrar a relação capital e trabalho. Divide-se em Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho. O Direito Individual trata das relações entre empregado e empregador, consideradas individualmente e que serão objeto de análise, enquanto o Direito Coletivo trata das relações de um determinado grupo ou categoria econômica.

2.1 Relações de Emprego e Relações de Trabalho

Segundo Mauricio Godinho Delgado, relação de trabalho é "toda relação jurídica caracterizada por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano".³

Dessa forma, a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é uma das espécies. Dentre as relações de trabalho podemos destacar: a relação de emprego, trabalho autônomo, eventual, avulso, estagiário e outras modalidades de contratação de prestação de trabalho sem a configuração dos elementos caracterizadores da relação de emprego. Importante destacar que cada uma dessas modalidades de relação de trabalho possui características próprias que as diferenciam das demais e havendo relação de trabalho, fora da regência da relação de emprego, a regra é que não se aplica o direito do trabalho.

² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 201

³ Ibid, p. 265.

Assim, para ser considerado empregado, faz-se necessário preencher todos os requisitos estabelecidos em lei, sob pena de restar descaracterizado o vínculo empregatício. Os requisitos são elencados nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber: trabalho prestado por pessoa natural ou física, onerosidade, não eventualidade, subordinação ou dependência jurídica e pessoalidade.

Isto posto, só será empregado o trabalhador que reunir todos esses requisitos supramencionados. Convém ainda destacar o requisito da alteridade, o termo significa dizer que o empregado não corre o risco do negócio e, dessa forma, não pode ser atribuído prejuízo ao trabalhador, uma vez que o risco do empreendimento corre apenas a cargo do empregador.

Por fim, esclareça-se que a exclusividade não é requisito para caracterização da relação de emprego, salvo se for detentor de cargo público sob a modalidade do regime celetista, excetuando-se as permissões previstas no art. 37, inciso XVI da Constituição Federal.

2.2 O Contrato de Trabalho

Em relação ao tema, amplos debates tentaram definir a natureza jurídica do contrato de trabalho. Hodiernamente, pacífico entendimento de que a relação de emprego tem natureza contratual.

A definição legal do contrato individual de trabalho está prevista no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho e pode ser definido como negócio jurídico através do qual uma pessoa física se obriga a prestar serviço não eventual a outra pessoa física ou jurídica mediante o pagamento de salário, com pessoalidade e de forma subordinada.

Cumpram-se as principais características do contrato de trabalho: trata-se de instituto de direito privado; informal, pois pode ser de forma expressa ou tácita; oneroso; *intuitu personae* em relação ao empregado, uma vez que para o empregador não é necessária a pessoalidade; comutativo, pois as prestações são estabelecidas desde o início da relação jurídica; de trato sucessivo, tendo em vista que a regra é o contrato por prazo indeterminado; consensual de modo que depende da manifestação de vontade para se

aperfeiçoar não sendo exigida nenhuma formalidade e bilateral por envolver conjunto de prestações assumidas tanto pelo empregador como também pelo empregado. Além disso, menciona-se a alteridade, já citada anteriormente, ou seja, os riscos do negócio são assumidos pelo empregador contratante.

Gize-se enaltecer que a subordinação é o requisito mais importante para restar caracterizada a relação de emprego. Acresce Alice Monteiro de Barros:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.⁴

Cumprido ressaltar que a subordinação jurídica pode ser mitigada conforme a análise do caso concreto e do tipo de serviço prestado. Exemplifica-se com a inovação legislativa do teletrabalho, prevista no art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse panorama, ganhou destaque o termo parassubordinação que não encontra definição legal, mas tão somente discussões doutrinárias acerca do tema. Trata-se de uma posição intermediária entre a subordinação e a autonomia abrangendo tipos de trabalho que não encontram espaço em nenhuma das duas modalidades.

Dessa forma, pode ser considerada uma terceira espécie de trabalhador que não se enquadra como autônomo nem como subordinado, pois executam o trabalho com pessoalidade e continuidade, mas não atuam de forma subordinada e sim coordenada. Ademais, estão adstritos a metas e diretrizes, mas mantém sua independência no que diz respeito ao tempo e modo de execução de seu trabalho. Como bem salienta Amauri Mascaro Nascimento:

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 8. ed. p. 268.

modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.⁵

Em relação, ainda, sobre o contrato de trabalho o artigo 104 do Código Civil que estabelece os elementos essenciais para a validade do contrato, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Neste pressuposto, a idade mínima é de dezesseis anos, salvo a condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, e, aos dezoito anos, adquire-se a capacidade plena para o trabalho e no que diz respeito ao objeto ilícito o contrato é nulo e não há produção de efeitos.

2.3 Sujeitos do Contrato de Trabalho

É imperativo observar que o conceito de empregado está previsto no art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, conforme supramencionado, empregado é a pessoa física que presta serviços a outrem com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Nesse diapasão, o art. 3º, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho é categórico ao afirmar que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”. Nesse sentido, ainda, o art. 7º, inciso XXXII da Constituição Federal que privilegia a isonomia.

Por outro lado, o empregador também encontra definição no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. A redação do dispositivo é alvo de críticas por grande parte da doutrina por equiparar empregador ao conceito de empresa. Esta, conforme lições do direito empresarial é uma atividade economicamente organizada por reunir os fatores de produção e, portanto,

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 413.

distinto do conceito de empregador, que é pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado.

Entretanto, há corrente doutrinária que afirma que a redação do dispositivo em comento visou reforçar a despersonalização do empregador. Transcrevendo o pensamento de Maurício Godinho Delgado:

a falha técnica celetista evidenciou, no correr da experiência jurtrabalhista, um aspecto algo positivo, consubstanciado em sua *funcionalidade*. De fato, a *eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização do empregador*. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem jurtrabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento focado, independentemente da alteração de seu titular. É o que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT.⁶

Além disso, o dispositivo menciona que profissionais liberais, instituições de beneficência, associações e outras instituições sem fins lucrativos se equiparam ao conceito de empregador. Pode-se concluir, portanto, que o empregador assim o será independentemente da sua natureza jurídica.

Assim, o empregado vincula-se a atividade econômica, ao empreendimento e não ao empregador. Este é o responsável pelos riscos do negócio – requisito da alteridade -, proibindo-se imputar do empregado qualquer prejuízo em razão do desenvolvimento de sua atividade.

2.4 Análise de Relação Triangular da Terceirização

Importante acentuar os conceitos dos sujeitos do contrato de trabalho, bem como as características dos contratos para que se possa melhor compreender o instituto da terceirização.

A terceirização decorre da utilização de um terceiro situado entre o trabalhador e a empresa tomadora, contratado para a prestação de um serviço

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, Op cit. p. 379.

relacionado à cadeia produtiva, o que provoca a formação de uma relação trilateral.

Dessa forma, a relação jurídica bilateral cede espaço para uma relação triangular formada por: o trabalhador, a empresa tomadora e a empresa terceirizada. A tomadora de serviços é a contratante indireta ao passo que o real empregador é a empresa terceirizada.

Assim, a terceirização afasta o vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e os obreiros contratados pela empresa terceirizada desde que desempenhem funções ligadas a atividade-meio ou nos casos permitidos em lei como, por exemplo, o trabalho temporário, os serviços de vigilância, segurança, conservação e limpeza, salvo se presentes os requisitos da relação de emprego, a pessoalidade e a subordinação.

Vislumbra-se, portanto, dois contratos. O contrato de trabalho entre a empresa terceirizada e o obreiro e um contrato civil de prestação de serviços entre a tomadora (cliente) e a empresa terceirizada (prestadora de serviços).

Partindo-se do pressuposto que se trata de uma terceirização regular, a subordinação e a pessoalidade encontram-se presentes, mas tão somente para com a empresa terceirizada, sob pena de restar caracterizado o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora.

Sobreleva ressaltar que o fato de ser subordinado à empresa interposta não significa ausência de responsabilidades para a empresa tomadora de serviços. Isto porque, nos termos do item IV da Súmula 331 do TST: “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”.

Infere-se, dessa forma, que na terceirização regular a responsabilidade direta pertence à empresa terceirizada de forma que a tomadora de serviços responde apenas de forma subsidiária incluindo todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A responsabilização subsidiária decorre justamente dos princípios explicitados de proteção ao trabalhador. Nesse sentido, Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região justificando o porquê da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, *in verbis*:

(...) a hipótese é de responsabilidade objetiva do tomador de serviços, porquanto ele responde independentemente de culpa in eligendo e/ou in vigilando. A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços nas hipóteses de terceirização tem o escopo de garantir maior solvabilidade do crédito do empregado, de caráter alimentar. Afinal, o tomador de serviços é o grande beneficiário do trabalho do empregado da terceirizada. Se usufrui dos benefícios do trabalho para sua atividade econômica, há que assumir os riscos dela inerentes, a exemplo do que ocorre com o empregador (art. 2º da CLT).⁷

Explana-se, por derradeiro, que o empregado terceirizado não faz jus aos mesmos direitos pertinentes à categoria econômica da tomadora. Isto porque o art. 460 da Consolidação das Leis Trabalhistas prevê que para a equiparação salarial faz-se necessário a prestação de serviços ao mesmo empregador, hipótese que não se vislumbra entre o empregado da tomadora e o terceirizado. Assim sendo, na terceirização, o empregado terceirizado não terá direito à equiparação salarial, se utilizar como paradigma o empregado da tomadora, pois equiparando e paradigma prestam serviços para empregadores diversos.

2.5 Diferenças e Semelhanças entre Terceirização e Contrato Temporário

O item I da Súmula 331 do TST é categórico ao afirmar que a contratação por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de contrato de trabalho temporário.

O trabalho temporário é regulado pela Lei 6019/74 e pode ser definido como uma contratação temporária, para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular ou acréscimo extraordinário de serviço.⁸

Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras

⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Acórdão Recurso Ordinário proferido pela 6ª Turma RO 326-2004-010-01-00.0. Publicado em 09/03/2007.

⁸ Instrução Normativa 03 de 1997, Ministério do Trabalho art. 9º, I "acréscimo extraordinário de serviço, não só aquela demanda oriunda de fatores imprevisíveis, como também os denominados "picos de venda" ou "picos de produção"

empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por estas remunerados e assistidos.⁹

Impende mencionar que, para a validade da prestação de serviço temporário, é obrigatória a celebração de dois contratos necessariamente escritos: a) entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora constando expressamente o motivo justificador da contratação; b) entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário, conforme disciplinam os artigos 9º e 11 da referida Lei.

A principal diferença está no fato de que o contrato de trabalho temporário – que não pode ser superior a três meses – pode ser tanto em atividade fim quanto em atividade meio e o trabalhador temporário trabalha com personalidade e sob a direção da empresa tomadora de serviços. Por outro lado, a terceirização lícita deve ser necessariamente para atividade meio da empresa, sendo vedada a subordinação direta e a personalidade na prestação de serviços.

O contrato de trabalho temporário que não pode exceder a três meses só pode ser prorrogado uma única vez desde que autorizado pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, conforme expressamente previsto no art. 10 da Lei 6019/74, observando-se o disposto na Portaria TEM nº 550, de 12 de março de 2010.

Assim, no trabalho temporário não há restrição quanto à atividade, podendo ser em atividade meio, bem como atividade fim, desde que respeitem os motivos expressamente previstos em lei.

Realçam-se, por oportuno, os motivos que ensejam uma empresa a preferir a contratação de um trabalhador temporário em vez de um contrato por prazo determinado. A justificativa é a obtenção rápida de mão de obra qualificada, uma vez que a real empregadora (fornecedora) fornece a qualificação. Inverídica a afirmação que se trata de mão de obra barata, pois há equiparação salarial entre a remuneração percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora (art. 12, alínea a, da Lei 6019/74).

Convém destacar que a empresa de trabalho temporário não se confunde com a agência de colocação. Esta apenas facilita a inserção do

⁹ Instrução Normativa 03 de 1997, Ministério do Trabalho art. 6º

trabalhador em um emprego diferentemente daquela que além de colocar o trabalhador na empresa tomadora, remunera-o e dirige-o.

Pode-se concluir, portanto, que tanto no contrato temporário como na terceirização há uma busca por uma máxima eficiência. Além disso, presente em ambos a relação triangular, a equiparação salarial dos obreiros da prestadora de serviço e a responsabilidade subsidiária da tomadora, salvo nas hipóteses em que resta configurado o vínculo de emprego com a tomadora de serviços em que a responsabilidade é solidária.

Cumprе ressaltar que em relação ao contrato de trabalho temporário há mais uma hipótese de responsabilidade solidária entre a tomadora de serviços e a empresa terceirizada: falência da fornecedora, conforme previsto no art. 16 da Lei 6019/74.

Por fim, em relação à Administração Pública destaca-se a possibilidade de contrato temporário, conforme autoriza o art. 37, inciso IX da Constituição Federal nos casos de excepcional interesse público ou a manutenção do serviço público. Trata-se de um contrato de natureza administrativa, com direitos civis e a contratação irregular mediante empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta, uma vez que se faz necessário o concurso público de provas ou de provas e títulos, consoante art. 37, II da Constituição Federal.

A prestadora de serviços é escolhida através da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) podendo se utilizar dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Em que pese o art. 71, § 1º da Lei de Licitações dispor que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, pacífico entendimento de que prevalece a sua responsabilidade subsidiária caso se comprove a sua conduta culposa, ausência de fiscalização, conforme analisaremos nos tópicos abaixo.

3. TERCEIRIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

Consoante os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata seguramente de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área da administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.¹⁰

A terceirização é um fenômeno mundial que apresenta variação conforme o país. A Espanha, por exemplo, atribui responsabilidade solidária a todas as empresas integrantes da relação jurídica, ao passo que a França proíbe a terceirização, salvo no contrato temporário e a Colômbia a admite nos mesmos termos da Legislação Brasileira.¹¹

O Direito do Trabalho foi desafiado a se adaptar a realidade dinâmica da sociedade em que a descentralização, desverticalização e delegação de atividades se tornaram primordial para a maximização dos lucros e diminuição dos custos.

A terceirização surge a partir do desemprego, da crise econômica. O marco histórico destacado por todos os doutrinadores é a Segunda Guerra Mundial, momento em que as empresas produtoras de armas estavam produzindo mais do que era possível e resolveram delegar serviços para que pudessem aumentar mais ainda a sua produção.

Anteriormente à Segunda Guerra já existia o fenômeno da terceirização, mas não era dotada de relevância e não interferia sobremaneira na sociedade e na economia.¹²

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Op cit. p. 417.

¹¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos atuais da Terceirização Trabalhista. Disponível em www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/Rev_74. Acesso em: 15 de abril de 2014

¹² CASTRO, Rubens Ferreira. A terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75

No Brasil o marco é de 1950 em um contexto de Revolução Industrial e a indústria automobilística é o exemplo clássico de terceirização, uma vez que as diversas etapas da produção dos componentes do automóvel eram delegadas a terceiros de forma que a indústria se dedicava tão somente a sua atividade-fim, qual seja: a montagem do veículo.

A Consolidação das Leis do Trabalho não trata expressamente da terceirização e nem há, ainda, legislação no Brasil disciplinando a matéria. Argumenta Maurício Godinho Delgado os motivos da omissão legislativa:

Isto ocorre pela circunstância de o fato social da Terceirização não ter tido, efetivamente, grande significado socioeconômico nos impulsos da industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40.¹³

A terceirização ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro através do contrato temporário. Além disso, as empresas que têm por objeto social a prestação de serviços na área de limpeza e conservação também foram as pioneiras na terceirização no Brasil, existentes desde aproximadamente 1967.¹⁴

Além disso, mencionam-se os Decretos números 1.212 e 1.216 de 1966 que permitiram aos bancos dispor sobre serviços de segurança prestados por empresas particulares. A Lei n. 8.863, de 1994, considera segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I — vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas.

A evolução do fenômeno fez surgir novas denominações como a quarteirização, quando uma empresa que presta serviços terceirizados a um cliente solicita serviços outra empresa que terceiriza serviços. Trata-se, em síntese, de um gerenciamento desses processos de terceirização.

Incontestável é que essa técnica descentralizadora se tornou um fenômeno incontestável por todo o mundo fruto de um contexto sócio-econômico e desafiou os operadores do direito a impor limites e a legalizá-la.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Op cit. p. 429.

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: Atlas: 2011. p. 2

No Direito Brasileiro o Colendo Tribunal Superior do Trabalho em um primeiro momento se mostrou contrário a terceirização, salvo nos casos de contrato de trabalho temporário e de serviço de vigilância¹⁵ e posteriormente na sua revisão para a atual Súmula 331 que permite a terceirização, além dos casos anteriores, na hipótese da atividade-meio e que não constitua a principal atividade da empresa tomadora.

Partindo-se para uma análise no direito comparado, em grande parte dos países europeus a terceirização está adstrita a hipótese de trabalho temporário. Na França a intermediação de mão de obra, com fim de lucro da empresa prestadora, é considerada como tráfico de mão de obra.

Na Espanha, para que seja possível a subcontratação de trabalhadores, deve-se analisar se a empresa prestadora de serviços detém atividade empresarial própria, patrimônio suficiente e compatível para consecução de seus fins, bem como responsabilidade solidária de todas as partes da relação jurídica.¹⁶

Imperioso notar que a lógica do Direito Brasileiro está seguindo a lógica inversa sem ao menos possuir uma legislação sobre o tema. Verifica-se, na prática, que a terceirização representa um obstáculo para o trabalhador receber seus haveres, sendo, cada vez mais comum, a inidoneidade de empresas prestadoras de serviços. Soma-se a isso a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços que resultam em uma duração nada razoável do processo na tentativa frustrada de executar algum bem do patrimônio insuficiente da prestadora de serviços para só posteriormente buscar os bens da tomadora. As dificuldades representam uma afronta ao escopo social da jurisdição.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

¹⁵ Súmula 256 do TST: “Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6019/74 e 7012/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

¹⁶ Maior, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jun 2004. Acesso em 20/04/2014.

A terceirização não encontra amparo legal em nosso ordenamento jurídico e não há definição expressa sobre o tema. A técnica advém do direito administrativo como uma estratégia das empresas reduzirem custos e aumentar a competitividade em um mercado cada vez mais competitivo.

A terceirização pode compreender tanto na produção de bens quanto na prestação de serviços. Na acepção de Sérgio Pinto Martins a terceirização pode ser definida em estágios:

- 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 da empresa, como de gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos etc. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa.¹⁷

Ainda, na classificação do referido autor, a terceirização pode ser externa ou interna. Na primeira a empresa repassa para terceiros certas etapas de sua produção, feitas fora da empresa, ou seja, externos, como terceirização de atividades. Por outro lado, na terceirização interna também há o repasse para terceiros de suas atividades de produção, porém as empresas prestadoras de serviço trabalham dentro da própria empresa tomadora.

A classificação também se subdividiu quanto à atividade meio e atividade-fim, duração temporária e de prazo indeterminado, natureza pública ou privada e lícita ou ilícita.¹⁸

Diversos são os exemplos clássicos de terceirização como, por exemplo, o contrato temporário, a vigilância bancária, serviços de telecomunicação, subempreitada, assistência jurídica, entre outros. Entretanto, destaca-se que não deve ser confundida com o repasse do direito de exploração de certa atividade como nos contratos de franquia, tampouco a contratação por parte do dono da obra para construção ou reforma.

¹⁷ Martins, Sergio Pinto. Op. Cit, p. 12

¹⁸ Ibid, p. 13

Adentrando-se a natureza jurídica do instituto, doutrina autorizada a define como um contrato de prestação de serviços, típico do direito civil, mas que encontra limitações nas normas cogentes do Direito do Trabalho. A livre iniciativa deve ser ponderada com os valores sociais do trabalho. O tipo de contrato dependerá da análise do caso concreto que pode ser apenas um ou vários contratos distintos abarcando o fornecimento de bens, serviços, tecnologia, *know-how*, inventos, etc.

Assim, a terceirização pode utilizar-se de várias formas de contrato de natureza civil, tais como, a empreitada, subempreitada, prestação de serviços e parceria.

Os contratos apesar de terem abrangência na área trabalhista, deverão respeitar os princípios da lealdade e boa fé objetiva, bem como exercê-lo nos limites da função social do contrato, conforme previsão do art. 421 do Código Civil.

Convém mencionar o significado do termo *marchandage* que também pode ser definido como uma forma de contratação de terceiros, mas distinta da terceirização. O referido termo é uma expressão francesa e significa um tratamento subumano ao trabalhador que passa a ser tratado como mera mercadoria. No caso não há atividade econômica, mas apenas exploração do trabalhador em fraudulenta intermediação de mão de obra, o mero "aluguel de trabalhadores", o que, sem nenhuma dúvida, fere os princípios basilares do Direito do Trabalho e a dignidade do trabalhador. Conclui-se, portanto, que uma linha tênue separa a *marchandage* da terceirização.

3.2 Terceirização x Empreitada

Imperioso lembrar que esta modalidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho representa um contrato em que um empreiteiro obriga-se a realizar um trabalho ao dono da obra, sem subordinação e mediante contraprestação.

O contrato de empreitada é citado como a origem da terceirização no Brasil e até mesmo como um exemplo clássico de terceirização. Há autores que defendem se tratar de uma hipótese legal de intermediação de mão de obra, consoante ensinamentos da professora Vólia Bonfim Cassar.¹⁹

A empreitada diverge da relação de emprego por inúmeros motivos, dentre os quais destacamos: possibilidade do empreiteiro ser pessoa física ou jurídica; objeto – realização de uma obra; ausência do elemento subordinação.

Para que exista contrato de empreitada é essencial que ele tenha por objeto a realização de uma obra (o resultado final). Pacífico o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho que diante da inexistência de previsão legal não há responsabilidade solidária ou subsidiária entre o dono da obra e o empreiteiro, salvo se o dono da obra for empresa construtora ou incorporadora (Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1).

Em relação à subempreitada, insta mencionar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 455, encerra a seguinte previsão, *in verbis*:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

A responsabilidade do empreiteiro para com o subempreiteiro prevista no artigo é amplamente discutida na doutrina e o tema não é pacífico. Há corrente doutrinária que defende a responsabilidade solidária do empreiteiro e a quem sustente a responsabilidade subsidiária.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado sustenta a responsabilidade subsidiária sob os argumentos de que aplica-se a redação do item IV da Súmula 331 do TST, que abrange todas as hipóteses de terceirização, inclusive a do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho e que o art. 455 não

¹⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 495

menciona expressamente em solidariedade, e esta não pode ser presumida, pois decorre da lei ou da vontade das partes (art. 264 do Código Civil).²⁰

A empreitada da qual a subempreitada está incluída é um contrato tipicamente previsto no Código Civil. Pode-se concluir, portanto, que o legislador possibilitou a terceirização do contrato de empreitada, assegurando aos empregados do subempreiteiro o direito de pleitear verbas contratuais e resilitórias inadimplidas em face do empreiteiro principal, ressalvado o direito de regresso.

3.3 Terceirização e Serviços de Telecomunicação

Considera-se importante tecer alguns comentários sobre a permissão legal para terceirizar a atividade-fim dos serviços de telecomunicações, conforme autorização do dispositivo legal art. 94 da Lei 9.472/97.

Faz-se necessário uma análise do dispositivo legal da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

A própria lei traz o conceito de serviços de telecomunicação:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Op cit p. 478.

Em que pese a divergência acerca do tema o Tribunal Superior do Trabalho tem interpretado os dispositivos como autorização de terceirização em atividade-fim das empresas de telecomunicações.

O dispositivo vai de encontro ao que preceitua a Súmula 331 do TST ao vedar a terceirização em atividade-fim da empresa.

Nesse sentido, anatem-se os seguintes precedentes erigidos no Colendo Tribunal Superior do Trabalho excetuando a vedação de terceirização em atividade-fim:

RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) **ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações**, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. **Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal.** Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 538 DO CPC (...)(RR - 124500-63.2004.5.03.0108 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 28/04/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010) (g.n.).

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROVIMENTO - TERCEIRIZAÇÃO - EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - LICITUDE. Demonstrada a possível violação ao artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado. II - RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - LICITUDE. 1. A Lei Geral de Telecomunicações ampliou as hipóteses de terceirização. Assim, a previsão do artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes, autoriza a terceirização das atividades-fim elencadas no § 1º do artigo 60.2. É irrelevante a discussão acerca de a atividade desempenhada pelo Reclamante ser atividade-fim ou meio, uma vez que é lícita a terceirização, ante a previsão legal. 3. Contudo, a licitude da terceirização não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora, nos termos da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST-

RR-132140-76.2008.5.03.0044, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina I. Peduzzi, DEJT de 30/3/2010)

Entretanto, relevante ressaltar que o tema não é pacífico justamente pela tese defendida por muitos em relação à inconstitucionalidade do inciso II, do art. 94 da Lei nº 9.472/97.

3.4 Vantagens e Desvantagens da Terceirização

Preliminarmente, importante analisar as conseqüências da terceirização para os trabalhadores. A terceirização está intimamente relacionada à precarização das relações de trabalho. Com efeito, ressaltam-se notícias que atestam a realidade fática:

Segundo os dados do Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro 2011, da Fundação Coge,²¹ em 2011, 139 empregados do quadro próprio das empresas do setor elétrico brasileiro, perderam suas vidas em acidentes fatais típicos, enquanto que no quadro das contratadas, foram 609 mortes. No mesmo período, ocorreram 8.940 acidentes típicos com afastamento, entre os quais se inclui um elevado número de mutilações. Para se ter ideia da especificidade do setor quanto aos requisitos de segurança do trabalho, enquanto a taxa de acidentes fatais típicos de todos os trabalhadores brasileiros foi calculada em 5,8 por 100.000 trabalhadores em 2011, entre os trabalhadores do quadro próprio das empresas do setor elétrico essa taxa chegou a 16,7 por 100.000. Nas empresas terceirizadas, a taxa foi ainda muito maior, de 44,3 mortes em cada 100.000 trabalhadores, de acordo com o referido Relatório.

Entre as 20 primeiras empresas do *ranking*, seis são ligadas a segmentos da atividade agrícola (agroindústria e agropecuária); outras cinco pertencem ao setor de terceirização de mão de obra, vigilância, conservação e limpeza; quatro atuam na área de transportes (duas aéreas, Vasp e Sata, e duas rodoviárias, Viplan e Wadel); e duas são bancos públicos (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal/CEF). Apenas as cinco empresas de terceirização de mão de obra, vigilância e serviços gerais listadas entre as 20 mais somam 9.297 processos.²²

²¹ FUNDAÇÃO COGE. Relatório estatístico de acidentes de trabalho no setor elétrico, 2011. Disponível em www.funcoge.org.br. Acesso em: 20 de abril de 2014.

²² http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5776831 Acesso em 26 de abril de 2014.

Os profissionais terceirizados têm 5,5 vezes mais chance de morrer em um acidente de trabalho do que os efetivos no setor do petróleo. Segundo informações da FUP (Federação Única dos Petroleiros), entre 2012 e 2003, foram registrados 110 óbitos de terceiros contra 20 mortes de funcionários da Petrobras.²³

As empresas terceirizadas em grande parte não desenvolvem uma atividade específica e há salários pagos a menor, perda de vantagens sociais, maiores riscos de acidente de trabalho, desajustes salariais, ausência de representação perante a categoria econômica dos empregadores, inadimplência ante a inidoneidade de grande parte das prestadoras de serviços, dificuldade em reaver verbas resilitórias e rescisórias na justiça do trabalho.

Ao passo que para as tomadoras de serviço a terceirização aparece como uma forma de otimização dos lucros e redução de custos. A especialização resulta em eficiência e qualidade, mas também apresenta algumas desvantagens como, por exemplo, burocracia, dever de fiscalização, eventual responsabilidade e dificuldade em encontrar parceiros fornecedores qualificados.

3.5 Terceirização Lícita e Ilícita: Análise da Súmula 331 do TST

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho aprovada pela Resolução Administrativa n. 23/93 disciplina sobre a terceirização no direito pátrio:

Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

²³www.protecao.com.br/noticias/estatisticas/terceirizado_tem_mais_chances_de_morrer_no_setor_petroleiro/A5jgAcja Acesso em: 26 de abril de 2014.

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

A referida Súmula não apresenta hipóteses taxativas, pois podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas. O item I menciona a licitude do contrato de trabalho temporário que se diferencia da terceirização por permitir o desenvolvimento na atividade-fim da empresa, outrora já analisado.

Por outro, lado a ilicitude resta caracterizada quando presentes os requisitos da relação de emprego: subordinação e pessoalidade. A subordinação jurídica e a pessoalidade devem ser para com a empresa terceirizante, pois ela é a responsável por admitir, dirigir e remunerar o empregado.

O cerne do debate que envolve as terminações “atividade-meio” e “atividade-fim”. Preliminarmente, conceituando-as, a atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, é a atividade central, o objeto que consta no contrato social da empresa. Por lógica, a atividade-meio não se coaduna com o objetivo final da empresa, trata-se de uma atividade secundária e não essencial como, por exemplo, a limpeza.

Acresce Maurício Godinho Delgado que:

atividade-fim são as atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços enquanto as atividades-meio são periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.²⁴

Nessa linha de raciocínio, o item II da Súmula 331 afirma que não há vínculo quando os serviços forem de vigilância, conservação e limpeza e os adstritos a atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e subordinação.

Infere-se do supramencionado que a terceirização lícita relaciona-se com a atividade-meio e a ilícita com a atividade-fim. A celeuma está em tentar se definir na prática, *in concreto*, o que se entende por atividade-fim e atividade-meio.

A diferenciação de terceirização lícita e ilícita partiu de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja, a diferença entre atividade-fim e atividade-meio, pois não há um critério seguro para essa diferenciação. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?²⁵

Sérgio Pinto Martins expressa sua opinião no seguinte sentido:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa consagrado no art. 170 da Constituição(...) Em decorrência desse princípio, cabe ao empresário definir quais as áreas que pretende terceirizar, inclusive na atividade-fim, se assim entender. Cabe a ele escolher, portanto, a área que pretende terceirizar (...) Uma atividade-fim da empresa pode até mesmo ser transformada em atividade-meio, em virtude das mudanças tecnológicas.²⁶

De igual modo, a terceirização será ilícita quando presentes os requisitos da relação de emprego: subordinação e pessoalidade. A subordinação jurídica

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Op cit. p. 490.

²⁵ Maior, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jun 2004. Acesso em 20/04/2014.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op cit. p. 133

e a personalidade devem ser para com a empresa terceirizante, pois ela é a responsável por admitir, dirigir e remunerar o empregado.

Em síntese, segundo a referida Súmula a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal e a conseqüência de tal atitude é o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo os casos permitidos pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: trabalho temporário, conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador, desde que não haja personalidade e subordinação direta nos casos das atividades do inciso III da Súmula.

Dessa forma, a contratação em atividade-fim é expressamente vedada, salvo o contrato de trabalho temporário, sob pena de ser considerado desfeito o vínculo empregatício com a empresa terceirizante, formando-se vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços.

As críticas são rígidas em relação ao critério adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho e a tendência está sendo não restringir à terceirização apenas a atividade-meio do tomador.

3.6 Responsabilidade Solidária e Subsidiária

Preliminarmente, faz-se necessário conceituar a responsabilidade solidária e subsidiária. No Direito do Trabalho tais conceitos são importados do Direito Civil em razão da omissão na Consolidação das Leis do Trabalho.

Na solidariedade concorrem vários credores, vários devedores ou vários credores ou devedores, tendo cada credor o direito de exigir e cada devedor o dever de prestar, integralmente, as coisas, que são objeto da prestação.

A solidariedade é instituto que não se presume, para existir, deve estar previsto em lei ou derivar da vontade das partes, consoante disposição legal do art. 265 do Código Civil.

Guilherme Couto de Castro traça o conceito de responsabilidade solidária passiva nos seguintes termos:

A solidariedade passiva a principal finalidade é aumentar a garantia do crédito. Quando um dos devedores solidários satisfaz o débito todo, a relação credor-devedor (relação

externa) é extinta; quem pagou o débito todo deve ser acertar com seus codeverores. É a relação interna da solidariedade.²⁷

A terceirização ilícita implica na responsabilidade solidária em razão da fraude à legislação trabalhista, nos termos do art. 942 do Código Civil:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Assim, não se pode argumentar que não há previsão expressa em lei para fundamentar a condenação solidária da empresa terceirizante e do tomador de serviços.

No que diz respeito à responsabilidade subsidiária, a mesma decorre expressamente do item IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Trata-se de uma espécie de benefício de ordem em que primeiro responde a empresa terceirizante e, não tendo patrimônio suficiente para quitar as dívidas, responde a empresa tomadora de serviços.

A fundamentação está prevista no art. 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem a responsabilização por ato ilícito. A inidoneidade da empresa terceirizante implica em responsabilidade da tomadora, uma vez que esta a contratou e tinha a obrigação de exercer a fiscalização, sob pena de ocorrer em culpa *in vigilando*.

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Além disso, a responsabilidade subsidiária decorre do risco empresarial da terceirização. A licitude da terceirização não tem o condão de afastar a

²⁷ Castro, Guilherme Couto de: Direito Civil: Lições – 4ª Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2011.

responsabilidade e a única exigência é que a empresa tomadora de serviços tenha figurado no pólo passivo da lide trabalhista.

Por fim, cabe mencionar que qualquer cláusula contratual que isente o tomador de serviços de qualquer responsabilidade é numa de pleno direito, em homenagem ao princípio da proteção ao trabalhador e ante a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Nesse exato sentido, colacionam-se abaixo Acórdãos reiterando o supracitado:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Não há óbice à contratação de serviços de terceiros para a realização de atividades-meio pelas empresas ou instituições. Entretanto, o princípio da proteção ao trabalhador e a teoria do risco permitem responsabilizar o tomador subsidiariamente, diante da inadimplência do prestador, pelo prejuízo causado aos seus empregados, cuja força de trabalho foi usada em benefício do primeiro. Súmula 331, IV, do TST. (TRT/SP - 01762200826302007 - RS - Ac. 5aT 20090604452 - Rel. José Ruffolo - DOE 21/08/2009)

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS. A responsabilidade subsidiária está calcada na culpa in eligendo e/ou in vigilando, que se pautam na cautela que deve ter o tomador de serviços ao celebrar e manter contrato de terceirização, não se omitindo na fiscalização concreta da satisfação dos haveres trabalhistas, velando assim pelos direitos dos trabalhadores que lhes prestam serviços. A sua aplicação tem a finalidade de assegurar a satisfação dos créditos, em caso de eventual inadimplemento pelo empregador. (TRT23. RO - 00410.2008.022.23.00-8. 2ª Turma. Relatora DESEMBARGADORA BEATRIZ THEODORO. Publicado em 01/09/11)

TERCEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A ordem jurídica reconhece como válidos os contratos de subempreitada, de serviços 4 PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do Trabalho, 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 21. A matéria citada foi publicada no Jornal Trabalhista, ano X, n. 478, p. 956, sendo o Dr. Jarbas Vasconcelos um advogado paranaense. 5 Revista LTr 61-11/1473.126 Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.39, n.69, p.123-146, jan./jun.2004 temporários ou de prestação de serviços, mas vincula o beneficiário do trabalho para responder subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações relacionadas com o contrato de trabalho. Nada mais justo, porquanto quem usufrui dos bônus deve suportar os ônus, como assevera a antiga parêmia "qui habet commoda, ferre debet onera". Em sintonia com esse pensamento central estão o art. 455 da CLT,

o art. 16 da Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário, o art. 8º da Convenção n. 167 da OIT, o Enunciado n. 331/TST e farta jurisprudência. (TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-9706/00 - Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira - DJMG 07.03.2001, p. 18)

Em uma análise crítica acerca do tema, a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviço nos casos de descumprimento de obrigações trabalhistas representa um retrocesso social e facilita o descaso para com o descumprimento da legislação trabalhista. Acreditamos que uma mudança na forma da responsabilização iria acarretar uma maior fiscalização por parte das empresas tomadoras e, conseqüentemente, proporcionar uma efetivação da legislação trabalhista.

3.7 A terceirização na Administração Pública

A terceirização também é possível no âmbito da Administração Pública e a relação será estabelecida mediante um contrato administrativo.

Inicialmente, imprescindível analisar que a terceirização, no âmbito da Administração Pública, a desobriga a executar atividades não finalísticas e desburocratiza a sua atividade primando pelo princípio da eficiência elencado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

O Decreto 2.271/97 dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e em seu art. 1º e 2º dispõe acerca de quais atividades são passíveis ou não de serem terceirizadas:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as 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.

A Lei de Licitações também dispõe em seu art. 6º, inciso II dos serviços que podem ser terceirizados, *in verbis*:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Cite-se, ainda, o art. 175 da Constituição Federal que permite ao Estado prestar serviços diretamente ou por meio de terceiros, mediante concessão, permissão, sempre por um processo licitatório:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Importante mencionar que os serviços que lhe são próprios, tais como, segurança, fiscalização do poder de polícia, justiça, diplomacia são indelegáveis.

Convém destacar os artigos referentes na Lei de Licitações para melhor explicar acerca da controvérsia que existia quanto à responsabilidade da Administração Pública:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

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 trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso de obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. § 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31, da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991 (g.n.).

O art. 71 da Lei 8666/93, ao prever a irresponsabilidade da Administração Pública por encargos trabalhistas, apresentava conflito com a Súmula 331 do TST no que tange à responsabilização da Administração Pública.

Uma Ação Direta de Constitucionalidade foi proposta pelo governador do Distrito Federal pleiteando o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações e o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento julgando procedente a referida ação (DJE de 03/12/2010).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que o Tribunal Superior do Trabalho tem competência para reconhecer a responsabilidade diante da análise do caso concreto.

A análise da constitucionalidade do referido artigo implicou no sobrestamento dos processos no Tribunal Superior do Trabalho que discutiam a responsabilidade subsidiária do ente público, aproximadamente 13059 (treze mil e cinquenta e nove), o que demonstra a ampla repercussão geral acerca do tema.²⁸

A partir dessa decisão é que o Tribunal Superior do Trabalho revisou a Súmula 331 alterando o item IV e acrescentando o item V e VI, o qual dispõe da responsabilidade subsidiária da Administração em caso de culpa *in vigilando*.

Para melhor sedimentar, analisemos a antiga e a nova redação do item IV da Súmula 331 do TST, respectivamente:

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 n.º 8.666, de 21.06.1993).

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador

²⁸ Disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/terceirizacao-na-administracao-publica-e-tema-com-mais-processos-sobrestados-no-tst. Acesso em 27 de abril de 2014.

dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Destarte, pode-se concluir que a partir do incidente de constitucionalidade o Tribunal Superior do Trabalho diferenciou a responsabilidade subsidiária da Administração dos demais contratantes privados. Desta feita, para restar caracterizada a responsabilidade da Administração, imprescindível a demonstração de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, conforme elucida Acórdão abaixo:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, DO COL. TST. “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Ressalva de entendimento da Desembargadora Relatora. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. SÚMULA N.º 331 VI. “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período da prestação laboral.” Recurso ordinário do segundo reclamado conhecido e desprovido. (Processo RO 446201100610009 – TRT 10ª Região. 3ª Turma, Rel: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, Julgamento: 14/09/2011. Publicado em 23/09/2011).

Alerta-se, contudo, que em nenhum momento foi questionado o art. 71 da Lei 8666/93 em relação ao art. 37, § 6º da Constituição Federal.

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nos apontamentos de Sergio Pinto Martins o referido dispositivo constitucional que prevê a responsabilidade objetiva da Administração Pública

só é aplicado nos casos em que for prestadora de serviço público ou por delegação a particular.²⁹

Conclui-se, portanto, que empresas terceirizadas de vigilância, segurança não são empresas privadas que prestam serviços públicos, mas serviços privados. Logo, o referido dispositivo não se aplica porque nesse caso a Administração Pública é tomadora de serviços.

A Administração Pública deverá se valer do regime de licitações conforme previsão constitucional no art. 37, inciso XI, salvo casos de dispensa e inexigibilidade previstos em lei, de modo a optar pela melhor contratação de empresa idônea que será a responsável direta pelo cumprimento das obrigações para com o trabalhador.

Nos casos de contratação de trabalhador sem prévia aprovação em concurso público há a impossibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego, em razão da regra constitucional prevista no art. 37, II da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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 prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Logo, a Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional, incluindo as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, bem como suas subsidiárias ficam sujeitas à regra constitucional do concurso público.

Dessa forma, o princípio da primazia da realidade do Direito do Trabalho não pode ser aplicado, prevalecendo o princípio da legalidade, impessoalidade e ofensa direta a Carta Magna.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op cit. p. 149

Assim, constatada a ilicitude na terceirização por parte da Administração Pública resta caracterizada a ilegalidade do ato e a imputação de responsabilidade do servidor responsável.

Cumprе ressaltar que a impossibilidade de contratar sem concurso público é regra notória conhecida por todos. Nesse diapasão, o trabalhador tinha conhecimento de que estava infringindo regra constitucional.

Em que pese a má-fé por parte do trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 363 assegura ao trabalhador o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, e os valores referentes ao depósito de FGTS.

Súmula nº 363 do TST CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

No que concerne ao contrato temporário, há autorização constitucional no art. 37, inciso IX da Constituição Federal em caso de excepcional interesse público ou manutenção do serviço público, obedecendo às mesmas regras de impossibilidade de vínculo de emprego e responsabilidade subsidiária da Administração caso evidenciada a sua conduta culposa.

4. A ATUAÇÃO DO MPT NO COMBATE À FRAUDE A TERCEIRIZAÇÃO

A Constituição Federal elenca no capítulo das funções essenciais à justiça o Ministério Público do Trabalho:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A partir da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público se desvincula do Poder Executivo e passa a ser considerado órgão independente e incumbindo-se da defesa da ordem jurídica constitucional.

O art. 83 da Lei Complementar n. 75/93 dispõe que compete ao Ministério Público do Trabalho promover ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando houver violação aos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente.

A partir da Constituição de 1988 houve uma constitucionalização do direito e os princípios passaram a ter caráter normativo. A violação de um princípio passou a ser considerada muito mais grave que uma violação a

determinada norma. Isto porque, violar um princípio significa violar todo o ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho são fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além do Ministério Público do Trabalho há o Ministério do Trabalho e Emprego, cuja diferença é que este atua de forma repressiva, ao passo que o Ministério Público do Trabalho atua preventivamente, recebendo denúncias, instaurando inquéritos civis e ajuizando ação civil pública para tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A normatização do Ministério do Trabalho e Emprego no que diz respeito a terceirização pode ser observada na Instrução Normativa nº. 03/97 do que conceitua a empresa terceirizante e autoriza a terceirização na própria dependência da empresa tomadora de serviços:

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considerando-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

§ 4º Dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado.

Assim, o Ministério do Trabalho e Emprego atua na fiscalização da regularidade do contrato de prestação de serviços estabelecido entre a empresa terceirizante e a tomadora de serviços.

No que concerne a atuação do Ministério Público do Trabalho, está condicionada a lesão de um direito coletivo ou difuso, não podendo atuar quando haja violação apenas a direitos específicos de determinado empregado.

Cumpram ressaltar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos. Estes se caracterizam, sobretudo, pela existência de uma questão coletiva, que confere homogeneidade àquela categoria de pessoas, à par da presença, ou não, de questões individuais, particulares ou patrimoniais.

No âmbito da fiscalização a terceirização, o caso mais comum é para fiscalizar se o ente público realiza concursos para a admissão de funcionários. Tem prevalecido na jurisprudência o reconhecimento do direito adquirido à nomeação de candidatos aprovados em concurso em detrimento da contratação de terceirizados.

Em relação à fraude na terceirização e concursos públicos, destacam-se os seguintes Acórdãos:

TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. PROCEDÊNCIA. A proibição de terceirização, feita com tempo razoável para o administrador público se preparar para a criação de vagas e contratação de pessoal por concurso público, é medida que se faz necessária para evitar a fraude ao concurso público. (Processo RO 1536006420065010006. Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relatora: Vólia Bomfim Cassar. Julgamento em 12/06/2012. Publicado em 29/06/2012.

CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. PROVADA A NECESSIDADE DE MÃO DE OBRA. MANUTENÇÃO DOS TERCEIRIZADOS. FRAUDE. Da farta documentação juntada aos autos, pode-se concluir que o recorrente violou à ordem de classificação, uma vez que, como demonstrado, permaneceu com inúmeros empregados terceirizados, embora tenha realizado mais de um Processo Seletivo para diversos cargos. Não se justifica a contratação de terceirizados em preterição aos candidatos aprovados em concurso público para o mesmo cargo, evidenciando verdadeiro expediente fraudulento. (Processo RO 868620115010049. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Sétima Turma, Rel: Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos. Julgamento 01/02/2012. Publicado em 20/02/2012.

Nesse diapasão, destaca-se o caso emblemático da Petrobrás que, segundo investigações do Ministério Público do Trabalho no ano de 2012, conta com 80,5 mil empregados próprios e 360,3 mil terceirizados.³⁰

É recorrente a prática por empresas estatais de terceirizar em detrimento de candidatos aprovados. A tática é notória e consiste na constante mudança da nomenclatura de cargos e atribuições para realizar novos concursos e não convocar os aprovados em seleção anteriores.

O combate a terceirização, a proteção aos direitos coletivos e difusos, a busca pelo princípio da moralidade na Administração Pública estão entre os

³⁰ Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano I nº 2, 2013 Disponível em <http://portal.mpt.gov.br/> Acesso em: 25 de abril de 2014.

desafios das instituições fiscalizadoras frente às novas formas de relação jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROJETO DE LEI Nº 4330/2012

Imprescindível a abordagem do Projeto de Lei nº 4330/2012 responsável por propor a regulamentação da terceirização nos serviços públicos e privados. A grande controvérsia surge em relação à possibilidade da terceirização em atividade-fim dos tomadores de serviços.

Os defensores de tal posição defendem que a terceirização já é uma realidade e precisa ser regulamentada. Acrescenta, ainda, que o fenômeno jurídico traz modernização, desenvolvimento das atividades empresariais através das parcerias firmadas, oportunidade de emprego e ampliação da geração de renda. Dados da Federação Nacional das Empresas de Serviço e Limpeza Ambiental (FEBRAC) demonstram que as treze mil empresas terceirizantes associadas à Federação geral 16 milhões de empregos, arrecadam R\$ 3,5 bilhões em impostos e investem R\$ 110 milhões em treinamento.³¹

Em contrapartida, pesquisas da Central Única dos Trabalhadores (CUT) demonstram que o terceirizado fica 2,6 anos a menos no emprego, tem jornada de três horas semanais a mais e ganha 27% menos do assalariado contratado diretamente pela empresa.³²

³¹ Disponível em <http://www.febrac.org.br/> Acesso em 25 de abril de 2014.

³² Disponível em <http://www.vermelho.org.br/> . Acesso em 25 de abril de 2014.

É inegável que há geração de renda e oportunidades de emprego com a terceirização, o que se discute é a qualidade, uma vez que é notória a precarização dessas relações de trabalho.

Imprescindível a análise de alguns artigos e emendas ao referido projeto:³³

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

O art. 2º § 1º do Projeto de Lei possibilita que a empresa prestadora de serviços subcontrate outra empresa para o cumprimento do contrato, o que configura a chamada “quarterização”. O dispositivo foi suprimido por emenda, sob a argumentação de que embora a referida prática não seja vedada, deve ser evitada disposição expressa nesse sentido, pois pode ocasionar um desvirtuamento da finalidade precípua da terceirização, dificultando a defesa política do projeto.

Além disso, o art. 16 excetua hipóteses em que não irá incidir a respectiva legislação:

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

O dispositivo citado também foi objeto de emenda para suprimir o inciso II, de modo que as empresas de vigilância e transporte de valores não devem ser excluídas da aplicabilidade da futura lei, pois a legislação específica sobre a matéria não é incompatível com o disposto no referido projeto, havendo necessidade de regulamentação específica para os efeitos de ordem trabalhista, decorrentes da terceirização da prestação de serviços.

³³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Acesso em: Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=267841&subst=0. Acesso em: 15 de maio de 2014.

Cite-se ainda o art. 7º do Projeto que dispõe de forma expressa sobre a responsabilidade subsidiária da empresa contratante:

Art. 7º É responsabilidade subsidiária da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho é realizado em suas dependências.

Por fim, o controverso dispositivo que permite a terceirização em atividade-fim, bem como em atividade-meio:

Art. 4º § 2º “O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades meio e atividades fim da contratante”.

Inquestionável é que o referido projeto - independentemente das disposições que contém - tem propiciado um debate pluralista atendendo-se aos princípios democráticos de um Estado de Direito e contribuindo para uma solução legislativa adequada e que compatibilize interesses empresariais com os dos trabalhadores.

6. CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho tem como fundamentos e objetivos equilibrar a relação jurídica de forma a restabelecer um equilíbrio e proteger a parte hipossuficiente: o trabalhador. O Estado necessita intervir para que sejam coibidos abusos e ilegalidades.

Ante todo o exposto, constata-se que a terceirização é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, mas ainda carece de uma legislação que a regule. Por enquanto, prevalece o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

A terceirização é uma realidade não só por fatores econômicos, mas também pelas novas tecnologias que possibilitam atividades-fim se tornarem em atividades-meio para as empresas.

Aliás, esse critério estabelecido para fundamentar a licitude ou ilicitude da terceirização detém uma carga subjetiva e depende de uma interpretação no caso concreto, o que desfavorece a segurança jurídica.

Há quem argumente a taxatividade da Súmula 331 e que vigora a regra de que, em princípio, é vedada a terceirização, salvo nos casos de trabalho temporário, de vigilância e de sociedade cooperativa, bem como nas execuções indiretas previstas no âmbito da Administração Pública.

Ocorre que, o que verificamos são leis infraconstitucionais autorizando a terceirização em atividade-fim, tais como nos serviços de telecomunicações, conforme autorização do dispositivo legal art. 94 da Lei 9.472/97.

Reforça, portanto, a ideia de que o critério utilizado hodiernamente, tão simples, não é suficiente para regulamentar uma prática que envolve diversas nuances e particularidades.

Em que pese todas as argumentações favoráveis em torno do fenômeno da terceirização – que realmente traz benefícios – os prejuízos são podem ser cogitados por serem incompatíveis com a nova ordem democrática fundada na dignidade da pessoa humana e na valorização social do trabalho.

A jurisprudência firmou entendimento de que a responsabilidade da tomadora de serviços é subsidiária, salvo nos casos de fraude. Entretanto, as empresas terceirizantes não possuem uma finalidade empresarial e são desprovidas de idoneidade o que acarreta uma dificuldade ao trabalhador em receber seus haveres trabalhistas.

Na prática, vislumbra-se um processo demorado, uma afronta ao escopo social da jurisdição, tendo em vista a não resolução da lide sociológica.

Todas as críticas a terceirização são comprovadas através das pesquisas, dados e índices que demonstram a situação precária em que se encontram trabalhadores terceirizados.

Pode-se concluir, portanto, que o avanço na terceirização representa um retrocesso para as garantias trabalhistas, conforme demonstram seus baixos salários, altos índices de acidentes de trabalho e a menor durabilidade de seus contratos de trabalho. E em relação aos salários, nada pode ser feito, pois segundo o Tribunal Superior do Trabalho não é possível sequer pleitear equiparação salarial tendo como paradigma trabalhador de empresa tomadora de serviços.

Em relação à terceirização no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, firmou-se entendimento de que esta responde de forma subsidiária desde que comprovada a sua culpa na fiscalização e cumprimento da legislação trabalhista. Ademais, há a impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego, tendo em vista a norma constitucional que exige o concurso público para contratação de servidores e empregados públicos.

A impossibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego também prestigia os princípios da isonomia e moralidade que devem sobrepor ao princípio da primazia da realidade do Direito do Trabalho.

Faz-se necessário que haja uma efetiva e constante fiscalização por parte dos órgãos do trabalho de modo a tutelar interesses difusos e coletivos e, indiretamente, direitos próprios de aprovados que são preteridos por mão de obra mais econômica.

A contratação de terceirizados não pode impedir àqueles que, com muito esforço, lograram êxito em aprovação de provas ou de provas e títulos, cabendo ao Poder Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público do Trabalho a fiscalização constante.

O projeto de lei em tramitação – centro de grande debate – apresenta uma proposta de liberalização e terceirização irrestrita estimulando a formação do subemprego.

Impossível definir as alterações que serão efetuadas no projeto, mas a proposta foi alvo de críticas por representar um retrocesso e anulação dos direitos trabalhistas, violando o princípio da vedação ao retrocesso.

Por outro aspecto, inegável que o referido projeto foi determinante para se rever o critério utilizado hodiernamente, para promover debates em busca de uma solução jurídica para a questão de modo a assegurar as melhores condições aos trabalhadores.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

AMORIM, Hélder Santos. *Terceirização no Serviço Público*. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTR, 2013.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos atuais da Terceirização Trabalhista. Disponível em www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/Rev_74. Acesso em: 15 de abril de 2014

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 495

CASTRO, Guilherme Couto de: *Direito Civil: Lições – 4ª Ed.* Niterói, RJ. Impetus, 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira. *A terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTR, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jun 2004. Acesso em 20/04/2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. "A Parassubordinação". Disponível em: www.evocati.com.br. Acesso em: 25 de abril de 2014.

_____. Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação. *In Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, 27, julho/setembro de 2001.

_____. Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano I nº 2, 2013 Disponível em <http://portal.mpt.gov.br/> Acesso em: 25 de abril de 2014.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. "O teletrabalho". *In Revista LTr*. São Paulo: LTr, 2000._____. Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação. *In Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SEGADAS VIANNA; LIMA TEIXEIRA. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.