

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO

O PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Mateus Giovanaz Edinger

Porto Alegre, dezembro de 2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS

O PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Administração.

Orientadora: Prof^a. Vera Sueli Storck

Porto Alegre

2012

O PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Administração.

Aprovado pela Banca Examinadora em _____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora:

Prof^a. Vera Sueli Storck

RESUMO

Este trabalho visa perquirir acerca de um procedimento que vem sendo largamente utilizado na gestão empresarial. Surgiu como uma técnica inovadora que objetiva reduzir custos, aumentar a competitividade e melhorar a qualidade, em face da especialização na execução da atividade. Entretanto, apesar das vantagens alcançadas, a observação da realidade brasileira mostra que a terceirização acarreta a precarização dos serviços prestados, assim como das condições de trabalho dos empregados terceirizados. Um dos fatores que mais contribuem para essa realidade é a ausência de regulamentação da matéria. Assim, serão analisadas as características das relações de trabalho vigentes e o conceito de flexibilização, cerne do procedimento de terceirização. Após, analisa-se a legislação e a jurisprudência que regem o tema, bem como seus efeitos fáticos, jurídicos e sociais. Finalmente, monta-se o panorama acerca do tema, que traz implicações de relevo às relações de trabalho.

Palavras-chave: Terceirização. Regulamentação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DEFINIÇÃO DO PROBLEMA.....	6
2. OBJETIVOS.....	7
2.1 OBJETIVO GERAL.....	7
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
3. REVISÃO TEÓRICA.....	8
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	8
3.2 CONCEITOS E HISTÓRICO.....	10
3.3 VANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO.....	14
3.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO.....	16
3.5 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	18
3.6 COMO A TERCEIRIZAÇÃO AFETA AS CONDIÇÕES DE TRABALHO.....	22
3.7 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	25
3.8 O ENTENDIMENTO JUDICIAL A RESPEITO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	27
3.8.1 RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL NAS RELAÇÕES DE TERCEIRIZAÇÃO.....	35
3.8.2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	38
3.9 TENDÊNCIAS PARA A TERCEIRIZAÇÃO.....	42
4. DESENVOLVIMENTO.....	48
4.1 ANÁLISE DE UM PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO EM ÓRGÃO PÚBLICO.....	48
4.2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E O EDITAL.....	50
4.3 A PRECARIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS	53
5. MÉTODO.....	59
6. CONCLUSÃO.....	60
7. BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

A terceirização surgiu como uma inovação no campo da gestão empresarial, objetivando reduzir custos, aumentar a competitividade e melhorar a qualidade. Decorre de uma percepção da necessidade de flexibilizar as relações de trabalho para atender às necessidades atuais de desempenho empresarial, que possibilite às organizações estarem preparadas para acompanhar as mudanças que ocorrem no ambiente. O meio empresarial considera a legislação atual como complexa, rígida e antiquada.

Sob a ótica jurídica, é necessária a observância de alguns requisitos para caracterizar a legalidade de uma relação de terceirização, eis que o instituto tem sido usado rotineiramente como instrumento de fraude à legislação trabalhista. Veremos que, no Brasil, há carência de legislação específica sobre o tema, gerando insegurança jurídica às partes envolvidas, expondo a necessidade de que nossos legisladores acompanhem os novos arranjos empresariais. Abordaremos ainda, no decorrer do trabalho, o que o regramento jurídico prevê em relação à responsabilização pelo cumprimento do contrato. Nesse aspecto, ainda podemos constatar o tratamento diferenciado dispensado à Administração Pública relativamente a essa responsabilidade.

Entretanto, apesar das vantagens alcançadas na aplicação da terceirização, a observação da realidade brasileira mostra que muitas vezes é um processo que acarreta a precarização dos serviços prestados, assim como das condições de trabalho dos empregados terceirizados. Podemos destacar, ainda, como reflexo dessa situação, o aumento de demandas trabalhistas e de afastamentos por doença ocupacional. Essa foi, de fato, a realidade observada durante o estudo, realizado no âmbito da Administração Pública Direta, em órgão do poder judiciário estadual localizado na região central de Porto Alegre.

1

DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

A terceirização surgiu como uma inovação no campo da gestão empresarial, objetivando reduzir custos, aumentar a competitividade e melhorar a qualidade. Entretanto, apesar das vantagens alcançadas, a observação da realidade brasileira mostra que a terceirização acarreta a precarização dos serviços prestados, assim como das condições de trabalho dos empregados terceirizados, o que pode ser confirmado por meio da análise de um caso de terceirização em um órgão público do estado. Assim, propomos que o processo de terceirização ocorra com ênfase na proteção ao trabalhador e na melhora das condições de trabalho de modo geral, ao contrário do observado no caso em estudo.

2

OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Apresentar os aspectos abrangidos pela terceirização de serviços, suas vantagens, desvantagens e consequências, especialmente no caso brasileiro, bem como propôr a observância da proteção ao trabalhador em processos de terceirização, em face das inconformidades apuradas.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Apresentar e caracterizar a terceirização.
- b) Elencar as vantagens obtidas na aplicação da terceirização.
- c) Descrever como a terceirização afeta as condições e relações de trabalho.

- d) Apresentar o arcabouço legal que rege a terceirização.
- e) Verificar como a justiça tem interpretado as normas.
- f) Analisar as tendências para a regulamentação da terceirização no futuro.
- g) Apresentar e analisar um processo de terceirização realizado no âmbito da Administração Pública

3

REVISÃO TEÓRICA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A opção pelo tema da terceirização para a realização desse trabalho se deu em face da experiência profissional perante a justiça trabalhista, onde cerca de 40% das ações recebidas são decorrentes de ilícitos praticados em relações terceirizadas. Assim, resta clara a necessidade de abordar o tema não somente pelo viés administrativo, como também buscar no direito as ferramentas para melhor compreensão do processo.

A terceirização é um fenômeno que vem adquirindo, nas últimas décadas, cada vez mais relevância como área de estudo, devido ao aumento da sua utilização, tanto no setor público quanto no privado, e às suas implicações nos âmbitos jurídico, econômico e social.

Na parte econômica, a ênfase desse fenômeno está na preocupação dos empresários em diminuir os custos variáveis de mão-de-obra e, conseqüentemente, o valor final do produto disponibilizado ao mercado, a fim de assegurar a competitividade das suas empresas.

Considerando a falta de legislação específica sobre o tema, com frequência relações de terceirização acabam por ser resolvidas na justiça, seja o empregado procurando o adimplemento de obrigações trabalhistas descumpridas, seja a contratante ressarcindo-se com a contratada de despesas tidas com processos

trabalhistas. Em outras palavras, veremos que frequentemente há o desvirtuamento do instituto, seja por má-fé ou por incapacidade de gestão adequada.

Ainda hoje, em que pese a relevância desse tema, há um lapso muito grande no que tange às normas legais para a regulamentação da terceirização. Justamente por isso é que o instrumento definidor de seus pressupostos permence sendo a Súmula 331 do TST, editada em 1993.

Diante desse panorama, um dos tópicos de estudo é examinar, à falta de definição legal, os elementos definidores da relação de trabalho terceirizada, bem como diferenciar, a partir da análise da Súmula 331, a terceirização lícita da ilícita, discorrendo acerca da responsabilidade do tomador pelo pagamento das verbas inadimplidas pela contratada em ambas as hipóteses, tanto no que se refere ao setor público quanto ao privado.

Para tanto, faremos uma análise inicial dos elementos caracterizadores da relação de emprego comum, pois a partir deles podem ser entendidos os componentes da relação terceirizada e as suas implicações quando ocorre o desvirtuamento do instituto. Depois, abordaremos a subcontratação de mão-de-obra e a flexibilização das condições de trabalho, tendo em vista que o ato de terceirizar originou-se dessas noções e está a elas intrinsecamente ligado. Por fim, será delineada a evolução normativa e, finalmente, jurisprudencial a respeito do tema, a fim de compreendê-lo como um todo.

Serão analisadas, ainda, as hipóteses lícitas e as ilícitas de terceirização, a partir do entendimento da Súmula 331 do TST. Em seguida, definiremos alguns dos elementos presentes em qualquer terceirização lícita, similarmente ao anteriormente feito à relação de emprego.

Após, será discutida a responsabilidade do ente tomador de serviços, tanto pertencente ao setor público quanto ao privado, pelas verbas trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa prestadora. Apresentaremos o panorama acerca da responsabilidade civil e do alargamento da definição de culpa, até se chegar aos conceitos dos quais se vale o julgador para atribuir ao tomador de serviços a responsabilidade subsidiária, constante da Súmula 331, IV, do TST, quais sejam: teoria do risco, culpa in vigilando e in eligendo.

Depois, discutiremos as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da responsabilização do tomador, que podem ser a responsabilidade total e direta, a

responsabilidade solidária entre ele e prestador, a responsabilidade subsidiária ou a inexistência de responsabilidade.

Também veremos, no tópico referente à responsabilização da tomadora enquanto entidade da Administração Pública, o tratamento diferenciado a ela proporcionado pelo ordenamento jurídico vigente. Nesse tocante, veremos que a partir da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 se entendeu por Constitucional o art. 71, §1º, da Lei de Licitações, que dispõe acerca da não transferência ao ente público dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, e a consequente alteração da Súmula 331 do TST, que ampliou ainda mais a diferenciação entre entes públicos e privados em matéria de responsabilização da tomadora.

Por fim, elencaremos as propostas legislativas que pretendem abarcar no ordenamento jurídico a terceirização e as atividades e processos a ela relacionados. Temos como concreto que é um processo em franca expansão e que pode acarretar mudanças ainda mais profundas nas relações de trabalho no futuro. O processo de outsourcing empresarial não está maduro e ainda não contempla na totalidade as demandas geradas pelo uso de novas tecnologias nas relações de trabalho.

3.2 CONCEITOS E HISTÓRICO

A terceirização caracteriza-se como sendo o processo pelo qual uma empresa deixa de realizar uma ou mais atividades executadas por trabalhadores diretamente contratados, transferindo a realização dessas atividades para outra empresa mediante contratos comerciais. Nesses contratos, a empresa que terceiriza é chamada contratante e a empresa que executa a atividade terceirizada figura como contratada. (GIOSA, 1997). Repise-se que a terceirização deve ser da atividade, não da empresa ou de seus empregados.

Podemos observar a terceirização de duas formas, uma onde a empresa deixa de produzir bens ou serviços que utiliza e passa a comprá-los de outra

empresa, com a supressão ou diminuição de setores que anteriormente funcionavam no interior da empresa. Outra forma de terceirização é a contratação de empresas para executar no ambiente da contratante tarefas anteriormente realizadas por empregados diretamente contratados, por exemplo, em serviços de limpeza, vigilância, alimentação.

Indo além, também é válido verificar se a estratégia da terceirização se ajusta a todas as áreas da organização e verificar se tal medida está associada, de fato, a técnicas de administração modernas, voltadas a propiciar ganhos tanto para a empresa como para as pessoas, ou é apenas mais um modismo, utilizado como meio para cortar custos a curto prazo, o que, no entanto, não parece corresponder à realidade observada.

Atualmente, encontramos muitos manuais que relatam a implantação da estratégia de terceirização em diversas áreas e setores, mas, em relação aos resultados e conseqüências desta nova forma de gestão, a literatura ainda é restrita, considerando-se ser um fenômeno relativamente recente.

Com a globalização e integração observadas nas décadas passadas, o avanço das telecomunicações, intercâmbio de negócios, informatização e ao surgimento de novas parcerias econômicas, houve alteração significativa nas formas de gerenciamento das empresas. Para atingimento da eficiência e eficácia das organizações, a competição global demanda uma rede complexa de organizações com tecnologias criadas em nível local e partilhadas mundialmente, acompanhadas pelo rápido movimento de produtos, pessoas, informações e ideias em nível mundial para atender a necessidades locais (Ulrich, 1998).

Essas transformações aumentaram o nível de competição mundial para as indústrias e prestadoras de serviço, impondo-lhes novos padrões de qualidade e produtividade. Foram implantadas novas formas de organização do trabalho, além das mudanças tecnológicas, para garantir uma empresa flexível, mais ágil e enxuta, que possibilitou a redução de custo e à diferenciação frente aos concorrentes (Salerno, 1993). Nesse contexto, as empresas iniciaram um processo de reestruturação produtiva, em que a flexibilidade é uma estratégia que ocupa espaço destacado e controverso no que se refere às questões ligadas à competitividade.

A terceirização é uma das estratégias criadas para que as empresas alcancem a almejada flexibilidade tanto no que diz respeito a contratos, como também sob a ótica de redução do quadro funcional próprio. O procedimento de contratação

de serviços perante terceiros já existe há muito tempo, porém o termo terceirização e a intensidade com que passou a ser empregado, ocorreram em décadas do passado recente.

Dois conceitos são muito utilizados para caracterização da terceirização, que são os de atividade-fim e atividade-meio. O primeiro é aquele específico quanto à razão de ser da empresa, seu objeto social. As atividades-meio são aquelas consideradas como de apoio à atividade principal da empresa, como por exemplo a limpeza de uma fábrica ou de um escritório.

Para Amauri Mascaro Nascimento, ao delegar a outra empresa especializada suas atividades de apoio, a empresa contratante pode focar seus esforços na produção de seus bens ou sua prestação de serviços, onde concentra suas qualidades e de onde obtém seus lucros.

Outro procedimento adotado pelas empresas é a quarteirização, quando a empresa contratada contrata outra empresa para realizar as atividades para as quais havia sido contratada.

Podemos identificar o uso da estratégia de terceirização nos Estados Unidos desde a década de 40, durante a Segunda Guerra Mundial. Durante aquele período, as indústrias bélicas necessitavam concentrar-se na produção de armamentos e, devido escassez de mão-de-obra, delegavam algumas atividades a empresas prestadoras de serviço (Ferreira, 1994). Posteriormente, com o desenvolvimento industrial acelerado a partir da década de 50, consolidou-se como técnica de administração empresarial (Leiria, 1996). Hoje a terceirização é considerada uma técnica moderna de administração que se baseia num processo de gestão estratégica, dimensionada para alcançar objetivos determinados e reconhecidos pela organização.

Rezende (1997) refere que a terceirização tem sido encarada como a solução de quase todas as questões estratégicas das empresas, chegando a ser tratada como um novo dogma que, em determinadas circunstâncias, não consegue mais dar respostas satisfatórias à prática empresarial. Giosa (1997) chega a considerar esta estratégia como um novo paradigma da empresa moderna com excelência.

Tomando como base essa abordagem, a terceirização significa que as atividades-meio passam a ser administradas por outras empresas, permitindo que a empresa torne-se mais enxuta e ágil pela flexibilidade adquirida com a participação de terceiros. Além disso, ao concentrar-se em suas atividades-fim, a terceirização possibilita maior especialização e, conseqüentemente, maior competitividade. Assim,

podemos dizer que a terceirização busca, basicamente, que cada entidade execute processos e gere resultados para os quais esteja melhor preparada ou que sejam objeto-fim de suas atividades. Com cada organização realizando o que melhor sabe concretizar é de se esperar que a integração operacional, custos desembolsados, qualidade de processo e resultados alcancem níveis ótimos (Gil, 2000).

Outro aspecto a ser ressaltado, foi a rápida e intensa inserção da terceirização na atividade econômica em tempos recentes, sob o argumento de ser essencial à competitividade do capital na nova economia globalizada, o que acabou por provocar uma aceitação tácita por parte dos agentes envolvidos e da sociedade como um todo.

No fordismo, a produção contínua e estável permitia a absorção regular dos trabalhadores. O advento do toyotismo, por outro lado, trouxe a produção instável, flexível, regulada pela demanda do mercado, com a qual o contrato tradicional de trabalho já não era mais compatível. A estruturação horizontal toyotista, que sucedeu a verticalização fordista, trouxe a noção de empresa mínima, com a separação de serviços que não correspondiam à atividade-fim, um dos conceitos mais polêmicos quando o assunto é terceirização, os quais passaram a ser delegados a outras empresas.

A aplicação da terceirização decorreu da introdução de um novo método de produção, tendente a reduzir custos e aumentar a competitividade, inserindo-se, portanto, no ciclo de desenvolvimento e concorrência típico do capitalismo.

Embora a relação empregatícia tenha sido, nos últimos duzentos anos, a forma predominante de prestação de trabalho, esta pode concretizar-se de diversas formas.

Por exemplo, pode nascer de uma obrigação de fazer, sem subordinação ou pessoalidade, caracterizando-se o trabalho autônomo, ou de uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas esporádica, caracterizando-se o trabalho eventual.

Declina Larissa da Silva Scarabelim que os requisitos para existência de vínculo empregatício, conforme a legislação atual, podem ser assim entendidos:

- a) **Pessoalidade:** Neste sentido, o empregado deve prestar serviços pessoalmente ao seu empregador e sob a subordinação dele. O trabalho deve ser prestado por pessoa física, diretamente sem auxiliares ou empregados.
- b) **Subordinação:** Característica singular da relação de emprego. De um lado o empregador aplicando sobre o empregado uma dependência econômica, disciplinar, técnica e hierárquica; de outro, o empregado na sua função operacional de cumprir ordens, o empregado fica “preso” ao empregador por questões de recursos e de técnicas laborais. Diferencia-se do trabalhador autônomo, que é quem exerce uma atividade econômica sob os riscos dela e sendo o proprietário dos instrumentos de trabalho.
- c) **Habitualidade:** A continuidade é necessária para a caracterização da relação de emprego, ressaltando-se, portanto, os trabalhadores eventuais ou afins.
- d) **Onerosidade:** A onerosidade visa à remuneração ou à compensação ao empregado que, não se submetendo ao risco, espera do empregador a renda certa e pré-estabelecida.

3.3 VANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização apresenta as vantagens de geração de novas empresas e empregos, como também aumenta a arrecadação pública (impostos na área de serviços), bem como algumas desvantagens, como detrimento de direitos do trabalhador.

A terceirização ocorre em todas as sociedades capitalistas, com aspectos identificados em todos os países nos quais é adotada, embora apresente algumas particularidades nos diferentes países onde é adotada.

Pelo lado das empresas, as principais justificativas quanto à opção pela terceirização são: poder concentrar esforços no que é definido como sua vantagem competitiva, transferindo o conjunto de atividades que não correspondem ao seu

negócio principal, tanto de apoio como até mesmo algumas de produção, para outras empresas; redução de custos ou conversão de custos fixos em custos variáveis; simplificação dos processos produtivos e administrativos, com supressão de setores de apoio; a empresa contratante torna-se mais enxuta e mais ágil para responder às demandas do ambiente; a facilidade de cancelar contratos de terceirização opõe-se à dificuldade em se desfazer de ativos em momentos de crise.

Também podemos constatar que ocorre a divisão quanto aos riscos da produção, o que serve de incentivo ao empresário.

No processo, o contratante paga apenas o valor contratado pela quantidade de bens ou serviços solicitada e efetivamente recebida. Assim, o custo fixo da atividade de produção antes da sua terceirização, que por ser fixo não dependia do volume de negócios, é convertido para custo variável.

A adoção desse processo de terceirização da produção e da prestação de serviços no Brasil, e em quase todos os demais países capitalistas, foi ampliado na década de 70. Essas mudanças procuraram diminuir custos de produção e aumentar o padrão de qualidade. Entretanto, a opção de redução de custos por meio do enxugamento dos quadros funcionais das empresas e da precarização das relações de trabalho distorce o objetivo social da atividade econômica.

A importância da ferramenta na administração estratégica é ressaltada por Brasil (2009), que afirma que o novo modelo de administração é aquele em que todas as áreas da empresa procuram a eficácia da organização como um todo. Sob esse panorama, diz que a terceirização como uma ferramenta-chave da administração moderna, para desenvolver o potencial humano e atender à necessidade das organizações de tornarem-se mais enxutas.

Assim, a tendência para essa abordagem será executar ações que permitam a consecução de técnicas inovadoras que visem ao real desenvolvimento da organização. Sob essa visão, o autor refere que a terceirização pode ser encarada como uma das técnicas administrativas modernas, que reformula o tecido interno das organizações, tornando-as mais ágeis e competitivas. Assim, o objetivo principal da terceirização seria o de propiciar que as empresas concentrem suas energias em suas atividades principais, reduzindo os custos e, por outro lado, possibilitando a abertura de novas empresas que venham suprir a s atividade de apoio dentro das organizações.

Essa definição sustenta-se por um enfoque estratégico, que abrange uma visão ampla de todo o processo, seu desenvolvimento e recursos envolvidos. Entretanto, não se verifica que o estabelecimento de parcerias e a especialização dos serviços prestados estão presentes em todos os casos, gerando melhores resultados e propiciando desenvolvimento e crescimento das organizações e dos que nela trabalham. Muitas vezes, os resultados decorrem da piora nas condições de trabalho e supressão de direitos trabalhistas.

3.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O conceito de flexibilização das relações trabalhistas surgiu num ambiente de reação à rigidez das normas trabalhistas, asquais, diante das mudanças socioeconômicas, dissociaram-se da realidade,

Assim, tornam-s insuficientes à regulação das questões trabalhistas e implicam a atenuação ao princípio da proteção à relação de emprego.

Em razão dessas mudanças, expandiram-se várias formas típicas de trabalho que não a relação empregatícia comum. Assim, como a terceirização, todas visam a diminuição dos custos decorrentes dos encargos sociais das empresas e aumentar a produtividade. (MARTINS, 2000).

José Martins Catharino define a flexibilização, em amplo sentido, como a “maneira de adaptação de normas jurídicas para atender alterações verificadas na economia”. Em sentido estrito, a conceitua como o modo de adaptação das “normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital”. Para o doutrinador, porém, flexibilizar não significa desregular, pois existem diversos graus de flexibilização e a desregulamentação só ocorre quando a flexibilização atinge o seu grau máximo, causando uma ruptura com a norma existente.

Entretanto, embora a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho tenha regulado, ainda que de forma precária, a terceirização, ela também trouxe muitas polêmicas. Ao expandir as possibilidades de uso da prática, antes restrita aos serviços de limpeza e segurança, para as atividades-meio do tomador, ela acabou por cancelar uma série de abusos envolvendo a terceirização. A falta de precisão do termo “atividade-meio” possibilitou às empresas enxugar cada vez mais a sua estrutura, usando, para tanto, o argumento de as atividades sendo delegadas não faziam parte de seu objeto, de seu fim.

À esse quadro divergente somamos a fragmentação dos trabalhadores e o conseqüente enfraquecimento sindical. Dentro de uma mesma fábrica passaram a atuar diversos sindicatos, cada um representando uma categoria distinta.

Assim, verifica-se a necessidade de uma regulamentação acerca do tema, que impusesse limites, de maior ou menor amplitude, e definisse conceitos, a fim de evitar a precarização dos direitos trabalhistas.

Atualmente, exemplos comuns de flexibilização são: o trabalho em tempo parcial, o estágio, o trabalho temporário, o contrato de trabalho por prazo determinado, o contrato de safra, o trabalho avulso, a flexibilização da jornada de trabalho, que ocorre quando o funcionário estabelece seu horário, obedecendo ao número mínimo de horas a serem trabalhadas em um determinado espaço de tempo, entre outros.

Sobre o tema, diz Sérgio Pinto Martins: 'os sindicatos, porém, não simpatizam com idéia de flexibilização e a terceirização, pois há perda de postos de trabalho, inibição do sindicalismo, com a desagregação dos filiados da categoria, o que pode afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão da categoria e a representatividade do sindicato. O sindicato tem perda de receitas, tanto em relação à mensalidade dos associados, que deixam de sê-lo, como à menor cobrança de contribuição confederativa, sindical e assistencial'.

Ainda assim, o conceito de flexibilização parece se impôr como necessário à sobrevivência no ambiente atual, sendo válido tanto para os empresários como para os empregados, de forma a possibilitar o atendimento a um maior número de demandas em suas atividades.

3.5 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Passando o enfoque do estudo para a realidade brasileira, sabe-se que a estratégia da terceirização chegou ao País com a indústria automobilística, visto que até os anos 80 tinha pouca aplicação em níveis estratégicos e estava mais relacionado à subcontratação de empresas prestadoras de serviços em áreas como limpeza, segurança, refeitório. Com a abertura do mercado brasileiro, nos anos 90, a estratégia da terceirização intensificou-se, como forma de responder ao mercado internacional (Ferreira, 1994). Para Leiria (1996), hoje em dia, qualquer empreendimento industrial ou comercial apresenta ramificações, ou tem parte de seus serviços ou produtos realizado por terceiros.

John Hendry (1997) salienta que a organização em rede pode se tornar vulnerável a longo prazo e sacrificar a transmissão de sua cultura. Para cada ganho a curto prazo, pode haver uma potencial perda de capacidade no futuro, além de afetar a transmissão da cultura corporativa, resultando numa ameaça à habilidade da empresa em aprender e nutrir suas competências essenciais. Afirma ele que o que se perde com a terceirização não é passível de mensuração e talvez imperceptível a curto prazo. No momento em que a empresa muda seu relacionamento com os prestadores de serviço funcionais e passa a ser contratante em vez de empregadora, ou mesmo se passa a delegar certas funções como não centrais, está isolando tais funções da cultura corporativa, pois a transmissão da cultura corporativa depende das pessoas, suas vivências e experiências como integrantes de um grupo, sendo repassada de geração em geração.

A terceirização envolve também aspectos internos à organização que precisam ser muito bem adequados para que se alcance os objetivos almejados pelas empresas. Afirma Biernstor (1999) que um destes aspectos é a resistência interna, que pode ser marcada pela sonegação de informações e pelos boatos que levam a

um estado de ansiedade que pode atrapalhar o estabelecimento da parceria. O medo do desemprego é outro fator que interfere na implantação da estratégia, bem como a perda de benefícios que as empresas garantem aos trabalhadores efetivos.

Sustenta Faria (1994) que, na sociedade brasileira, há duas modalidades de terceirização. A primeira, que pressupõe a parceria, está associada a tecnologias gerenciais da qualidade, pensa no longo prazo e objetiva a satisfação do cliente, e a segunda forma objetiva os lucros a curto prazo, redução de custos e de mão-de-obra, mostra-se “bem mais ao gosto do atraso empresarial brasileiro”. Sendo assim, passa a ser mais um modismo que as empresas adotaram, como tantas outras estratégias, na busca de flexibilização, modernização e competitividade. Esses casos correspondem à visão dos sindicatos, que consideram a terceirização como sinônimo de desemprego, competição entre os pares, tendo em vista que gera uma elite entre os trabalhadores (aqueles que têm vínculo com a empresa), relegando os terceirizados ao segundo plano, precarizando as condições de trabalho (Batista, 1994). Cabe às organizações buscarem um equilíbrio dinâmico que lhe permita atingir os objetivos do momento e responder ao longo do tempo às novas situações e circunstâncias.

Por outro lado, observamos que há um discurso atual pautado na importância crucial das pessoas, com uma gestão de RH estimulando as pessoas para aproveitarem ao máximo suas habilidades, criando um ambiente de máxima produtividade e, assim, se transformando na principal maneira de responder às demandas no novo mundo globalizado do trabalho, atuando como um setor estratégico do contexto empresarial. Pimenta (1999), no entanto, entende que o cenário atual privilegia a organização e suas transformações, sem se preocupar com as relações do homem com o mundo do trabalho.

Entretanto, observa-se que as empresas brasileiras apresentam tendências modernizantes nas políticas de RH, quanto à qualificação e estabilidade do quadro funcional, bem como desenvolvem estratégias para o comprometimento dos empregados com os objetivos organizacionais. Tais aspectos são observados em empresas que implementaram novas tecnologias e novos sistemas de gestão da produção (Fleury e Fischer, 1992).

Albuquerque (1999) procura identificar parâmetros básicos de um paradigma geral de políticas de RH que guardem coerência com os novos modelos de gestão da produção e da organização do trabalho, contribuindo para tornar as empresas

mais competitivas. Pensando-se primeiramente na organização, crescer deve fazer parte do padrão mental da empresa e de todos os seus integrantes (Tichy, 2000).

Atualmente o crescimento para as empresas passa a ser primordial, visto o contexto globalizado e extremamente mutável em que as empresas estão inseridas. Assumindo os novos paradigmas, as empresas devem ser consideradas como um conjunto de habilidades que são constantemente elaboradas e desenvolvidas para serem aplicadas de acordo com as necessidades decorrentes das oportunidades do mercado (Chiavenato, 2000). Pode-se falar em uma busca constante de crescimento e desenvolvimento como a condição essencial para que elas sobrevivam. Kuppel (1999) aposta que as empresas que conseguirem crescer dominarão a gestão equilibrada de três horizontes de crescimento: ampliar e defender o negócio principal, criar negócios emergentes e ter opções viáveis. Para alcançarem o crescimento esperado, as organizações vencedoras devem optar por uma seqüência de passos que gerem novas capacidade e abram outras oportunidades. Por último, é necessário o estabelecimento de estruturas, processos e incentivos para fomentar o desenvolvimento, construindo uma organização orientada para o crescimento. É neste ponto onde é possível verificar se a estratégia da terceirização serve como ferramenta para fomentar o crescimento do negócio.

As empresas que crescem estão inseridas em um ambiente empresarial com pequenas unidades de negócio, ágeis e flexíveis, responsabilizando-se por seu próprio desempenho e geralmente com resultados superiores aos da grande organização. Há uma tentativa de estabelecer equilíbrio entre a dinâmica dos pequenos grupos e a sinergia com o restante da organização.

Para Leiria (1996), tudo o que é feito no meio empresarial sempre inclui uma parcela de risco, por isso é necessária uma base sólida para a tomada de decisão. Com a terceirização, como em todos os aspectos, a empresa precisa identificar todos os riscos, quantificá-los e administrá-los, podendo, assim, prevenir-se de futuros riscos econômicos e jurídicos. Tudo isto envolve algumas precauções antes de implantar a estratégia. Conforme os autores, a empresa precisará fazer um levantamento de quais atividades podem ser passadas para as prestadoras de serviço; preparar o ambiente interno para tais mudanças, através de reuniões, palestras e seminários. Um outro cuidado fundamental é ter certeza da idoneidade da empresa a ser contratada, para tanto é necessário um criterioso trabalho de retrospecto da terceira.

Ryngelblum (1999) afirma que se trata de uma relação desigual entre os fornecedores e as empresas contratantes, visto que o poder detido pela contratante sempre será superior ao dos fornecedores. Assim, seria impossível falar de uma relação em que os ganhos são equilibrados. A própria relação de parceria significa uma conveniência e não uma verdadeira troca.

Mais um ponto que não pode deixar de ser observado é quanto ao tipo de relação de trabalho entre as profissionais terceirizadas, sem nenhuma garantia de vínculo, nem segurança, ou possibilidades de participar dos incentivos proporcionados aos efetivos. Assim afirma Pimenta (1999), que diz que os processos de terceirização convertem-se em trabalho precário e sem segurança.

Apesar de a terceirização ser considerada uma técnica moderna de administração, associada a um modelo de gestão estratégica e voltada para alcançar resultados, há receio no que diz respeito ao que apontam Rezende (1997) e Giosa (1997), quando ocorre a supervalorização da estratégia, que passa a ser encarada como a solução para quase todas as questões estratégicas das empresas, chegando a ser tratada como um novo dogma a ser seguido, ou mesmo um paradigma de empresas modernas que devem seguir tal caminho.

Entretanto, pode-se observar que em alguns casos a terceirização assemelha-se em muito aos contratos de subcontratação de serviços, os quais são praticados sem levar em conta o estabelecimento de parceria, tampouco sugerem que seja uma ação estratégica da empresa. Sendo assim, não há de fato como gerar crescimento e desenvolvimento, nem à empresa tampouco aos funcionários.

Ainda que conte com características genéricas nos diferentes países onde é adotada, cada um deles abordará o processo de forma própria, por conta de fatores conjunturais, culturais, políticos, etc. Da mesma forma o impacto para o mercado de trabalho ocorre de forma diversa.

No âmbito nacional, importante registrar as mudanças ocorridas a partir do final dos anos 80, com um novo marco constitucional e a intensificação da globalização, com conseqüente liberalização comercial, bem como o advento das multinacionais. Houve então a adoção de estratégias competitivas por meio de inovações tecnológicas e de gestão.

Como em toda a parte, no Brasil, a terceirização tem como característica genérica o foco da produção em busca do aumento da produtividade e da qualidade como fatores diferenciais para a competitividade. Entretanto, aqui a redução dos

custos de produção por meio de sua transformação em custos variáveis é tão expressiva que em boa parcela das terceirizações seu objetivo principal não é alcançado.

Alguns dos setores que mais sofrem terceirização são manutenção de instalações e equipamentos, armazenamento e controle de insumos, seleção e treinamento de pessoal, entretanto não limitando-se a essas atividades.

Do estudo e compreensão das características do processo no Brasil e da influência que exerce sobre as condições de trabalho no país, vemos que interesses distintos se movem para obtenção de vantagens e direitos.

3.6 COMO A TERCEIRIZAÇÃO AFETA AS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A reestruturação do modo de produção trouxe em seu bojo um conjunto de transformações que afetaram profundamente as relações e o mercado de trabalho. Um dos aspectos mais importantes desse processo de reestruturação é a precarização do trabalho em decorrência da adoção de processos de terceirização, por meio da ampliação da jornada de trabalho, desregulamentação do uso da força de trabalho e flexibilização dos contratos.

Tendo como objetivo inicial enxugar os custos para garantir sua sobrevivência, o processo de terceirização não apresentou retrocesso mesmo em fases de bonança, sendo ainda elemento fundamental da mudança do processo produtivo e do mercado de trabalho brasileiros. A sua abrangência tem se expandido constantemente.

Entretanto, a polarização da mão-de-obra entre uma parcela pequena de trabalhadores qualificados e a maior parte de ocupados semiqualficada, presente em toda a parte, vem acompanhada, no país, da alta rotatividade no emprego, do autoritarismo nas relações de trabalho e da ausência de organização por local de trabalho e de contratação coletiva (POCHMANN, 2007).

Assim, podemos apontar alguns dos impactos verificados diante da adoção da terceirização: redução de salários e benefícios, aumento de acidentes, exclusão de direitos, baixa qualidade dos serviços prestados, exclusão do PLR da contratante, baixa qualificação, redução de incentivo, redução de pessoal.

Uma das bases para esse estudo foi o trabalho de pesquisa desenvolvido pela Dra. Magda Biavaschi, magistrada do trabalho atualmente aposentada, intitulado “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”. , onde debruçou-se sobre o tema para trazer luz à discussão pelos envolvidos.

Dentre as inúmeras questões envolvendo a terceirização, pode-se dizer que uma das mais impactantes é a referente à isonomia salarial e de condições de trabalho entre os trabalhadores terceirizados e os empregados diretos da tomadora, pois a disparidade de tratamento entre os trabalhadores das diferentes categorias é uma questão que toca a todos. Refere o ex-ministro do TST, Vantuil Abdala, no estudo conduzido pela Dra. Magda Biavaschi, que é essencial que uma futura legislação acerca da terceirização garanta ao trabalhador terceirizado os mesmos direitos atribuídos aos empregados da tomadora, “principalmente direitos salariais, plano de saúde, onde tomar a refeição, questões de treinamento para a segurança” , em especial quando exercem funções equivalentes, não sendo adequado que recaia sobre os juízes fazer esta equiparação, o que reflete a preocupação com o fato dos direitos dos empregados terceirizados estarem à margem dos demais trabalhadores empregados da empresa contratante de serviços terceirizados.

Para fins de garantia dos direitos dos empregados, já existe determinação do Ministério do Trabalho e Emprego no sentido de que “a contratante monitora, mediante exigência de nota fiscal de serviços e, antes de seu pagamento, da cópia dos contracheques de cada trabalhador locado, assim como da guia de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço individualizada para cada contrato específico. Os protocolos de entrega de vales-transporte, uniforme e Equipamento de Proteção Individual - EPI também são importantes. (...) Caso os tomadores de serviços sejam coniventes com a sonegação de impostos, fraudes sociais e/ou trabalhistas, serão denunciados como co-responsáveis nos respectivos processos previdenciários ou trabalhistas movidos contra essas empresas. Essa co-responsabilidade pode assumir a forma jurídica de responsabilidade solidária ou subsidiária” (MTE 2001).

Ao ser confrontado com a multiplicação dessas ocorrências, o Ministério do Trabalho e Emprego constata: “com a onda da terceirização, criou-se um mito de

que, ao terceirizar, a contratante se livraria de todas as questões relativas às atividades terceirizadas e às pessoas ligadas a elas. Além disso, em todos os lugares, a pressão por redução de custos vem sendo acompanhada por demissões e por uma elevação da carga de trabalho, fato que, às vezes, impede que os responsáveis pela terceirização tenham o devido conhecimento e tempo para analisar todos os pontos necessários. (...) E a redução de custos? Como obtê-la se há todo um custo nas tomadas de preço e no monitoramento das empresas terceiras?” (MTE 2001).

Resta evidenciado que, especialmente no Brasil, a redução de custos se deu com a precarização das relações de trabalho e, de acordo com o setor de atuação, resultou em aumento dos acidentes fatais. A competitividade fica comprometida em face do prazo de duração dos contratos, registrando ainda que a escolha da prestadora quase sempre é definida pelo menor preço.

Outro dos temas mais relevantes envolvendo a prática da terceirização é a fragmentação que esta impõe à representatividade e à coesão da classe dos trabalhadores. Em sua entrevista à Dra. Magda Biavaschi, a juíza do trabalho Dra. Denise de Barros aponta um dado interessante: um dos fatores determinantes ao surgimento da terceirização foi justamente a força que os sindicatos detinham à época. Vivia-se o auge da representação, do poder negocial sindical, e isso muitas vezes colocava o capital em situações nas quais era obrigado a ceder, o que gerava negociações muito positivas para a classe trabalhadora. Porém, da mesma forma que a força sindical fez surgir essa “estratégia de defesa” empresarial, a própria terceirização imprimiu conseqüências significativas sobre a realidade dos sindicatos, recaindo neste ponto um dos grandes malefícios da prática.

Aponta Denise de Barros que, com a implantação da terceirização, os sindicatos começaram a enfraquecer, abrindo espaço para que se retirassem do trabalhador as garantias conquistadas por sua categoria.

A Justiça do Trabalho adotou inicialmente uma posição conservadora, emitindo decisões no sentido de ser possível a terceirização, notadamente no caso de atividades não essenciais. Assim, as empresas foram incorporando de forma crescente a prática.

O sindicalista Francisco Pinto Filho, em sua entrevista à Dra. Magda Biavaschi, confirma a desigualdade remuneratória e de condições de trabalho (planos de assistência médica, benefícios sociais, participação nos lucros e

resultados) que assola os terceirizados, afirmando, também, que estes trabalhadores têm consciência da sua condição de desvantagem frente aos empregados diretos da tomadora.

Uma saída, vislumbrada pelo ex-ministro Vantuil Abdala ao analisar a questão, parece ser a criação de um sindicato a assistir os trabalhadores prestadores de serviços. Um sindicato nesses moldes necessitaria, certamente, de uma estrutura com subseções por localidade ou por atividade, no intuito de representar trabalhadores responsáveis pelas mais diversas atividades, desde que enquadrados como prestadores de serviços.

3.7 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além da adoção massiva pela iniciativa privada, a reestruturação promovida no gerenciamento organizacional ultrapassou as linhas de produção e o ambiente empresarial e foi aplicada também pelo Estado. Por requisito legal, é indispensável a realização de procedimento licitatório para a contratação de empresas prestadoras de serviço pela administração pública. Por isso, quando se fala em menor preço, entende-se redução de custos dentro do processo de fornecimento de mão-de-obra e de material de limpeza e equipamentos. Sabe-se que reduzir gastos costuma incidir sobre os salários e, muitas vezes, sobre a qualidade do material ou equipamento fornecido. Nesse contexto, considera-se que a perda quantitativa de valorização salarial pode ser um indício de precarização sobre os trabalhadores.

Indo além, cabe ressaltar a importância do Estado enquanto agente participativo nas questões que envolvem o trabalho. A flexibilização e a precarização das relações e condições de trabalho não podem ser vistas apenas como resultado da ação das “forças do mercado”, já que o Estado age não apenas como definidor de regras protetoras e dos direitos do trabalho, mas também como exemplo de

empregador (BORGES, 2004). Isso se agrava quando a distância dos ganhos e de privilégios de quem está na ponta de cima da pirâmide salarial é muito superior a quem está na base. Como a média salarial dos servidores também é superior aos salários dos terceirizados, isso leva a pensar sobre a pressão que o trabalhador terceirizado tem que administrar durante o expediente de seu trabalho, quando dividem o mesmo espaço nos postos de trabalho.

Em relação ao trabalhador e a percepção da sua existência como peça chave do processo produtivo, Hirigoyen (2005) explica que muitas pessoas têm consciência de que não possuem o “estilo” ou o estado de espírito das pessoas ao seu redor, de que, “para além da maneira de se trabalhar, existe uma maneira de ser, de se vestir, de falar, de reagir, postura que definirá o indivíduo perante um grupo como ‘aceitável’. Inclui, freqüentemente, a noção de educação ou classe social.

Para confirmação da tese, ao realizarmos a análise de um edital de licitação para contratação de serviços de limpeza em um órgão público, podemos inferir que relação da contratada para com o Estado é mais importante que a da contratada para com seus trabalhadores. Nesse sentido, observamos que as infrações que demonstram faltas da terceirizada para com o Estado, como a ausência de comprovação das obrigações sociais e trabalhista, como FGTS e INSS, ou tributos, recebem maiores graus de punição que as faltas contra os trabalhadores, como atraso de auxílio-transporte, auxílio-alimentação. Os itens que tratam de faltas relacionadas ao salário e ao descanso dos trabalhadores tem graus de punição são 1 e 2. O último trata da remoção do lixo; com grau de punição 3. Em outras palavras, coletar o lixo adquire maior importância que as questões relativas à reprodução e manutenção da força de trabalho.

Assim, fica ressaltada a importância das relações de trabalho no tema, com as quais não deve haver descuido, especialmente no que tange à Administração Pública, que é norteadora das ações dos cidadãos.

3.8 O ENTENDIMENTO JUDICIAL A RESPEITO DA TERCEIRIZAÇÃO

Esta parte do trabalho propõe a análise dos efeitos da terceirização no âmbito jurídico. Ainda que sob o campo administrativo a terceirização seja louvada no seu intuito de redução de custos, aumento da competitividade e da qualidade, sob a ótica jurídica existem muitas controvérsias a respeito do tema.

A partir do panorama apresentado, partindo para a questão do direito, constata-se a forte discussão existente acerca das definições de atividades-meio e atividades-fim da empresa. Outro ponto relevante ocorre em relação às simulações e tentativas de fraudes à CLT, com o propósito de enriquecimento ilícito e dissimulação do vínculo empregatício. Por fim, outro eixo de discussão jurídica do tema ocorre em relação à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Apesar desses problemas apontados, Sérgio Pinto MARTINS reforça que quando praticada dentro de todos os parâmetros legais pertinentes à matéria, a terceirização é uma alternativa moderna de produção.

Como afirmam Luiz Alberto de VARGAS e Almir Goulart da SILVEIRA, para a caracterização da terceirização, é importante que sejam observadas as seguintes condições:

I) relação entre empresas idôneas, com capacidade econômica incontestável, de modo que deve ser imprescindível que a empresa contratada assuma os riscos do negócio e tenha condições econômicas de honrar seus compromissos com os trabalhadores;

II) restrinja-se a serviços especializados, como os de vigilância, asseio e conservação, refeições, assistência técnica, etc., não se justificando a utilização de mão-de-obra não especializada, por já ser um indício a respeito da ilicitude da terceirização.

III) que os serviços terceirizados sejam sempre ligados a atividade-meio da empresa e não a atividade-fim.

IV) que a prestação do serviço seja dirigida pela empresa locadora, que os trabalhadores sejam subordinados aos empregados desta e não aos prepostos da empresa locatária.

Assim, tem-se que uma empresa contratada deve ser especialista em um serviço, sob o risco de ser enquadrada como empresa locadora de mão-de-obra, bem como deve somente se vincular com um tomador de serviços em suas atividades-meio.

A partir das décadas de 60 e 70 é feita, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, menção legal ao fenômeno da terceirização (embora na época não recebesse essa denominação), no Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e na Lei 5.645/70. Destaca-se, no entanto, que as disposições deles constantes apenas vinculavam administração pública direta e indireta, estimulando a descentralização administrativa, mediante contratação de trabalhadores assalariados por empresas interpostas para realizar serviços de apoio, instrumentais, de execução. No âmbito privado, as leis 6.019/74 e 7.102/83 foram as primeiras a tratar do tema, ao permitir e regular, respectivamente, o trabalho temporário e a terceirização (permanente) do trabalho de vigilância bancária. Não obstante, a terceirização passou a ser incorporada costumeiramente em diversas outras atividades além daquelas autorizadas pelo legislador até o momento. Como exemplo, o trabalho de conservação e limpeza.

Diante da crescente utilização da terceirização no âmbito das relações de trabalho, nos anos 80 e 90, e das divergentes orientações jurisprudenciais sobre o tema, lançou o TST duas súmulas de uniformização de jurisprudência: a nº 256, em 1986, e a 331, em 1993, que revisou a anterior.

Analisando os primeiros passos da descentralização produtiva no Brasil, temos o DL 200/67, que dispõe, em seu art. 10, que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. O §7º do mesmo artigo completa esse preceito, ao referir que 'para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução'.

Como podemos observar, a referida norma estimula a terceirização no âmbito da atividade estatal, ao autorizar a descentralização de tarefas meramente executivas à iniciativa privada, mediante contrato.

Para o âmbito privado, a regulação inicial acerca do fenômeno terceirização deu-se com o advento da Lei 6.019/74, que trata do trabalho temporário. (DELGADO, 2009).

Com a implantação da Lei 7.102/83, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro hipótese de terceirização de atividade privada em caráter permanente. Seus efeitos, no entanto, foram bastante limitados, na medida em que, no começo, autorizava apenas a terceirização de profissionais da categoria dos vigilantes no que se refere ao segmento bancário da economia.

A Lei 8.863/94 modificou a redação de vários dos artigos daquela lei, ampliando seu âmbito de regulação e o conceito de vigilante.

Considerando a inexistência de legislação específica sobre a terceirização e da intensa atividade interpretativa da jurisprudência, o TST editou, em 1986, a Súmula 256, que buscou limitar a contratação de trabalhadores por empresa interposta, nos seguintes termos:

'Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços'.

Procedeu-se, assim, à revisão do referido Enunciado por intermédio da edição da Súmula 331 do TST, com a seguinte redação:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

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

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

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

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

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

As possibilidades de terceirização lícita, relacionadas na Súmula 331 do TST, constituem-se em quatro (DELGADO, 2009):

- 1) trabalho temporário;
- 2) atividades de vigilância;
- 3) atividades de conservação e limpeza;
- 4) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

A grande dificuldade da jurisprudência reside em definir, concretamente, quais atividades podem ser consideradas atividades-meio e quais podem ser consideradas atividades-fim, tendo em vista a crescente diversificação de processos produtivos e de divisão do trabalho. (NASCIMENTO, 2006)

Depreendemos, ainda analisando a Súmula 331 do TST que a terceirização será ilícita em duas hipóteses:

1) quando houver contratação de serviços compreendidos nas atividades-fim da tomadora, excetuando-se o novo entendimento do TST no sentido de permitir, conforme o caso concreto, a delegação de atividade-fim se executada fora do estabelecimento daquela;

2) quando, em qualquer das hipóteses em que a terceirização pode ser realizada de forma lícita, com exceção do trabalho temporário, existir pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado à empresa tomadora de serviços (Súmula 331, TST)

Em outras situações, não serão encontradas as características da relação de trabalho terceirizada.

Ressaltamos que, no que se refere ao trabalho temporário, a lei autoriza a integração total do obreiro na dinâmica empresarial da tomadora de serviços, mas por período limitado. É, assim, a única situação de terceirização em que é permitida a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador perante a empresa tomadora de serviços. (DELGADO, 2009)

A terceirização se realiza na esfera jurídica em razão de um vínculo contratual entre empresas terceirizante e terceirizada. De regra, o vínculo a ser formado entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços é trabalhista, enquanto o firmado entre esta e a tomadora é civil.

Na terceirização lícita, nenhum vínculo jurídico será formado entre trabalhador e empresa tomadora, havendo entre eles apenas uma relação de fato. (SANTOS, 2006)

A empresa terceirizada deve especializar-se nos serviços que serão prestados à empresa tomadora, os quais devem compreender as atividades-meio desta última.

Para que se configure a relação terceirizada de trabalho, não pode haver subordinação do trabalhador à empresa tomadora de serviços, sob pena de reconhecimento do vínculo empregatício entre essas duas partes. A direção do trabalho deve, assim, ficar a cargo da empresa prestadora de serviços, a qual exerce a contratação e o assalariamento do trabalhador. (SANTOS, 2006)

Assim, depreende-se desse item que a utilização da terceirização como forma de fraudar as normas tutelares ocorre nas seguintes hipóteses: (SÚSSEKIND, 2005)

I) quando o tomador de serviços secciona e terceiriza atividades essenciais da empresa (atividade-fim) como se de apoio (atividade-meio) fossem¹³⁶, excetuando-se determinados casos em que essa atividade-fim é realizada fora do estabelecimento da tomadora, como na hipótese antes vista de correspondentes bancários;

II) independentemente da atividade realizada, quando há configuração dos elementos definidores da relação de emprego entre tomador e trabalhador terceirizado.

Nestes casos, incidirá o art. 9º da CLT, sendo nulo o contrato mantido pelo prestador com o trabalhador e reconhecido o vínculo empregatício entre este e o tomador, à luz dos arts. 2º e 3º da CLT¹³⁷. Esse reconhecimento do vínculo direto entre tomadora e trabalhador não isenta de responsabilidade a empresa prestadora de serviços que concorreu com a fraude.

Por força do art. 942 do Código Civil¹³⁸, responderá essa solidariamente pelas verbas contratuais devidas ao trabalhador.

O reconhecimento dessa responsabilidade solidária entre tomadora e prestadora de serviços faculta ao trabalhador direcionar a execução da sentença condenatória em face de uma ou outra empresa, de acordo com sua escolha, ou ainda cobrar uma parte de cada. Esse tipo de responsabilização facilita a satisfação do crédito. (SANTOS, 2006)

Para melhor entendimento da abordagem judicial a respeito do tema, considerando a relevância para o deslinde dessa questão, utilizaremos as entrevistas realizadas pela Dra. Magda Biavaschi, no projeto de pesquisa que serviu de base à obra “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”.

A pesquisa levada a cabo pela Dra. Magda Biavaschi e sua equipe focou em um aspecto pouco estudado envolvendo a terceirização, a saber, o papel da Justiça do Trabalho no enfrentamento do tema, em um contexto de flexibilização das normas de proteção do trabalhador.

Para este estudo, foram examinados processos judiciais que tramitaram no TRT da 4ª Região (Rio Grande do Sul) e foram utilizados, ainda, da pesquisa de jurisprudência nas páginas da internet de alguns Tribunais Regionais e do TST.

Magda Biavaschi e a equipe técnica que a assistiu reuniram diversas entrevistas envolvendo sujeitos que lidaram diretamente, em suas respectivas carreiras, com a questão da terceirização.

Quanto aos personagens entrevistados pela pesquisadora, buscou a pesquisadora prestigiar as mais diversas perspectivas e visões, sendo convidados a colaborar Ministros, Juízes, Advogados, Membros do Ministério Público do Trabalho (MPT) e sindicalistas.

A maior parte dos entrevistados posicionou-se pela regulamentação da terceirização, não no sentido de impedi-la, mas de regular a sua prática, permitida desde que respeitados os limites impostos pela lei.

Para os entrevistados Juiz Firmino Alves Lima e Procurador Eduardo Antunes Parmeggiani, a criação de uma legislação acerca do tema é particularmente importante se considerarmos a tradição ibérica do nosso direito, muito voltado para a norma escrita, à qual é atribuída grande força como fonte primária, marcadamente mais condicionante do que as súmulas. Entendem, portanto, que a existência de uma definição legal do que é ou não permitido seria um elemento pacificador, tendo em vista que, quando o assunto é terceirização, atuamos tão-somente com base na jurisprudência.

No mesmo sentido, para o juiz aposentado Ciro Castilhos Machado, a mudança de concepção em relação à terceirização deve começar pelas leis, pelo Poder Legislativo, e não ser ditada pelo desenrolar dos fatos sociais e econômicos, de modo a gerar complacência sem a necessária reflexão.

Em sua entrevista, o ex-ministro do TST Vantuil Abdala afirma torcer pelo advento de uma regulamentação que aperfeiçoe a prática da terceirização, mencionando de forma breve alguns dos temas que deverão ser tratados, como a isonomia de condições entre terceirizados e “efetivos” e o conseqüente uso da terceirização tão-somente como um instrumento de aperfeiçoamento do produto, e não de redução de custos.

Um dos focos principais da legislação seria, então, o controle a ser exercido pela empresa tomadora sobre a terceirizada, quanto à correta quitação dos deveres trabalhistas por parte desta. Não há dúvida, ademais, de que a eficiência dessa

fiscalização estaria intimamente relacionada à responsabilização da tomadora, outro tópico de extrema relevância mencionado pelo entrevistado.

Assim como o ex-ministro Vantuil Abdala, o sindicalista Iduigues Ferreira Martins considera essencial a criação de uma regulamentação acerca da terceirização e aborda, de forma breve, alguns dos temas a serem adotados como pilares essenciais de uma futura regulamentação, como a definição de atividade-fim e atividade-meio, a isonomia de direitos entre os trabalhadores, sua representação sindical e a responsabilização solidária da tomadora.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim ganhou relevância com a edição da Súmula 331, que restringe a terceirização às atividades-meio da empresa tomadora. Em verdade, ao invés de uma restrição, a Súmula ocasionou uma perceptível ampliação do uso da terceirização, por dois fatores: a) permitiu a prática não só para a execução dos serviços de limpeza e vigilância, como o fazia regramento anterior, mas também para serviços atinentes à atividade-meio da tomadora; b) a imprecisão do termo “atividade-meio” possibilitou às empresas ampliarem a prática da terceirização, com a justificativa de que as atividades delegadas não constituíam seu objeto, mas eram secundárias. Hoje, uma das grandes lutas dos trabalhadores e sindicalistas é impedir a terceirização em atividades-fim da empresa, situação cada vez mais freqüente e muitas vezes chancelada pela imprecisão dos conceitos.

Quanto à essa polêmica distinção, encontramos, dentre os entrevistados, os mais diversos posicionamentos. Iniciamos com o entendimento do Juiz Firmino Alves Lima, no sentido de que o conceito de atividade-fim e de atividade-meio está ultrapassado, não havendo mais utilidade para a adoção dessa distinção. O magistrado é acompanhado em seu posicionamento pelo ex-ministro Antônio Ribeiro, o qual desvia o foco da discussão acerca da diferença entre atividade-fim e atividade-meio, diminuindo o seu valor, diante do contexto atual, da “era dos serviços”. Segundo o entrevistado, a evolução que vivemos não permite uma conceituação fechada dessas atividades, tampouco dela prescindindo.

Questionado pela entrevistadora Magda Biavaschi acerca da razão pela qual decidiu-se por não adotar a responsabilidade solidária quando da edição da Súmula 331, o ex-ministro Vantuil Abdala justificou que, na responsabilidade solidária, ambos

devedores são responsáveis por toda a dívida, de modo que qualquer deles pode figurar isoladamente em uma ação. Além disso, na hipótese da responsabilidade subsidiária, diferentemente do que ocorre na solidária, sempre resta à tomadora a possibilidade de ressarcir-se junto à terceirizada.

O ex-ministro encerra sua contribuição afirmando que a Súmula 331 foi um grande estímulo à formalização dos trabalhadores terceirizados, contribuindo para a estruturação do mercado de trabalho, bem como das “relações entre empregados e empregadores, em ordem a humanizar e democratizar tais relações.” Entretanto, podemos destacar aspectos positivos da Súmula 331, especialmente por representar um meio-termo quando o assunto é terceirização, pois o empresário bem intencionado, de boa fé, poderá continuar a fazer a terceirização.

3.8.1 RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL NAS RELAÇÕES DE TERCEIRIZAÇÃO

Outro dos aspectos relevantes envolvendo a terceirização é a responsabilização da tomadora frente aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Há muita divergência acerca do assunto, que possui, basicamente, quatro vertentes: o reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora, a responsabilização solidária, a responsabilização subsidiária e a isenção de responsabilidade da tomadora. Tópico importante quando abordamos o entendimento judicial sobre o assunto, devemos caracterizar a questão da responsabilidade judicial das partes envolvidas.

A responsabilidade subsidiária é a que substitui ou reforça a principal. Não pagando o devedor principal, paga o secundário. (MARTINS, 2009)

Diversamente da obrigação solidária, que está disciplinada no Código Civil (2002), a obrigação subsidiária não encontra previsão legal. Na esfera trabalhista, ela decorre da previsão do inciso IV da Súmula 331 do TST:

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.

Em outros termos, nas hipóteses de terceirização lícita, o tomador de serviços somente responderá pelas verbas contratuais se a empresa prestadora de serviços não pagar as verbas trabalhistas ou se seu patrimônio for insuficiente para tanto.

Para que possamos cogitar a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, a terceirização deve ser lícita. Pois, nos casos de terceirização ilícita, como vimos, a empresa prestadora e a tomadora são responsabilizadas solidariamente pelos créditos oriundos do contrato de trabalho, por força do art. 942 do CPC. Não há, ademais, formação de vínculo de emprego do trabalhador diretamente com o tomador, uma vez que inexistente fraude à incidência dos preceitos trabalhistas.

Essa forma de responsabilidade, criada pela jurisprudência, é a maneira encontrada para garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas. Podemos atribuí-la aos inúmeros insucessos na execução dos créditos trabalhistas junto à empresa prestadora de serviços, apresentando-se, assim, como incentivo à terceirização com parceiros economicamente idôneos. Se assim não o fosse, tal irresponsabilidade poderia levar à formação de conluio entre as empresas, em detrimento dos direitos dos trabalhadores. (SANTOS, 2006)

Podemos ressaltar que a terceirização e a responsabilidade jurídica decorrente da sua prática são reguladas somente pelo entendimento sumulado pelo TST, inexistindo legislação nesse sentido. Por isso, sustentam que a responsabilização da tomadora de serviços pelo inadimplemento dos haveres trabalhistas por parte da prestadora implica violação da lei.

Podemos perceber nas empresas a influência do regime de responsabilização, que muitas vezes pautam o seu comportamento de acordo o “risco” apresentado pela prática. Assim, a responsabilidade mostra-se não apenas como uma medida de reparação, mas também educativa, de prevenção, daí sua importância. As grandes empresas cercam-se de instrumentos internos com os prestadores de serviço e com os terceirizados. Há uma série de mecanismos que constam dos contratos. A tomadora se preocupa em assegurar a ela algumas garantias, conferindo mensalmente a guia de recolhimento do Fundo de Garantia, a de recolhimento à Previdência, não porque a tomadora esteja preocupada com os

trabalhadores, mas sim em não terem problemas futuros. Porque sabem que se as contratadas vierem a ter problemas amanhã, os prejuízos vão respingar na contratante. (MARTINS, 2009).

Para o sindicalista Iduigues Ferreira Martins, a Súmula 331 não tem representado um freio à terceirização, mas, pelo contrário, tem encorajado sua ampliação. Isso porque a demora causada pelos trâmites processuais, no caso da subsidiariedade, e as cautelas contratuais que a empresa adota frente a esta, referidas anteriormente, fazem com que elas terceirizem com maior tranqüilidade, pois dificilmente assumem os prejuízos causados pela empregadora direta. O entrevistado afirma que esse comportamento é fruto de um aprendizado por parte das empresas, proporcionado por anos de experiência com a terceirização, tanto que, atualmente, setores em que a prática traz algum risco de prejuízo estão sendo desterceirizados.

Um dos aspectos de maior repercussão na Súmula 331 foi a previsão da responsabilização subsidiária, em oposição à solidária, pelo entendimento de ser razoável que o tomador dos serviços, beneficiário direto da força de trabalho, respondesse por eventuais prejuízos, inclusive como um instrumento a coibir a terceirização irresponsável, que se dava por meio de empresas agindo de má-fé ou sendo mal administradas financeiramente. Para Vantuil Abdala, a previsão da subsidiariedade foi ousada, uma vez que a possibilidade de responsabilização adviria da simples inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da prestadora, tendo ela idoneidade financeira ou não. Uma ressalva, porém, foi feita: a responsabilidade somente poderia ser imputada se a tomadora estivesse integrada à relação jurídica processual, constando do título executivo a ser executado. Assim, restaria respeitado o direito à ampla defesa da empresa, que poderia discutir a sua possível condenação no processo.

3.8.2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Sujeita a regras e condições diversas, a terceirização realizada pela administração pública ocorre somente mediante contrato administrativo, os quais são regradados pela Lei 8.666/93. A CF1988 passou a exigir, por meio de seu art. 37, II, a necessidade de aprovação em concurso para a investidura em cargo e emprego público. Assim, restou incabível a formação de vínculo empregatício, por ocasião da terceirização ilícita, de trabalhador terceirizado com empresas tomadoras pertencentes à Administração Pública.

Não obstante, nos casos anteriores à CF/88, admite-se a formação de vinculação empregatícia com a Administração Pública, conforme entendimento consignado na Orientação Jurisprudencial SDI1-321, do TST, que prevê que:

‘Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88’.

Em 1993, foi editada a Súmula 331, que observou aquele dispositivo constitucional e ressalvou, em seu inciso II, que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”.

Como há vedação constitucional à formação de vínculo empregatício com as entidades da Administração Pública direta e indireta, a terceirização ilícita por elas realizada não resulta na configuração daquele vínculo (Súmula 331, II), tampouco transfere a ela a responsabilização direta pelos débitos trabalhistas. O trabalhador, nessas hipóteses, permanecerá vinculado à empresa prestadora, a qual continuará sendo a devedora principal dos créditos a ele devidos. Impõe-se, nesses casos, a responsabilidade subsidiária da entidade pública terceirizante, que só arcará com os créditos devidos se verificada a insuficiência ou falta de bens da empregadora para seu pagamento.

Isso se explica porque reconhecer a responsabilidade solidária da Administração Pública ao pagamento dos haveres contratuais seria o equivalente a reconhecer o vínculo empregatício, visto que ambas as situações produzem os mesmos efeitos.

O mesmo não ocorre, contudo, na responsabilização subsidiária, pois nessa o débito não é transferido ao poder público, o qual apenas garante o seu pagamento no caso de inadimplência do devedor direto, como uma espécie de fiador. É assegurado, ademais, o direito de regresso em face do devedor principal.

Em 2010, concluiu o pleno do STF pela constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, no sentido de afastar a responsabilidade objetiva do Poder Público decorrente do mero inadimplemento de verbas trabalhistas por parte do contratado. Ressalvou-se, no entanto, o entendimento de que, concretamente, se verificada a atuação culposa da Administração Pública, poderia ela ser condenada à responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas.

Diante desse quadro, visando à adequação da jurisprudência com os efeitos da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, o TST editou a Súmula 331, a qual passou a ter a seguinte redação no item em que especifica a responsabilidade do ente público:

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.

Ou seja, para que a Administração Pública responda, ela deve agir de forma culposa, sendo que tal fato deve restar fortemente evidenciado pelo conjunto probatório. Não obstante, pelo princípio da adequação da prova, a entidade estatal ainda está incumbida de demonstrar a ausência de culpa na sua conduta, o que pode ser feito mediante apresentação de documentos que comprovem que ela agiu com cautela, certificando-se da idoneidade da empresa contratada (a Lei de Licitações exige farta documentação nesse

sentido) bem como da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte dessa. Caso contrário, poderá incorrer em culpa in eligendo (quando escolhe parceiro inidôneo) ou in vigilando (quando não fiscaliza de forma adequada a execução do contrato) e, conseqüentemente, ser condenada subsidiariamente pelo pagamento dos haveres devidos ao trabalhador terceirizado, desde que tenha participado da relação processual.

Diante desse novo posicionamento, assim, ficará a cargo do juiz examinar as provas fornecidas pela entidade do poder público e, com base nelas, determinar se o poder público agiu, ou não, com culpa.

Para o setor privado, a mera inadimplência da empresa terceirizada importará a atribuição a elas de responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos haveres contratuais, tendo em vista que o não pagamento, por falta ou insuficiência de patrimônio, por si só, é situação apta a ensejar a sua atribuição. Na prática, não há distinção entre os fundamentos utilizados para justificá-la, que atualmente são: a) culpa in eligendo; b) culpa in vigilando; e c) responsabilidade objetiva pela teoria do risco, uma vez que beneficiária direta dos serviços.

Não raro vemos a condenação à responsabilidade subsidiária com base nas três noções:

I) a modalidade de terceirização que demanda atenção da Justiça do Trabalho é a da locação de mão de obra, em que o trabalhador labora ombro a ombro com os trabalhadores da empresa principal, nas dependências desta, diferentemente da prestação de serviços, que se dá nas dependências da empresa terceirizada, com entrega final dos bens ou serviços à empresa principal, em atividade inclusive inerente à tomadora dos serviços;

II) é lícita a locação de mão-de-obra para atividade-meio da empresa tomadora dos serviços, desde que não caracterizada a subordinação direta ou a pessoalidade em relação à empresa principal, estabelecendo-se o vínculo direto com a empresa principal caso o conteúdo ocupacional do trabalho do empregado enquadre-se na atividade-fim de especialização da empresa principal;

III) no setor privado, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços impõe a responsabilidade subsidiária objetiva da tomadora dos serviços;

IV) no setor público, a responsabilidade subsidiária é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa -in vigilando, ou in eligendo, da administração pública. [...] (AIRR – 1282-91.2010.5.03.0009, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 16/11/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2011).

Consideremos que, atualmente, existem três dispositivos que regem a terceirização: (1) Lei 6019/74 (Trabalho Temporário); (2) Lei 7102/83 (Serviço de Vigilância); (3) TST – Súmula 331 – que vincula a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

O enunciado procura diferenciar atividades-fim e atividades-meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Assim, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, enquanto as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividades-meio. Portanto, observando-se que as atividades terceirizadas não sejam as atividades-fim, todas as demais serão passíveis de terceirização. Porém para não caracterizar subordinação, o contratante não pode exigir pessoalidade dos empregados da terceirizada.

Com a edição do Enunciado 331, o Tribunal Superior do Trabalho ampliou a liberdade em se terceirizar, consagrando uma tendência de flexibilização

Servindo como garantia aos direitos trabalhistas, o inciso IV do Enunciado nº 331 do TST diz que a falta de pagamento das obrigações trabalhistas por parte do empregador acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

De acordo com Alice Monteiro de BARROS, assim como a terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos, os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora de serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços.

Isso é percebido pela leitura do art. 9º da CLT, que declara nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação, ou seja, se for constatada a tentativa real de fraude da CLT por meio do nome terceirização, não existe contrato formal que torne esta verdadeira.

Dentre as fraudes mais comumente constatadas, destacam-se o reconhecimento do vínculo empregatício com a tomadora e a equiparação salarial com empregados da contratante.

Para a ocorrência de reconhecimento desse vínculo, as condições estabelecidas pela CLT e que devem ocorrer concomitantemente são a pessoalidade, a subordinação, a habitualidade e a onerosidade.

Estando enquadrado um trabalhador terceirizado nos requisitos supra, resta caracterizado o vínculo empregatício, gerando para o tomador obrigações trabalhistas com os empregados da terceirizada. Seja por dolo ou má-fé, estará sujeito, conforme MELCHOR, às seguintes medidas por parte dos empregados:

a) Reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho; b) Autuação por parte dos fiscais do trabalho, que incidirá por empregado sem registro; c) Proposição de ação civil e/ou criminal por parte do Ministério Público do Trabalho, caso constate fraude contra os direitos trabalhistas; d) Autuação dos fiscais da Previdência Social.

Vimos, assim, alguns dos efeitos jurídicos de uma terceirização ilícita, inerentes à caracterização de vínculo empregatício.

3.9 TENDÊNCIAS PARA A TERCEIRIZAÇÃO

Conforme levantado, há um caminho a ser percorrido para a aplicação da terceirização dentro de parâmetros equilibrados. Por isso, existe a preocupação dos governos, inclusive o brasileiro, com os impactos que esse modo de organização da produção pode trazer para seus trabalhadores e, de modo geral, para a economia local.

Observamos com frequência, em face dessa nova realidade, que o salário pago a um trabalhador terceirizado é significativamente menor do que o salário de um trabalhador contratado diretamente. Também podemos afirmar que a

terceirização tem como um de seus grandes objetivos a redução de custos. No entanto, em algumas grandes empresas, o número elevado de contratos com empresas terceiras, criou uma legião de gerentes e fiscais de contrato, denotando uma certa dificuldade no controle das atividades que dizem respeito à organização interna dessa divisão.

No Brasil, há discussões para orientar a negociação coletiva sobre terceirização e visam normatizar os usos que as empresas fazem desta modalidade de contratação, prevendo normas para seu emprego ou assegurando garantias aos trabalhadores. Alguns dos avanços obtidos nessas negociações são: a obrigatoriedade de assistência do sindicato laboral nas rescisões trabalhistas dos empregados em regime de empreitada e direito de acesso dos dirigentes sindicais aos empregados terceirizados.

Retomando o trabalho desenvolvido pela Dra. Magda Biavaschi, os argumentos e relatos dos entrevistados pela pesquisadora acerca da terceirização, permitiu entrar em contato com as diversas facetas desta prática; conhecendo o seu aspecto mais perverso, enquanto meio de redução de custos e exclusão de trabalhadores, mas também apreciando o ponto de vista dos que a defendem, enquanto técnica de aprimoramento da produção. Essa experiência sinalizou uma outra perspectiva acerca da terceirização, no sentido de que sua prática não implica necessariamente a precarização das relações de trabalho, mas que, pelo contrário, os efeitos dela decorrentes dependerão do uso que lhe for dado.

Nesse sentido, a entrevista do advogado Jerônimo Souto Leiria, um dos pioneiros no estudo da descentralização produtiva, autor de diversas obras sobre o tema, se mostra bastante esclarecedor. Segundo o entrevistado, a intenção inicial com a implementação da terceirização nunca foi reduzir custos de produção através do sacrifício dos direitos trabalhistas, mas, pelo contrário, o que se pretendia era tão-somente o aumento da produtividade, através da contratação de mão-de-obra especializada para a execução de atividades particularmente complexas, às quais a empresa não podia se dedicar, sob pena de perder em qualidade e competitividade.

O relato de Leiria embasa o entendimento vertido no sentido de que a terceirização não é uma prática intrinsecamente negativa, mas os desvios e abusos que sofreu ao longo dos anos de existência fizeram dela um perigoso instrumento de cisão e enfraquecimento da classe trabalhadora. Mesmo assim, não nos parece adequado (ou factível) que a solução para os sérios problemas trazidos pela

terceirização seja proibi-la ou enquadrá-la como ilícito. Estamos lidando com uma realidade já irreversível e de uma técnica inegavelmente necessária às empresas, de modo que resta, ao operador do direito e ao legislador, aceitar esta condição e buscar adaptar o arcabouço protecionista justralhista a este novo contexto.

Essa adaptação deve começar por uma regulamentação adequada da terceirização, com o fito de impor limites e condições que impeçam a sua utilização como meio de burlar a legislação trabalhista.

A Súmula 331 do TST, única regulamentação da matéria atualmente existente, é claramente insuficiente à proteção dos trabalhadores. Embora faça uma distinção correta entre os conceitos de trabalho temporário e terceirização, destinando-lhes regras distintas, e preveja a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, a Súmula peca por não trazer regras mais protetivas ao trabalhador, que não somente o resguardem no caso de descumprimento dos seus direitos, mas que evitem o próprio descumprimento. Ademais, ela traz, em seu inc. III, o polêmico e impreciso conceito de atividade-meio, que, no intento de limitar o uso da terceirização, acabou por dificultar sua prática e abordagem.

Por outro lado, ainda que, a título de reflexão, pudéssemos fazer uma crítica mais extensa à Súmula 331, não estaríamos de fato contribuindo com uma solução efetiva para o problema que se tornou a terceirização, pois a realidade é que uma matéria dessa importância e abrangência não poderia estar sendo regulada somente por jurisprudência, sendo premente a criação de uma legislação que a regule.(LEIRIA, 2005).

Primeiramente, esta legislação deverá trazer, como pressuposto fundamental, uma clareza de conceitos. Na maioria dos projetos legislativos analisados, nos deparamos com dispositivos que, de uma forma ou de outra, mesclam os conceitos de terceirização e intermediação de trabalho temporário, duas práticas que não se confundem. Percebe-se, portanto, que o pressuposto para qualquer regulamentação acerca da terceirização é, sem dúvida, uma correta compreensão do seu conceito e das circunstâncias que a envolvem, claramente distintas das presentes na intermediação de mão-de-obra.

Separados os dois conceitos, podemos começar a pensar nos pilares que servirão de esteio à nova lei. A condição para que se atinja o equilíbrio parece ser a garantia de ampla isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os empregados

efetivos da empresa tomadora. Estando estes trabalhadores sob o abrigo das mesmas condições de trabalho e salário, não haverá espaço para o mau uso da terceirização, como forma de reduzir custos por meio do sacrifício dos direitos trabalhistas. Pelo contrário, devolve-se a prática ao seu papel de origem, uma vez que só será vantajoso utilizá-la para o aprimoramento e otimização da produção.

Nesses termos, a proteção ao trabalhador terceirizado não mais adviria das restrições impostas ao uso da terceirização, mas da isonomia garantida por lei a esses trabalhadores, a qual, cabe reiterar, deverá abranger não só a remuneração dos empregados da prestadora, como também as suas condições de trabalho, saúde e segurança, independentemente de atuarem nas instalações da empresa tomadora ou em local por ela designado.

Entretanto, não basta termos uma previsão legal de ampla isonomia, de cunho notadamente preventivo, se as empresas envolvidas não podem (ou devem) arcar com os ônus correspondentes. Dessa forma, ao longo desta pesquisa, nos posicionamos também quanto à possibilidade de responsabilização da empresa tomadora, outro ponto extremamente relevante e polêmico quando o assunto é terceirização.

Ainda, parece inegável que a empresa tomadora deva ter algum tipo de responsabilização perante o terceirizado. Como esta empresa usufruiu da sua força de trabalho, caso este trabalho não restasse devidamente contraprestado, certamente estaríamos diante de um caso de enriquecimento ilícito, vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Outro dos pontos mais lembrados pelos entrevistados, ao analisar os impactos negativos da terceirização, foi a fragmentação dos trabalhadores e o conseqüente enfraquecimento do movimento sindical.

Tendo sido apresentado esse panorama, analisaremos as principais proposições legais para a regulamentação da terceirização.

Apresentado em 11 de abril de 2004, pelo Dep. Eduardo Valverde, do PT/RO, o PL n. 3.127/04, que acrescenta o art. 455-A à CLT, objetiva normatizar a questão. O novo artigo, proposto através do projeto, possui a seguinte redação: Art. 455. Salvo nos casos previsto na lei 6019 de 3 de janeiro de 1974, é nulo de pleno direito todo e qualquer contrato de trabalho onde esteja implícita ou explícita a locação ou a intermediação de trabalho em favor de quem subordina juridicamente a prestação pessoal do trabalho. *(sic)* Parágrafo Único: as obrigações do contrato de trabalho recairão sobre quem subordina juridicamente a prestação pessoal do trabalho.

O PL n.º 4.330/04, apresentado, em 26 de outubro de 2004, pelo Dep. Sandro Mabel, do PL-GO, utiliza diversas disposições que já constavam do PL n.º 4.302/98, analisado anteriormente, o qual, conforme expresso na justificativa do seu autor, serviu como modelo ao projeto.

Este projeto de lei, diversamente dos que o antecederam, não trata do trabalho temporário, limitando-se a regular a prestação de serviços a terceiros e as relações de trabalho dela decorrentes. Aplica-se quando o prestador do serviço for sociedade empresária, conforme nomenclatura do novo Código Civil, que contrata empregados ou subcontrata outra empresa para a execução de serviço (art. 1º), em clara alusão à quarteirização.

O PL n.º 533/07, apresentado, em 21 de março de 2007, pelo Dep. Nelson Pellegrino (PT/BA), trata de forma específica da responsabilidade da empresa tomadora de serviços de reter, sobre o valor bruto da fatura do serviço prestado pela contratada e em nome desta, nos casos em que admitida a terceirização da mão-de-obra, o percentual de 5% relativo ao FGTS.

O PL n.º 1.621, apresentado, em 12 de julho de 2007, pelo Dep. Vicentinho (PT/SP), dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista.

Em seu art. 2º, o projeto de lei introduz conceitos-chave, como “terceirização”, “tomadora” e “prestadora de serviços terceirizados”, sendo, inclusive o único projeto acerca da terceirização que a define. Outra inovação pode ser vista em seu art. 3º: enquanto os demais projetos existentes acerca da matéria optam por estender a terceirização a toda e qualquer atividade da empresa tomadora, o PL n.º 1.621/07 proíbe a prática nas atividades-fim da empresa. É retomada, assim, a importância da diferenciação entre os diferentes tipos de atividade, trazida pela Súmula 331 do TST.

De autoria do Dep. Nelson Pellegrino (PT/BA), tramita, desde 13 de novembro de 2007, o PL n.º 2.421/07, que dispõe sobre responsabilização das empresas tomadoras de serviços terceirizados pela expedição do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), em favor dos trabalhadores sujeitos à aposentadoria especial.

O PL n.º 6.832/10, referido anteriormente por ter sido recentemente apensado ao PL n.º 1.621/07, foi apresentado, em 23 de fevereiro de 2010, pelo Dep. Paulo Delgado (PT-MG). Dispõe o projeto sobre a contratação de serviços terceirizados por pessoa jurídica de direito privado.

Em seu art. 1º, a proposta traz a possibilidade de o tomador dos serviços ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica. Dentre os aspectos a serem previstos pelo contrato de terceirização, constantes do art. 2º, está um prazo de duração de, no máximo, cinco anos, e o controle a ser exercido pela contratante sobre a contratada, no sentido de comprovar o cumprimento das relações trabalhistas relativas aos empregados terceirizados. Complementarmente, o art. 3º traz uma série de documentos comprobatórios da regularidade da contratada, que deverão ser exigidos pela tomadora dos serviços, como a inscrição no CNPJ e o contrato social atualizado, com capital social considerado, pela contratante, compatível com a execução do serviço. Não há, portanto, uma previsão exata do valor de capital social a ser apresentado pela tomadora, como ocorria nos PLs n.ºs 5.490/90, 4.302/98 e 4.330/04.

Essa norma inova ao prever a terceirização também para pessoas físicas, sendo mais uma amostra da amplitude que essa ferramenta vem atingindo. Diante da necessidade da sociedade de possuir regras mais claras para a aplicação desse instituto, os legisladores procuram mover ao encontro dessa necessidade, ainda que em velocidade muito inferior ao desejável. Assim, espera-se que logo possamos utilizar a terceirização de forma muito mais produtiva e equilibrada.

4

DESENVOLVIMENTO

4.1 ANÁLISE DE UM PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO EM ÓRGÃO PÚBLICO

A seguir, procederemos à análise de um caso de terceirização em órgão do judiciário no Rio Grande do Sul, para melhor compreensão do quanto já abordado.

MÉTODO

O ponto de partida foi a pesquisa bibliográfica, com diferentes obras e autores que abordem o tema proposto, a fim de constituir um conhecimento teórico mais consistente. A coleta de dados de fontes secundárias é a base do trabalho. Para Cooper (2004), fontes secundárias “são interpretações de dados primários” e também exemplifica esta forma como “enciclopédias, livros, manuais, artigos de revistas e jornais”.

Assim, o trabalho tem escopo exploratório e segue o método dedutivo, assumindo que não é possível compreender a terceirização sem entender seus conceitos e características de gestão, bem como que não podemos tratar do assunto sem entender seu enquadramento legal.

Portanto, neste caso, serão coletados dados em obras que envolvem a terceirização sob o âmbito da administração, bem como as de enfoque jurídico. Após tratamento crítico e análise qualitativa dos dados, monta-se o texto final sob o método dedutivo, com exposições e análises dos dados. As conclusões obtidas abrangem apenas parte do assunto.

CONCLUSÃO

Tendo como pano de fundo um mercado mundial cada vez mais globalizado, a terceirização surge num cenário desafiador, onde as organizações são impelidas à adoção de processos de reestruturação produtiva. Por conta disso, verificamos a tendência em estabelecer relações de trabalho mais objetivas, em face da necessidade de transformações nos meios produtivos para melhor aproveitamento dos recursos e aumento da competitividade nas organizações. Nesse contexto, ganham força as estratégias de gestão como a terceirização, para permitir a sobrevivência das organizações em ambientes de alta competitividade.

Nessa senda, a terceirização tem sido adotada como ferramenta importante para o tomador de serviço passar a ter mais tempo para controlar e gerir seu próprio negócio, deixando as atividade-meio da empresa para execução por uma empresa especializada. Assim, o foco estará voltado para o que aquela organização sabe fazer melhor, por consequência obtendo mais qualidade no produto e nos demais processos envolvidos, sob a premissa de que o aumento da especialização leva ao aumento da qualidade.

A tendência de flexibilização da relação de emprego formal observada nas empresas parece indicar um acolhimento progressivo, pelas instâncias legais, de formas mais aprimoradas de terceirização, bem como tem sido toleradas novas formas de contratação de mão-de-obra, como por meio da Súmula 331 do TST, que acolhe o fornecimento lícito de mão-de-obra quando não configurados os requisitos para a existência de relação de emprego.

A referida Súmula tem importância vital para o tema, considerando-se a falta de manifestação dos legisladores sobre o assunto. Assim, grande parte da discussão sobre o tema reside na falta de especificação legal quanto às obrigações das partes na relação, as responsabilidades atribuídas a cada um dos envolvidos, as garantias aos direitos dos trabalhadores, etc. Diante de tal margem para enquadramento e flexibilização de direitos e deveres, impõe-se seja finalmente redigida lei dispendo sobre a matéria. Há grande dificuldade política em realizar tal

discussão no âmbito legislativo. No entanto, dadas as condições observadas na realidade brasileira, essa é uma questão que deve ser enfrentada sem delongas. Mantendo-se a forma atual, as empresas perdem por não terem segurança jurídica e por sofrerem com pesados encargos tributários e trabalhistas. De outra parte, os trabalhadores ficam desabrigados da legislação protetiva e vêem direitos básicos sendo usurpados ou ignorados.

Para os empresários, deve restar patente a necessidade de abordar a terceirização da forma mais correta possível, considerando os riscos envolvidos na operacionalização dessa ferramenta. Isso vale tanto para os riscos jurídicos e financeiros decorrentes da contratação de uma empresa inidônea, como para os riscos do negócio propriamente dito, como a diminuição da qualidade dos serviços, falta de identificação do trabalhador com a empresa, perda da cultura, etc.

Muitas vezes esses riscos são subestimados e frequentemente são questões que acabam por ser resolvidas de forma litigiosa perante a justiça. As consequências e os custos envolvidos em uma ação judicial podem muitas vezes inviabilizar a sobrevivência de um negócio, daí a importância de verificarmos o entendimento da justiça sobre o tema. Não podemos olvidar do tempo e esforço que eventuais ações judiciais podem demandar, não apenas aquelas movidas por empregados ou terceirizados, mas também aquelas movidas por órgãos de fiscalização, como o Ministério Público do Trabalho. Essas situações tem especial relevância independentemente do porte da empresa.

Entretanto, ainda que demande cuidado e discernimento em sua aplicação, a terceirização parece ser uma resposta adequada às necessidades empresariais modernas, guiadas pela velocidade das mudanças no ambiente. Esperamos, todavia, que os legisladores adequem as regras e tornem ainda mais interessante, sob todos os aspectos envolvidos, a adoção dessa estratégia.

Ainda que à míngua de legislação, podemos esperar uma expansão ainda maior no uso da delegação de atividades e serviços a terceiros, tendo em vista as vantagens anteriormente referidas, que encaixam-se perfeitamente às necessidades atuais de flexibilidade e otimização na utilização dos recursos. Muitos desses novos paradigmas serão construídos tendo por base as novas tecnologias, que continuam a mudar a forma de relacionamento com o ambiente e entre as pessoas.

BIBLIOGRAFIA

- ANSOFF, Igor. **A nova estratégia empresarial**. São Paulo: Atlas, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.
- BIAVASCHI, Magda. **A Terceirização e a Justiça do Trabalho**, Projeto FAPESP n. 2007/55180-2, Programa CESIT/IE-FAPESP.-
- BORGES, Angela Maria Carvalho. **Reforma do Estado, emprego público e a precarização do mercado de trabalho**. Caderno CRH. Salvador, 2004. Disponível em: <<http://www.flexibilizacao.ufba.br/RCRH-2006-19angela.pdf>>
- BRASIL, Haroldo Guimarães. **A Empresa e a Estratégia da Terceirização**. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, 1993.
- COOPER, Donald R.. **Métodos de pesquisa em administração**. 7 ed.. Porto Alegre: Bookman, 2004 640 p. : il.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2009.
- GIOSA, Lívio Antônio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.
- HENDRY, John. **O custo Oculto da Terceirização**. HSM Management. São Paulo:1997.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**, 2^a Ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2005
- LEIRIA; Jerônimo Souto; SARATT, Newton Dornelles. **Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial**. 8. ed. São Paulo: Gente, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Terceirização nas relações trabalhistas e desemprego**. Disponível em: <<http://www.aspr.com.br/arquivos/Junho%20n%2049.pdf>>
- MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIMENTA, Solange Maria (Org.), **Recursos Humanos uma dimensão estratégica**. 1999

POCHMANN, Marcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual de Terceirização**. 2 ed. São Paulo: STS, 1992.

QUINTELLA, Lucia Meirelles C. Barreto. **Terceirização e as conseqüências para a empresa**. Disponível em: <http://www.advquintella.com.br/comunica/artigos/art010_31102008.pdf>

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência. **Revista Trabalho & Doutrina**, São Paulo, p. 30-35, 1999.

ROESCH, Sylvia Maria Azevedo. **Projetos de Estágio no curso de administração**. São Paulo: Atlas, 1996.

RYNGELBLUM, Arnaldo L. **Relacionamento entre desiguais: o papel da terceirização na reestruturação das grandes empresas**. Anais da XXIII Reunião Anual da Anpad, Foz do Iguaçu, 1999.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba : Juruá, 2006.

SCARABELIM, Larissa da Silva; SCARABELIM, Hamilton Luiz. **Direito do trabalho**. Campinas: Copola, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2005.

VARGAS, Luiz Alberto de; SILVEIRA, Almir Goulart da. **Terceirização e o enunciado 331 DO TST**. Breves considerações.

Disponível em: <<http://lavargas.sites.uol.com.br/terceira.html>>

Sites Consultados:

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.trt4.jus.br>

<http://www.ufrgs.br>

<http://tj.rs.gov.br>

<http://mte.gov.br>

<http://www.google.com>

<http://www.flexibilizacao.ufba.br/RCRH-2006-19angela.pdf>

http://www.advquintella.com.br/comunica/artigos/art010_31102008.pdf

<http://lavargas.sites.uol.com.br/terceira.html>

<http://www.aspr.com.br/arquivos/Junho%20n%2049.pdf>