

TERCEIRIZAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Partindo do princípio de que o Direito existe porque regras de conduta existem, entendemos que toda sociedade, independente da era histórica em que se situa, possui ou já possuiu, normas reguladoras dos conflitos que surgem como implicação de viver-se em sociedade. Estas regras, no decorrer dos anos, careceram de amoldamento para que então, pudessem vir a ser efetivamente aproveitadas na sociedade, que lhes originou e as transformou.

O firme caminho de ideais, basilar marco da motivação do homem na sociedade e de sua evolução, foi e é o responsável pelas transformações no mundo jurídico, e, dessas idéias, com o intuito de melhorar a vida em sociedade, é que surge a terceirização, representando um dos maiores avanços na esfera das relações trabalhistas, colaborando com a consolidação da flexibilidade e dinamicidade do direito para sua adaptação nas modificações sociais e na necessidade constante de desenvolvimento de uma nova sociedade mais justa.

No campo do direito, especialmente no direito laboral, a terceirização tem provocado constantes debates, uma vez que, por ser um processo econômico de importantes efeitos de ordem jurídica, pode vir a ser o caminho da resolução de dificuldades relacionadas à relação jurídica de trabalho.

Cumpre-nos analisar os fundamentos jurídicos atuais que disciplinam a terceirização, dentre os quais, e diríamos um dos principais, a Súmula 331 do TST, principal disposição orientadora das decisões judiciais sobre o tema.

Não obstante, é essencial que se adote o quanto antes, uma legislação exclusiva e específica, para priorizar e reforçar a regulamentação do processo da terceirização de forma permanente no Direito Laboral.

2. HISTÓRICO

2.1. Evolução das relações de trabalho

Ao analisarmos o Direito do Trabalho, compreendemos que, o homem, em distintos momentos históricos, se servia da força de trabalho das mais variantes formas, estabelecendo relações que, diante dos paradigmas de hoje, não havia que se falar ou considerar relações de emprego ou afim, contudo, é dessa análise que se ressalta o desenvolvimento das sociedades no que concerne à defesa de seus direitos.

Na Idade Antiga, o regime de escravidão foi predominante, dado que, os prisioneiros de guerra eram dominados pelos povos vencedores, não se distinguindo qualquer relação de emprego, diante do fato de ser o trabalho prestado sob forma de exploração de mão de obra humana e não havendo nenhum tipo de pagamento pelo serviço prestado.

Já na Idade Média, o surgimento do feudalismo, assinalou a centralização do poder dos senhores feudais, que se valiam do trabalho dos servos para a sustentação da família e como pagamento pelo serviço prestado, dava-se aos servos local para se abrigarem e, depois de serem satisfeitas as necessidades do senhor feudal e de sua família, alimentava-se também os servos com as sobras.

Em decorrência dos servos se revoltarem com as condições de vida a que eram submetidos, foram surgindo aos poucos as corporações de ofício e se iniciaram assim, os salários em troca de serviços prestados.

Nos primórdios da Idade Moderna, surgiu a monarquia e seu absolutismo no qual somente os reis tinham prerrogativas políticas dominando a sociedade, e, por conseguinte, a classe menos favorecida começou a escapar da dominação dos monarcas, se juntando a outros para formarem os burgos, estes, pequenos comércio dos burgueses, e de tal formação se originou o modo de produção capitalista.

Com o aparecimento do capitalismo, se procurava o maior lucro com tirando o máximo proveito da exploração da força de trabalho, esta mais explorada do que valorizada vez que, a remuneração era ínfima, a jornada de trabalho longuíssima e o lucro alcançado, investido nos meios de produção e jamais nos trabalhadores.

TERCEIRIZAÇÃO

Com o investimento aplicado nos meios de produção, passaram a existir as indústrias, o que consolidou o sistema capitalista, nascendo nesta ocasião, o Estado Constitucional Liberal, da qual tinha uma postura de não intervir, conseqüência que trouxe a predominância do ideal liberalista político-econômico, cujo embasamento era a propriedade privada.

O empresário estadunidense Henry Ford, utilizou-se de princípios de padronização e simplificação e começou a produzir através do aperfeiçoamento da linha de montagem, da mecanização e da elevada especialização do trabalho, da qual, tal modelo suugido deste tipo de produção, foi intitulado de fordismo, incorporou a hierarquização do sistema produtivo, de modo a intensificar os laços de subordinação do trabalhador ao empregador.

De outro lado, após a Segunda Guerra Mundial, no Japão surgiu um novo modo de organização da produção capitalista, caracterizado pela especialização flexível, onde se exigia do trabalhador uma multifuncionalidade, que podia atuar com certa autonomia e poder de iniciativa na forma de realização do trabalho, passando a empresa a ser organizada de forma horizontal, cujas atividades eram centralizadas na atividade-fim da empresa, reunindo à sua volta prestadoras de serviço que se ocupavam das atividades-meio.

Portanto, iniciou-se assim dois importantes modos de produção, o *fordista* que se fundava em um padrão verticalizado de produção, onde a maioria das atividades necessárias para se alcançar o produto final era realizada dentro da própria empresa, e o *toyotista*, que, ao contrário do outro modo, adotou o padrão horizontal de produção, onde as empresas não precisavam mais se preocupar com os detalhes de produção de suas matérias-primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois essa preocupação seria transferida aos seus fornecedores. Desse modo criaram-se redes de produtores e fornecedores, e nas indústrias, deu-se início a incumbência a terceiros da responsabilidade pela produção de um ou mais itens necessários ao seu funcionamento.

Através desse método de transformação, a terceirização representa uma evolução da realidade histórico-cultural e deve ser analisada e que deve ser explorada de modo abrangente de sua extensão e alcance perante as várias alterações sociais que suportaram as sociedades e sua oriunda representação nas relações de emprego.

2.2. Evolução Histórica no Brasil

Somente nas últimas três décadas que a terceirização, no Direito do Trabalho no Brasil, adquiriu clareza de estrutura e amplitude, uma vez que, ao ser elaborada a CLT na década de 1940, foi mencionada apenas a empreitada e sub-empreitada como únicas figuras de subcontratação.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “No Brasil a noção da terceirização foi trazida por multinacionais na década de cinquenta, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.”

Já Mauricio Godinho Delgado leciona que, “Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 50, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante”.

Foi no fim dos anos sessenta e primórdios dos anos setenta que a ordem jurídica brasileira começou a instituir normas ao instituto da terceirização, ou seja, os indícios da Lei sobre a terceirização surgiu com os decretos-leis 1.212 e 1.216 de 1966 que foram os primeiros a tratar da intermediação de mão-de-obra por empresa interposta, do qual permitia que os bancos se utilizassem de empresas particulares prestadoras de serviço de segurança.

A partir de 1970 incorporou-se um diploma normativo para tratar especificamente de terceirização, qual seja, a Lei 6.019 de 1974, lei esta que dispunha sobre o trabalho temporário, e, mais tarde em 1983, surgiu a Lei 7.102 autorizando a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente, pois a lei anterior, autorizava a terceirização somente em caráter temporário.

Para Sérgio Pinto Martins, “o objetivo da lei era regular o trabalho temporário e não fazer concorrência com o trabalho permanente, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante; o jovem em idade de prestação de serviço militar; as donas de casa, que não tinham tempo integral para se dedicarem ao trabalho, mas apenas a uma parte dele, em função de seus encargos domésticos; os aposentados, que não queriam ter emprego

TERCEIRIZAÇÃO

permanente, e até mesmo para aqueles que não se decidiram a qual profissão iriam se dedicar”.

Nos dias de hoje, o que existe é uma evidente percepção de que o processo de terceirização tem transformado o mercado de trabalho e a ordem jurídica do Brasil, porém, é ausente a clareza quanto à compreensão da dimensão e extensão destas transformações, principalmente no que tange aos instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sócio jurídico da terceirização às direções essenciais do direito do Trabalho.

3. CONCEITO

No entendimento de Octávio Bueno Magano, “terceirizar significa transferir a terceiros, atividades anteriormente a cargo da própria empresa. A terceirização, assim, concebida, possui duas vertentes: transferência a terceiros de toda e qualquer atividade ou apenas das chamadas atividades- meio”.

Ciro Pereira da Silva entende que a terceirização consiste na transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.

Rodrigo de Lacerda Carelli atenta para o fato de que o termo “terceirização” nasceu no Brasil, termo esse que demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a “terceiro” (no sentido de “outro”) da posição de empregador e conseqüentemente da responsabilidade pelos encargos decorrentes da relação empregatícia. Mundialmente, são utilizadas outras palavras para expressar o mesmo fenômeno, não tendo nenhum país se utilizado do termo “terceirização”.

Para Ives Gandra da Silva Martins Filho terceirização trata-se, na sua vertente positiva, de descentralização empresarial tendente à especialização de funções, com vistas ao incremento de eficiência produtiva. No entanto, a vertente negativa, quando visa a redução de custos através da liberação de encargos sociais, encontra-se óbice no ordenamento jurídico- trabalhista, protetivo do hipossuficiente.

TERCEIRIZAÇÃO

Pedro VIDAL NETO diz que a terceirização consiste na transferência, a outras organizações, de certos serviços ou atividades, que se põem como atividade-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim.

Assinala Luis Carlos Amarin ROBORTELLA que a palavra terceirização incorporou-se ao processo econômico indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.

Sérgio Pinto MARTINS leciona que a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

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

Desta feita, podemos concluir que a terceirização caracteriza-se por uma técnica moderna de gestão empresarial, abalizada em mudanças estruturais, que tem como escopo a centralização de empenhos para a atividade principal da empresa, relacionando qualidade, competitividade e produtividade, concentrando-se no seu produto estratégico, delegando as tarefas secundárias e auxiliares para que fiquem sob a responsabilidade de empresas especializadas.

4. A TERCEIRIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A terceirização, na medida em que desfaz a bilateralidade nas relações trabalhistas tornando-as uma relação trilateral, vem a ser um acontecimento profundamente ligado à flexibilização do trabalho.

Para Sérgio Pinto Martins, a flexibilização do Direito do Trabalho passar a existir por volta de 1973 com o escopo de adequar a legislação trabalhista à sociedade, e a conceitua como sendo “um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.

Já ao ver de Amauri Mascaro do Nascimento, flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador, concepção que romperia definitivamente com a relação de poder entre os sujeitos do vínculo de emprego, pendendo a balança para o economicamente forte.

Segundo a definição de Luiz Carlos Amorim Robortella, a flexibilização do Direito do Trabalho como o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.

Desse modo, resta claro que flexibilizar o Direito do Trabalho consiste em adequá-lo à realidade econômica e social, ou seja, a flexibilização surge com a finalidade de preservar a empresa e os empregos, contudo, não se pode olvidar que dentre as causas da flexibilização, trazemos em tela a crise econômica que assola o mundo atual, as modificações tecnológicas, o aumento do desemprego, dentre outras causas.

O direito do Trabalho é atingido pela crise econômica no que tange ao risco de sua eficácia, uma vez que, inexiste um respaldo econômico que garanta o acolhimento

TERCEIRIZAÇÃO

de sua autoridade, e surge então a necessidade de inovação nas formas de contratação e organização do tempo de trabalho removendo as limitações do direito laboral.

Diante da grande competitividade no mercado econômico, faz-se necessário constante inovação e flexibilizar as relações trabalhistas é um dos fatores que dão uma saída para tal competitividade.

Como reflexo da flexibilização do Direito do Trabalho, aparece a terceirização como medida que possibilita eliminar para a empresa contratante a dificuldade dos custos altos ligados diretamente ao trabalho, como admissão, demissão, treinamentos e etc., deixando a responsabilidade para a empresa contratante, ou seja, dividindo os custos econômicos e dando mais oportunidade de contratação de empregados, ajudando desse modo a combater a crise econômica, assinalada pelos desempregos no país.

5. CLASSIFICAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO

5.1. Terceirização externa e interna

Segundo a doutrina, o instituto da terceirização é classificado sob a ótica de diversos pontos de vista, onde se busca o melhor modo de dividi-los e segundo Sergio Pinto Martins e vários outros doutrinadores, a terceirização se classifica em externa que diz respeito aos repasses de fases produtivas realizadas fora da empresa, como por exemplo, o que ocorre na linha de produção das empresas automobilísticas e a interna, que consiste no repasse de atividades que são cumpridas no interior da própria empresa terceirizada.

Para Gabriela Neves Delgado, a forma de exteriorização do referido fenômeno preconiza a terceirização de serviços (terceirização para dentro da empresa tomadora), ou seja, a empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de terceiros, vale dizer, empregados contratados pela empresa terceirizante. A tomadora continua sendo responsável pela produção de bens e atividades, com a única ressalva de que utilizara mão-de-obra terceirizada. A segunda forma, terceirização de atividades (terceirização pra fora da empresa tomadora).

5.2. Terceirização lícita e ilícita

A terceirização, na qualidade de um instituto amplamente utilizado e coligado às relações trabalhistas da nossa sociedade, faz jus à distinção de lícita ou ilícita, uma vez que, em algumas situações, o uso desse mecanismo moderno é ilícito quando atua diante dos direitos trabalhistas.

As situações que determinam a terceirização lícita são as previstas na Súmula 331 do TST, ou seja, é a que observa os fundamentos legais atinentes aos direitos laborais, não havendo a pretensão de fraude e se distanciando da relação de emprego.

A súmula 331 do tribunal Superior do Trabalho é clara ao dispor sobre as suposições de terceirização lícita e constitui quatro grupos de situações sócio jurídicas delimitadas, quais sejam:

- a) Inciso I – Situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário, ou seja, situações que trata de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou, que trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.
- b) Inciso II – Situação que diz respeito à contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, que não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.
- c) Inciso III – Quanto à atividade de vigilância, dispõe que: Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983), (observa-se que, vigilante é um membro de categoria especial diferenciada e vigia é aquele que se submete a regras próprias da categoria definida pela atividade do empregador, portanto, tal inciso deixa claro que diz respeito aos vigilantes e não aos vigias, pois estes não estão configurados no que tange a atividades de vigilância), 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.
- d) Inciso IV – Trata-se aqui de situações passíveis de contratação terceirizada que diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-

TERCEIRIZAÇÃO

meio do tomador e dispõe que 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).

De acordo com o entendimento de Sergio Pinto Martins, a terceirização legal ou licita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego e para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não pode existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto aos seus empregados.

Quanto à terceirização ilegal ou ilícita, parte-se do pressuposto de que é aquela que se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízo aos trabalhadores.

Nesse sentido, vem se posicionando a jurisprudência, conforme destacamos abaixo:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. UNICIDADE CONTRATUAL. Demonstrado nos autos que a autora foi contratada por empresa terceirizada para prestar serviços vinculados à atividade-fim da tomadora de serviços, a fraude perpetrada é evidente. Deve, pois, ser mantida a decisão que reconheceu a unicidade contratual e declarou a solidariedade entre as empresas demandadas, a qual se encontra fundada na prática de ato tendente a impedir e fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas (art. 9º da CLT), com a formação do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, nos moldes do inciso I da Súmula 331 do TST. (TRT/MG, RO 02309/2006, rel. Wilméia Benevides, DJ 12/04/2007).

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES. ÁREA-FIM. ILICITUDE. O Juiz do Trabalho, afeto às mutações do direito laboral freneticamente empreendidas, não deve ficar à margem da evolução do desenvolvimento produtivo. O fato é que as transformações do mundo do trabalho acirram a competitividade, fazendo com que empresas se estabeleçam unidas de modo a restringir seus custos e aumentar sua eficiência produtiva para, enfim, sobreviverem. É dentro de tal contexto que se encaixa o fenômeno da terceirização, utilizado pelo empresariado como sendo sinônimo da modernidade. Contudo, a despeito das vantagens que o instituto oferece, a verdade é que a sua implção indiscriminada passa a configurar a forte tendência capitalista de procurar manter o trabalhador alijado da gestão empresarial, longe das fábricas e sem poder de persuasão. Foi do Poder Judiciário a iniciativa de apresentar alguma diretriz para a compreensão do tema, com a edição da Súmula n.º 331, I, ao estabelecer que "A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6019, de 3.1.74)". No caso de contratação de empregados públicos para labor na atividade-fim do órgão, via empresa interposta, não há como reconhecer o vínculo diretamente com o tomador, em face do artigo 37, II, da Constituição Federal, devendo, entretanto, referido órgão ser condenado a proceder a rescisão de todos os contratos irregularmente celebrados com as prestadoras de serviços, de modo a permitir o devido ajuste em sua conduta, com a adequação de seu quadro funcional por meio da realização de concurso público. (TRT-10, RO 960/2008, REL. Pedro Luis Vicentin Foltran, DJ 21/08/2009).

A base da relação de emprego enseja a existência de um contrato de trabalho em que estejam presentes os requisitos da pessoalidade, da continuidade, da onerosidade e da subordinação, e a interposição de um terceiro para contratar o trabalhador inserindo-o no âmbito do tomador de serviço, a princípio, constitui fraude, uma vez que o empregado será admitido para prestar serviços, cujo salário e direção não serão feitos por quem o contratou e sim pelo tomador, que terá a qualidade de seu empregador.

Ressalta-se que, se excluídas as hipóteses de terceirização lícitas enunciadas na súmula 331, não existe no Direito pátrio, ordem jurídica para legalizar e

TERCEIRIZAÇÃO

validar contratos das quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, pessoais e subordinados, e, oneroso a outrem, cujo tomador não responda juridicamente pela relação de emprego ora estabelecida.

Para um maior entendimento do tema, passamos a descrever algumas hipóteses de práticas ilícitas de terceirização, conforme elucidado por Gabriela Neves Delgado, que assim entende:

- Uma empresa cria outra que irá absorver o seu setor de manutenção, que irá lhe prestar serviços com exclusividade;
- Uma empresa contrata o serviço de outra, sem ampla e total autonomia da prestadora, que não direciona o trabalho, não assume os riscos da atividade e não auferem os lucros do empreendimento econômico;
- Uma empresa ajusta um serviço com uma prestadora, cujo objeto social não guarda harmonia com a prestação do serviço ou com a execução da obra;
- Uma empresa contrata um serviço de outra, e os empregados da prestadora ficam à inteira disposição da tomadora, que direciona o trabalho realizado, com amplo poder de mando e comando sobre aqueles, enfim, com ampla interferência no curso da execução da obra, de forma econômica e administrativa.

Porém, em qualquer dos casos referidos, há que se verificar a existência de pessoalidade e subordinação dos empregados perante a empresa tomadora dos serviços, de maneira que quanto maior a incidência de subordinação, menor é o grau de autonomia da empresa terceirizante e maior a probabilidade de desvio na terceirização trabalhista¹.

Concluimos o conceito de terceirização lícita e ilícita, com as palavras de Sergio Pinto Martins, ou seja: “A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízo aos trabalhadores”.

¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho* 2003, p. 148 e149.

6. EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

É de se destacar dois aspectos importantes da terceirização, quais sejam, em primeiro lugar, o confronto entre empregador aparente e empregado oculto proporcionado pela prática da terceirização e em segundo lugar, o desafio isonômico que a terceirização gera no panorama jurídico.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos, a Súmula 331 do TST dispõe que, se configurada a terceirização ilícita, o vínculo de trabalho com o empregador aparente, lêsse empresa terceirizante, estará desfeito e o obreiro formará vínculo diretamente com o tomador de serviços, e uma vez formado este vínculo incidirá sobre o contrato de trabalho, todas as normas relacionadas a este, tal efeito se dará exclusivamente se tratar-se de terceirização ilícita, e nos casos de terceirização lícita, ou seja, de acordo com a Súmula 331 do TST, o vínculo de trabalho com a empresa terceirizante continua como contratado em princípio.

Quanto à isonomia salarial, mesmo que lícita a terceirização, traz controvérsias no tocante ao tratamento dado ao trabalhador terceirizado perante aos trabalhadores admitidos pela tomadora de serviços, e tal confronto, terá resposta na Lei do Trabalho temporário que determina que, nas hipóteses de terceirização, desde que lícita, é garantido ao obreiro terceirizado, a mesma remuneração percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, ou seja, trata-se de salário equitativo.

7. RESPONSABILIDADE

7.1. Terceirização e Responsabilidade trabalhista

A Justiça do Trabalho vem se valendo do instituto da responsabilidade civil, para adequar juridicamente a terceirização ao Direito do Trabalho quanto à responsabilidade pelas verbas trabalhistas dos tomadores de serviços que, não preocupados em fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista, por parte da empresa contratada para fornecimento de mão de obra, muitas vezes torna-se inadimplente quanto a esses créditos, devidos ao trabalhador.

TERCEIRIZAÇÃO

Maurício Godinho Delgado pondera que: “O caminho percorrido pela jurisprudência nesse processo de adequação jurídica da terceirização ao Direito do Trabalho tem combinado duas trilhas principais: a trilha entre a isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados originais da empresa tomadora de serviços e a trilha da responsabilização do tomador de serviços pelos valores trabalhistas oriundos da prática terceirizante”.

Inicialmente, a Lei 6.019/74, tratou desse problema no que diz respeito somente à terceirização temporária, vez que, a responsabilidade do tomador de serviços, abrange tão somente contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e indenização por ruptura do contrato criada na lei, incidindo apenas no caso de falência da empresa contratada.

Contudo, a Jurisprudência compreendeu que, com a terceirização, a incidência da responsabilidade deveria ser ampliada, e sedimentou tal entendimento com a Súmula 331, inciso IV do TST, onde entende que, a responsabilidade civil do tomador de serviços, perante tal instituto é considerada objetiva, e, não havendo regulamentação legal com o propósito de coibir abusos e fraudes, ficou estabelecido que a responsabilidade é subsidiária dispondo que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, a responsabilidade subsidiária decorre da culpa da empresa tomadora de serviços em virtude de seu poder de eleger a sua empresa prestadora de serviços. O inadimplemento desta é causador da culpa *in eligendo*. Também cabe à tomadora o acompanhamento do cumprimento das obrigações contratuais entre a prestadora e seus empregados. Do descuido deste resulta a culpa *in vigilando*, (...) responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), para o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços). Se a tomadora é beneficiada da prestação de serviço do autor, deve responder subsidiariamente, conforme orientação do inciso IV do enunciado 331 do TST. Não é possível determinar o retorno do empregado ao *status quo ante*, porque não pode ser devolvida sua energia de trabalho. Assim, ele tem de receber de quem foi beneficiado da prestação de serviços.

TERCEIRIZAÇÃO

Este tem sido o entendimento dos Tribunais, conforme jurisprudência destacada abaixo:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS. Aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. A responsabilidade da tomadora de serviços decorre de sua culpa “in iligendo” e “in vigilando”, na contratação e manutenção do contrato de prestação de serviços, não se relacionando com o estabelecimento de vínculo de emprego com o reclamante. (TRT-2, RO 951/2006, rel. Ivete Ribeiro, DJ 19/06/2009).

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A responsabilidade subsidiária incide na hipótese de contratação de mão-de-obra em que a prestadora de serviços terceirizados inadimplir a obrigação trabalhista e a tomadora for favorecida com o trabalho intermediado. O vínculo de emprego não se forma com o tomador, mas este é chamado para responder, secundariamente, pela obrigação inadimplida. Interpretação da Súmula 331, IV do TST. (TRT-2, RO 1945/2008, rel. Rafael Ribeiro, DJ 06/10/2009).

Destaca-se, portanto que, o objetivo da inserção da responsabilidade subsidiária nas relações trabalhistas, advindas da terceirização, foi o de proporcionar segurança para o trabalhador juridicamente, no caso de o tomador de serviços, mesmo isento de obrigações trabalhistas durante o contrato de trabalho, ter o dever de adimplir tais obrigações se faltar com a devida fiscalização do cumprimento por parte da empresa prestadora dos serviços.

8. RESPONSABILIDADE DE ENTIDADES ESTATAIS

É de grande divergência e discussão o que se refere à responsabilidade pelos débitos trabalhistas que decorrem do contrato de trabalho, quando a administração pública terceiriza serviços e a prestadora desses serviços não possui idoneidade.

Maurício Godinho Delgado, afirma que existem três correntes interpretativas a respeito do tema, quais sejam:

Como primeira corrente, temos aquela que considera a terceirização ilícita,

TERCEIRIZAÇÃO

que, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer benefício para o trabalhador ilicitamente terceirizado.

Como segunda corrente, aquela que sustenta a validade do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador de serviços, que admite, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação sócio-econômica verificada.

E como terceira corrente, aquela que garante ao trabalhador terceirizado o direito a todas as verbas trabalhistas devidas durante o período laborado, igualmente às aquelas remuneradas ao empregado estatal que possua vínculo de emprego com a Administração Pública.

Se o tomador de serviços for órgão da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, ou ainda, empresas públicas e sociedades de economia mista, estará assumindo a responsabilidade subsidiária, nos mesmos moldes impostos aos particulares, sendo certo que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 não obstaculiza tal responsabilização. A leitura jurídica mais correta deste dispositivo legal é no sentido de que é vedado à Administração Pública assumir a responsabilidade principal direta ou mesmo de forma solidária com as empresas terceiras por ela contratadas, relativamente às obrigações trabalhistas. Não obsta, entretanto, a responsabilização subsidiária dos referidos órgãos.

Destacamos, ainda, as seguintes jurisprudências:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA PELOS DÉBITOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. DECISÃO MOLDADA À JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto às aquelas 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)-. Inteligência da Súmula 331, IV, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR 785190/2001.7, DJ 14/11/2008).

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO. TOMADORA DE SERVIÇO. TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE. Os fundamentos do v. acórdão evidenciam a contratação, mediante empresa interposta, para prestação em atividade fim da tomadora de serviços. Daí a ilicitude da contratação. O Regional, no que manteve a r. sentença, reputando nulo o contrato ajustado e reconhecendo o vínculo diretamente com a tomadora de serviços, decidiu em harmonia com a orientação traçada na Súmula 331, item I, do TST, vazada nos termos seguintes: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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).- Estando a v. decisão recorrida em sintonia com Súmula do TST, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no artigo 896, § 4º, da CLT.- Não conhecido. (TST, RR - 148800-93.2007, rel. Emmanoel Pereira, DJ 05/02/2010).

O parágrafo 1º do artigo 71 da lei n.º 8.666/93, dispõe sobre a isenção da administração pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade perante o empregado, quando o verdadeiro empregador, empresa prestadora de serviços, inadimplir com suas obrigações. Contudo, a jurisprudência não tem conferido apoio à tese de não responsabilização ao Estado e suas entidades em face dos resultados trabalhistas da terceirização contratada.

Há de se invocar a disposição do artigo 37, parágrafo 6º, da Magna Carta, no qual se prevê a responsabilidade objetiva do Estado em relação a terceiros prejudicados, resguardando-se às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, o direito à ação regressiva contra o responsável pelos danos.

Tal artigo comentado, sendo uma norma constitucional, sobrepõe-se ao disposto na lei 8.666/93 e, no caso de conflito entre as normas, é de se aplicar o estabelecido na Constituição Federal, além de que, nesses casos, a responsabilidade pode ser presumida pela culpa *in vigilando*, uma vez que cabe ao ente público fiscalizar a execução do pacto por parte da empresa contratada.

Impende destacar sobre o tema, a seguinte jurisprudência:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. DESVIRTUAMENTO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. FRAUDE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. A terceirização, por si só, não representa uma prática ilegal, pois decorre da competitividade no mercado de trabalho. No entanto, o desvirtuamento da formação da relação empregatícia, utilizando-se do artifício de contratar mão de obra por empresa interposta, voltada para atividade fim da tomadora, mediante contrato de prestação de serviços, desonerando-se de encargos sociais, afigura-se como prática ilegal. E, ainda que, por força do disposto no inciso II do art. 37 da Constituição da República, não exista possibilidade da formação do vínculo diretamente com a tomadora, ante a ausência da realização de concurso público, nada impede que, em respeito ao princípio da isonomia, sejam concedidas todas as vantagens asseguradas à categoria dos empregados desta. (TRT-3, RO 00412/2009, rel. Marcelo Lamego pertence, DJ 04/05/2010).

EMENTA: TOMADORA DE SERVIÇOS. PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE. Realidade da relação jurídica da descentralização de serviços públicos atrai a coobrigação subsidiária, não apenas na direção da prestação de serviços, mas também no risco da atividade econômica desenvolvida e no pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas. Ressalta-se que a Lei 8.666/93, em seu artigo 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, ao revés, apenas alija o poder Público da responsabilidade direta. A exegese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana (art. 1º, incisos, III e IV, da Constituição Federal) e com o caráter intuitivo do Direito do Trabalho. Logo, a Nossa Caixa Nosso Banco, como tomadora de serviços decorrente da descentralização, responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços (concessionária, permissionária ou terceirizada) decorrente da sua culpa in vigilando e in eligendo, máxime tendo em conta os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana (art. 1º, incisos III e IV, CF). aplicável, in casu, o Enunciado 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. (TRT-2, RO 2630/2005, rel. Ivani Contini Bramante, DJ 07/04/2009).

Ora, mesmo se entendendo que não cabe a incidência da responsabilidade objetiva do Estado, há de se entender que a incidência da responsabilidade subjetiva da entidade estatal não pode ser negada, e, tanto em uma quanto em outra, como responsabilidade inerente a qualquer pessoa jurídica, as entidades estatais respondem pelos valores resultantes dos direitos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados.

9. CONCLUSÃO

Destacamos que, a terceirização é um processo econômico que traz importantes efeitos jurídicos que provocam intensos debates no campo do direito, particularmente no direito do trabalho, devido à problemática relacionada com a relação jurídica de trabalho.

Contudo, inexistente uma legislação específica que regule o instituto da terceirização, uma vez que, a legislação regula somente os serviços de vigilância e o trabalho temporário, e, como referencial para as demandas que surgem na Justiça do Trabalho, temos apenas a Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, enumerando algumas circunstâncias em que a terceirização é admitida, que são elas o trabalho temporário, as atividades de vigilância e atividades de conservação e limpeza.

Ao dispor sobre a terceirização lícita de atividades meio, quais sejam, atividades enquadradas como acessórias à atividade principal da empresa, abre um leque de possibilidades, porém, se constatada violação das disposições do enunciado, configura-se a terceirização ilícita, e o vínculo de emprego será diretamente com a tomadora de serviços. Caso contrário, será verificada a fraude. Entretanto, caso sejam violadas essas disposições ou constatada a terceirização de atividades-fim, configurar-se-á a terceirização ilícita, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a tomadora de serviços.

Convém observarmos que, se a terceirização advier como instrumento para reduzir custos ou modificar postos de trabalho, mostrando-se como evidente fraude na relação de emprego, no sentido de exploração e aproveitamento do trabalho desempenhado pela força trabalhadora dos empregados, o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a empresa cliente é uma decisão acertada.

Não podemos deixar de lembrar que o direito, e, em especial o Direito do Trabalho, abraça as ocorrências da sociedade, primando por uma sociedade mais justa, portanto, devemos estar atentos para que, o instituto da terceirização seja inserido na Justiça do Trabalho, com o intuito de trazer benefícios às relações trabalhistas, logo, não para fraudar as relações de empregos, deixando que a crise do desemprego, assole nosso país.

10. BIBLIOGRAFIA

- CASTRO, Rubens Ferreira de. A terceirização no direito do trabalho. São Paulo, Malheiros Editora, 2000.
- DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo, Ltr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo, Ltr, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo, Atlas, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Terceirização legal e ilegal. São Paulo, Suplemento Trabalhista Ltr, n. 125, 1993.
- VIDAL NETO, Pedro. Aspectos jurídicos da terceirização. São Paulo, Revista de direito do trabalho, n. 80, 1992.