

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Diego de Vargas Feijó

**CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE-FIM E
ATIVIDADE-MEIO PARA FINS DE TERCEIRIZAÇÃO.**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Diego de Vargas Feijó

**CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE-FIM E
ATIVIDADE-MEIO PARA FINS DE TERCEIRIZAÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre
2011

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da distinção entre a atividade-fim e atividade-meio para fins de terceirização. A terceirização das atividades é vista como uma alternativa para baratear os custos de produção e permitir às empresas focar o esforço nas atividades principais, desincumbindo-se das tarefas meramente acessórias. A carência de legislação e a prática reiterada pelas empresas fez com que o tema fosse debatido no judiciário trabalhista, o que possibilitou a construção de jurisprudência que restou sumulada. A Súmula nº 331 do TST vem sendo usada como a referência normativa mais importante para o enquadramento das atividades passíveis de execução pela via indireta. Entre as hipóteses previstas no referido enunciado, o item III refere a possibilidade de terceirizar os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. No conjunto de atividades que contribuem para o resultado de uma empresa, há atividades completamente desvinculadas do objetivo da empresa e outras diretamente relacionadas a ele. Contudo, entre esses dois limites, há uma série de atividades cuja delimitação não é tão clara. Nesse ponto, é preciso sistematizar o estudo para tentar elaborar critérios que auxiliem nessa distinção. Este trabalho inicia o estudo por meio da retomada dos elementos caracterizadores da relação de emprego, aborda a temática da terceirização, suas hipóteses, marcos legais e consolidação da jurisprudência por meio da Súmula nº 331. Trata da distinção entre a atividade-fim e atividade-meio por meio da busca de critérios que auxiliem nessa diferenciação.

Palavras-chave: Terceirização. Intermediação de mão de obra. Relação de emprego. Atividade-fim. Atividade-meio.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	-	Artigo
CF	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	-	Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei n.º 5.452/43
IN	-	Instrução Normativa
OJ	-	Orientação Jurisprudencial
RO	-	Recurso Ordinário
RR	-	Recurso de Revista
SAT	-	Seguro Acidente de Trabalho
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TRT4-	-	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
TST	-	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

Resumo.....	3
Lista de Abreviaturas.....	4
Introdução.....	7
1 Relação de Emprego.....	9
1.1 Requisitos da Definição de Empregado.....	10
1.1.1 Pessoa Física.....	11
1.1.2 Pessoaalidade.....	12
1.1.3 Onerosidade.....	13
1.1.4 Subordinação.....	15
1.1.4.1 Subordinação e Autonomia.....	17
1.1.5 Não-Eventualidade.....	18
1.1.5.1 O Trabalho Eventual.....	20
1.2 Conceito de empregador.....	25
1.2.1 Despersonalização do Empregador.....	26
1.2.2 Empresa e Estabelecimento.....	30
1.2.3 Interposição de Empresas.....	32
1.2.4 Responsabilidade do Empregador.....	33
2 Terceirização.....	35
2.1 Tipos de Terceirização Trabalhista no Brasil.....	37
2.2 Evolução Histórica no Brasil.....	38
2.3 Classificação.....	39
2.3.1 Terceirização permanente ou temporária.....	39
2.3.2 Terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio.....	40
2.3.3 Terceirização regular ou irregular.....	40
2.3.4 Terceirização voluntária ou obrigatória.....	40
2.4 Normatividade Jurídica sobre a Terceirização.....	40
2.4.1 Legislação Heterônoma Estatal.....	41
2.4.1.1 Decreto-Lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70.....	41
2.4.1.2 Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83.....	42
2.4.1.3 Parágrafo Único do art. 442, CLT – cooperativas.....	42
2.4.1.4 Outras Referências Legais.....	43
2.4.2 Jurisprudência Trabalhista.....	44
2.5 Terceirização Lícita x Ilícita.....	46
2.5.1 Terceirização Lícita.....	47
2.5.1.1 Especialização do Serviço e da Tomadora.....	47
2.5.1.2 Não Exclusividade de Prestação para a Tomadora.....	49
2.5.1.3 Ausência de Pessoaalidade e Subordinação Diretas.....	49
2.5.1.4 Relação Trilateral.....	51
2.5.2 Terceirização Ilícita.....	51
2.6 Efeitos Jurídicos.....	52
2.6.1 Vínculo com o Tomador de Serviços.....	52
2.6.2 Isonomia: Salário Equitativo.....	52
2.7 Responsabilidade Na Terceirização.....	54
3 Distinção Atividade-fim e Atividade-meio.....	56
3.1 Atividade Preponderante.....	57
3.1.1 Objeto Social.....	57

3.1.2 Direito Coletivo e Sindicato.....	59
3.1.2.1 Organização Sindical.....	59
3.1.2.2 Receitas Sindicais.....	62
3.1.3 Alíquota SAT.....	63
3.2 Atividades passíveis de terceirização.....	64
3.2.1 Conceituação Atividade-meio e Atividade-fim.....	65
3.2.2 Atividades Terceirizáveis na Administração Pública.....	66
3.3 Critérios de distinção.....	68
3.3.1 Não-eventualidade.....	69
3.3.2 Atividade prevista no Objeto Social.....	69
3.3.3 Retorno econômico da atividade.....	69
3.3.4 Quantidade de trabalhadores empregados.....	69
3.4 Julgados.....	70
3.4.1 Aplicação dos Critérios nos Julgados.....	70
3.4.2 Precedente de terceirização na atividade-fim.....	71
Conclusão.....	75
Referências Bibliográficas.....	77

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços vem sendo apresentada como uma forma de aumentar a eficiência das empresas permitindo a desincumbência das tarefas meio para dedicar-se exclusivamente às atividades necessárias à consecução da sua finalidade.

Por meio desse artifício, as empresas pretendem diminuir os custos relacionados com tais tarefas para aumentar o seu lucro. Entretanto, nesse processo, é preciso garantir que os direitos trabalhistas não serão sonegados.

A jurisprudência trabalhista, por meio do Tribunal Superior do Trabalho, atenta ao fenômeno terceirizante, editou a Súmula nº 331 prevendo no item terceiro que “*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 pessoalidade e a subordinação direta*”.

Uma das dificuldades que se apresentam na interpretação desse item reside na definição do que representa a atividade-meio em uma empresa. Cite-se como exemplo o caso da lavanderia de um hospital. Certamente a atividade-fim do hospital não é a limpeza de roupas, mas essa atividade contribui para a sua obtenção e apresenta conteúdo especializado estreitamente relacionado com a higiene tão necessária para a atividade.

Observa-se que a jurisprudência vem dando tratamento bastante casuístico aos litígios que se apresentam. Ainda que caiba ao juiz dizer o Direito no caso concreto, tal Direito deve estar embasado em estudo sistematizado a respeito do Ordenamento Jurídico vigente.

Este trabalho tem como objetivo estudar o tema da relação de emprego, a terceirização trabalhista e os aspectos relevantes para a distinção entre atividade-fim e atividade-meio voltada para o fenômeno da terceirização.

O primeiro capítulo do trabalho irá abordar a relação de emprego e os seus traços típicos. Serão estudados os sujeitos e os elementos característicos da relação: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não-eventualidade.

O segundo capítulo irá tratar do fenômeno da terceirização. Será apresentado breve histórico das normas relacionadas com a terceirização no Brasil, os tipos de terceirização existentes, as normas e a jurisprudência vigentes, bem como os efeitos da responsabilidade dela decorrente.

O terceiro capítulo irá abordar a distinção entre a atividade-fim e atividade-meio. Buscar-se-á na legislação elementos para a definição da atividade preponderante e as atividades que podem ser objeto de terceirização pela Administração Pública. Serão esquematizados os elementos caracterizadores encontrados na legislação.

1 RELAÇÃO DE EMPREGO

Numa sociedade plural e democrática, o papel desempenhado pelo contrato de trabalho é de fundamental importância, e os próprios fins a que se destina acham-se em consonância com a estrutura da comunidade política na qual é encontrado e se realiza¹.

A construção histórica do Direito do Trabalho traz a importância do intervencionismo jurídico em desfavor da liberdade contratual absoluta, com a finalidade de equilibrar a relação de trabalho.

Para isso, os Códigos de Trabalho e as legislações que surgiram nos diversos países criaram um estatuto mínimo para o trabalhador. Essa orientação baseia-se no pressuposto da necessidade de atribuir ao trabalhador um estatuto que permita antepor-se aos eventuais arbítrios do empregador².

A regulamentação individual do trabalho, garantindo direitos mínimos permite uma melhor colocação do problema das relações de trabalho, em termos de maior respeito entre empregado e empregador.

O contrato de trabalho representa um meio de preservação da dignidade humana. Isso porque não é um contrato comum. O trabalhador não está negociando um objeto qualquer, mas um pouco de si. Ao disponibilizar a sua força de trabalho, o empregador faz uso do rendimento humano do operário. Essa riqueza produzida deve receber a contrapartida adequada bem como respeitar aos limites de saúde do trabalhador³.

O objeto de estudo do Direito do Trabalho não é toda relação de trabalho, mas um tipo especial. No caso, o tipo em que figura de um lado o empregado e do outro o empregador. Há vários outros tipos de trabalhadores que não estão incluídos no âmbito de aplicação do Direito do Trabalho⁴.

O contrato de trabalho, para a definição da relação de emprego, é o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário⁵.

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 506.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 506.

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 507.

4 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 146.

5 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**.

O contrato estabelecido é ato jurídico bilateral, que depende da livre manifestação da vontade de ambas as partes para que sua celebração seja válida e possa surtir todos os efeitos práticos garantidos pela ordem jurídica. Por isso, é aplicável a teoria geral dos contratos do direito comum naquilo que não seja incompatível com o Direito do Trabalho.

Sendo uma relação estabelecida entre os sujeitos empregado e empregador, faz-se necessário esclarecer melhor os conceitos desses dois polos da relação de emprego.

1.1 REQUISITOS DA DEFINIÇÃO DE EMPREGADO

A Consolidação das Leis do Trabalho, instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, doravante chamada simplesmente CLT, define o conceito de empregado para a proteção da lei: “*Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*”.

Dessa definição, retiram-se os elementos necessários: pessoa física, não-eventualidade, subordinação e onerosidade⁶.

A doutrina ainda identifica ainda outro requisito não previsto na lei. Segundo o autor, para completar a definição é preciso buscar na definição de empregador (CLT, art. 2º) um último requisito: a prestação pessoal de serviços.

Evaristo de Moraes Filho aponta o caráter personalíssimo como sendo requisito para a maioria dos casos. Alega que o contrato é celebrado tendo em vista as peculiares qualificações pessoais e profissionais de determinado candidato a emprego. O empregado, por essa razão, não pode fazer-se substituir por outrem sem a permissão do seu empregador⁷.

Já Gomes e Gottschalk apontam a exclusividade também como requisito. Alegam que a continuidade e a exclusividade não participam necessariamente da natureza do contrato de trabalho, mas são indispensáveis à caracterização do estado de empregado⁸. Os autores reconhecem que a doutrina se divide na apreciação deste requisito, mas a doutrina dominante nega que a exclusividade seja elemento indispensável para a caracterização da figura do

7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 248.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 160.

7 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 248.

8 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

empregado⁹.

Segundo Amauri Nascimento, o empregado pode ter simultaneamente diversos empregos. Nada impede que isso ocorra. A doutrina majoritária é nesse sentido. Entretanto, apesar desta presunção de pluralidade empregatícia, pode em cada caso concreto, ser estipulado expressamente em sentido contrário. Dessa maneira, desde que empregado ou empregador, verbal ou por escrito, deixem ajustada cláusula de exclusividade, ela será válida. A sua violação importaria em justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Finaliza o autor alegando que a exclusividade não é requisito, mas exigência que pode existir, fundada no contrato¹⁰.

Verifica-se não haver nenhuma proibição na legislação quanto à acumulação de empregos em diferentes empregadores, desde que não ocorra a figura da justa causa de ocorrência desleal ou ilícita, punida com a demissão, pela letra “c”, do art. 482, da CLT (*negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalho o empregado, ou for prejudicial ao serviço*)¹¹.

A seguir serão examinados cada um dos elementos caracterizadores da relação de emprego: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não-eventualidade.

1.1.1 Pessoa Física

Empregado é a pessoa física ou natural. Não pode ser pessoa jurídica. A proteção da lei destina-se ao ser humano que disponibiliza a sua força de trabalho para o empregador. A proteção não se estende para as pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica não pode executar o próprio trabalho, fazendo por meio de pessoas físicas. O Direito do Trabalho protege o trabalhador como ser humano pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços.

Ainda que o contrato seja por equipe, como no caso do maestro que contrata pela orquestra que dirige, visa-se a proteção jurídica de cada componente do grupo

9 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 85.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 606.

11 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 295.

individualmente considerado¹².

Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser pessoa natural¹³.

A pactuação (e a efetiva concretização) da prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justrabalhista. Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica, jamais o empregado¹⁴.

Evidentemente que se a utilização de roupagem de pessoa jurídica estiver sendo usada para tentar encobrir a prestação efetiva de serviços por uma pessoa física, surgirá faticamente a relação de emprego que deverá ser reconhecida pelo Direito do Trabalho¹⁵.

1.1.2 Pessoaalidade

O contrato de trabalho é ajustado em função de determinada pessoa. É o contrato dito *intuitu personae*. O empregado não pode, por sua iniciativa, fazer-se substituir por outro, sem o consentimento do empregador. Não havendo pessoaalidade, descaracteriza-se a relação de emprego¹⁶.

Com a caracterização do contrato de trabalho, o empregado contrai uma obrigação de fazer, de caráter personalíssimo e intransferível a terceiro¹⁷.

A atividade deve ser direta e exercida pelo próprio trabalhador. Fica excluída toda espécie de delegação, o que vale dizer que não é empregado aquele que por sua iniciativa se faz substituir no serviço, circunstância que descaracteriza a relação de emprego¹⁸.

Gomes e Gottschalk apontam tratar-se de obrigação não fungível, isto é, que não pode ser satisfeita por outrem, mas tão somente por quem a contraiu. Por essa razão, o empregado não poderia se fazer substituir na empresa em que trabalha – salvo se o

12 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 591.

13 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 270.

14 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 271.

15 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 271.

16 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 162.

17 SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 128.

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 593.

empregador consentir¹⁹.

A pessoalidade é conceito que pode ter significados mais amplos. Primeiro pode ser visto como a intransferibilidade ou infungibilidade por iniciativa unilateral do prestador, característica própria dos contratos *intuitu personae*.

Segundo, pode ser visto como a indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o dever a prestar é a própria atividade da pessoa.

Terceiro, pode ser visto como a personalidade, na medida em que empenhando a própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado deve ter a proteção legal de direitos básicos que protejam a esfera mais íntima do seu próprio ser, a sua moral e a sua dignidade.

Quarto, o espírito de colaboração, porque, apesar da luta de classes, o trabalhador não pode deixar de cumprir com os deveres éticos e jurídicos decorrentes de sua inserção na organização empresarial, ou mesmo com os deveres instrumentais inerentes à projeção da boa-fé objetiva nos contratos *juslaborais*²⁰.

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. É o caso das substituições, desde que de curta duração, com o consentimento do tomador de serviços. Ainda, cite-se o caso das substituições normativamente autorizadas como férias, licença gestante e afastamentos diversos. Nesses casos, a relação apenas se suspende ou interrompe, sem qualquer descaracterização da pessoalidade inerente à relação de emprego²¹.

1.1.3 Onerosidade

A onerosidade refere-se à expectativa do empregado em receber contraprestação por seu trabalho. O obreiro trabalha com o fim de obter remuneração pelos seus serviços.

Difere, portanto, do trabalho gratuito, desinteressado, como seria o exemplo da freira que presta serviços em hospital, levando a palavra religiosa aos pacientes. Não é considerada empregada do hospital, porque a sua atividade é exercida sem salário, por força da sua

19 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

20 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 595.

21 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 271-272.

natureza e fins.

O trabalho voluntário prestado por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituições sem fins lucrativos não gera vínculo de emprego (Lei nº 9.608/98²²), desde que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social²³.

A onerosidade pode estar presente mesmo que a remuneração não seja paga ou sequer esteja convencionada. Sendo o trabalho produtivo, prestado em favor de outro e gerando expectativa de retorno econômico, restará suficientemente configurada a onerosidade.

A doutrina italiana sustenta a figura da oportunidade de ganho. O empregado não receberia diretamente do empregador, mas teria uma ocasião por este ensejada para que realmente se tornasse um profissional recebendo de terceiros. O exemplo típico é o da garçeta, pois o empregador oferece ao garçom a chance de viver mediante o trabalho que presta no seu estabelecimento, ainda que sem a percepção de qualquer quantia em dinheiro do proprietário do negócio²⁴.

A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve ser enfocada sob a ótica do trabalho realizado ou mesmo sob a ótica do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho (mesmo simples) é passível de mensuração econômica²⁵.

Portanto, a questão da onerosidade deve ser vista sob o ponto de vista do empregado. Não é a falta de estipulação do quantum do salário ou o seu pagamento sob a forma indireta que desfiguram a condição de empregado, mas a intenção de prestar o serviço desinteressadamente, por mera benevolência²⁶.

22 *Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade.*

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 162.

24 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 596.

25 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 276.

26 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 597.

1.1.4 Subordinação

Subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência²⁷. É a obrigação que o empregado tem de cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho²⁸.

Empregado é um trabalhador cuja atividade é exercida sob dependência de outrem para quem ela é dirigida. A CLT usa a palavra “dependência”, contudo, generalizou-se em seu lugar a expressão “subordinação”²⁹.

Para alguns doutrinadores, a subordinação é hierárquica, significando a aceitação no próprio trabalho, das ordens de um superior; para outros, a subordinação é econômica, entendendo-se aquela que põe o trabalhador numa sujeição ou estado de dependência econômica; para outros a subordinação é jurídica, entendendo-se como tal um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens; para outros a subordinação é técnica, assim se entendendo aquela que nasce entre indivíduos dos quais um exerce de modo constante uma atividade na indústria humana e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam; finalmente, para outros, a subordinação é social, correspondente ao estado decorrente da classe social³⁰.

A palavra “dependência” por si só não esclarece se ela é de caráter econômico, social, técnico ou hierárquico. Mas é a esta última, que resulta da subordinação jurídica assumida pelo próprio trabalhador ao ajustar o contrato de trabalho, que se refere a CLT³¹.

A dependência técnica, outrora defendida, era determinada por dois elementos: 1) que alguém trabalhasse para outrem que tenha como profissão utilizar os serviços alheios (profissionalidade do empregador); 2) que as ordens recebidas pudessem conter, por parte de quem as emite, um caráter de tecnicidade³².

Pelo critério da dependência econômica, também já tido como obsoleto, eram necessárias duas condições: 1) que aquele que fornecesse o trabalho dele retirasse o seu único

27 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 599.

28 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 130.

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 161.

30 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 600.

31 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

32 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 252.

ou principal meio de subsistência; 2) que aquele que pagasse o trabalho absorvesse integralmente e regularmente a atividade daquele que presta o trabalho³³.

O debate sobre a natureza jurídica (posicionamento classificatório) do fenômeno da subordinação já se pacificou. Classifica-se como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido pelo trabalhador e o tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de prestação do trabalho. Portanto, prevalece a teoria da subordinação jurídica pela qual o modo como o trabalho é prestado constitui o objeto do contrato³⁴.

A subordinação consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará³⁵.

Portanto, a subordinação é encarada sob um prisma *objetivo*: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão *subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição. Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva, por exemplo, é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos funcionários³⁶.

Esclarece Paulo Vilhena que a relação de emprego, fundada na subordinação, é uma relação *intersubjetiva* (entre dois sujeitos), mas cujo nexos fundamental é de natureza *objetiva*. Por isso, o conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e objetivamente ser fixado³⁷. Tem-se, pois, conceitual e objetivamente, a subordinação como a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho³⁸.

A doutrina moderna, tendo em vista a diversidade de relações jurídicas atualmente

33 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 253.

34 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 282.

35 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 281.

36 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 281.

37 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. pp. 517-518

38 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 526.

existentes, cada qual com uma diferente configuração, como o teletrabalho, o trabalho cooperado, o trabalho de representantes ou vendedores comerciais, o trabalho de corretores e a ampliação do trabalho autônomo hipossuficiente e outros, intenta reelaborar o conceito de subordinação, pendendo para a continuidade do trabalho prestado para o mesmo destinatário como o principal traço definidor do vínculo de emprego, reconhecendo a atenuação da subordinação e introduzindo dos conceitos, o de coordenação e o de parassubordinação³⁹.

A diferença básica entre a parassubordinação e a subordinação é que a primeira diz respeito a um regime de colaboração entre as partes e não exatamente de subordinação, pois há autonomia na prestação de serviços. O regime de colaboração pressupõe que as partes têm objetivos em comum a serem atingidos. A coordenação mostra a ideia de “ordenar juntos”. O trabalhador parassubordinado organiza sua própria atividade. O empregado fica submetido ao poder de direção do empregador. A coordenação implica ligação entre o prestador e o tomador dos serviços quanto à atividade desenvolvida. Vincula-se aos resultados⁴⁰.

A subordinação permite dividir dois grandes campos do trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Empregado é definido como o trabalhador subordinado. Trabalhador não subordinado é dito autônomo.

1.1.4.1 Subordinação e Autonomia

Trabalhador autônomo é aquele “*que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada*” (art. 4º, alínea “c”, da Lei nº 5.890, de 1973).

Ele assume os riscos da atividade que empreende, ao contrário do empregado em que de regra não pode participar das despesas ou dos eventuais insucessos da empresa⁴¹.

Uma classe importante de trabalhadores autônomos é constituída pelos que exercem profissão liberal⁴². Dirigem a sua própria atividade e a prestação do serviço.

Na teoria não é difícil estabelecer o elemento fundamental que distingue o empregado do trabalhador autônomo: a subordinação. Empregado é o trabalhador

39 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 600.

40 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 133.

41 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 146-147.

42 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87.

subordinado. Autônomo é aquele que trabalha sem subordinação⁴³.

A subordinação é a submissão do trabalhador ao seu poder de direção. O empregado consente que o seu trabalho seja dirigido pelo empregador. Esse, pode dar-lhe ordens de serviço, pode dizer-lhe como deverá trabalhar, o que deverá fazer, em que horário e em que local.

De modo diverso opera o trabalhador autônomo. Não há poder de direção sobre a atividade dele. O autônomo não está subordinado às ordens de serviço de outrem, uma vez que, sendo independente, trabalhará quando quiser, como quiser e segundo os critérios que determinar⁴⁴.

1.1.5 Não-Eventualidade

Só adquire o “status” jurídico de empregado aquele presta serviços contínuos que correspondam a uma necessidade permanente da empresa, tendo em vista os fins econômicos que ela persegue⁴⁵.

Amauri Nascimento define a não-eventualidade como atividade necessária exercida de modo permanente, contínuo⁴⁶. Entende-se por continuidade de serviços a possibilidade que o contrato de trabalho contém em si de se prolongar indefinidamente no tempo, colocando o empregado a sua força de trabalho à disposição do empregado de modo contínuo. Importa somente fixar a intenção das partes em manterem-se engajadas para uma prestação contínua, segundo a lei ou as cláusulas do próprio contrato.⁴⁷

Se o diploma legal conceituou o empregado como sendo aquele que presta serviços de natureza não-eventual, significa dizer que determinou ser um dos elementos configuradores do contrato de trabalho a continuidade do vínculo empregatício⁴⁸.

Serviços de natureza eventual não significam trabalho intermitente, relativo a uma relação jurídica não transitória; concernem, isto sim, a trabalho excepcional prestado em

43 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 164.

44 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 164.

45 SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 35 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 28.

46 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 161.

47 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 249.

48 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 213.

virtude de uma relação jurídica também ocasional. É o trabalho denominado vulgarmente por *biscate*.

Nesse sentido, o trabalhador contratado para serviço de uma ou mais semanas inteiras para desentulhar paredes que caíram não é empregado. A atividade é por período corrido. Contudo, tem caráter transitório, excepcional.

De modo diverso é o trabalhador contratado para prestar serviços aos sábados e domingos num clube desportivo é, neste caso, intermitente, mas o seu contrato de trabalho é de caráter continuativo⁴⁹.

Gomes e Gottschalk distinguem trabalho eventual do adventício. O primeiro seria o trabalho transitório e acidental, em caso de ser necessário um serviço imposto por exigência momentânea da empresa. Por ser atividade efêmera e acidental, não se configura o elemento da não-eventualidade. O segundo é destinado a trabalhos intermitentes, mas habitual e periodicamente necessário, surgindo em intervalos mais ou menos breves, conforme as exigências do estabelecimento. Nesse caso, o trabalho, ainda que descontínuo, por ser permanentemente necessário, preenche o requisito da não-eventualidade⁵⁰.

O serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade na prestação de serviços, pois aquele pacto é um contrato de trato sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que é pago o preço e entregue a coisa.

No contrato de trabalho, há a habitualidade, regularidade na prestação dos serviços, que na maioria das vezes é feita diariamente, mas poderia ser de outra forma, por exemplo: bastaria que o empregado trabalhasse uma vez ou duas por semana, toda vez no mesmo horário, para caracterizar a continuidade da prestação de serviços. Muitas vezes, é o que ocorre com advogados que são contratados como empregados para dar plantão em sindicatos duas ou três vezes por semana, em certo horário, em que a pessoa é obrigada a estar naquele local nos períodos determinados. Às vezes, isso é o que ocorre com os médicos. A CLT não usa a expressão trabalho cotidiano, diário, mas mostra continuidade, habitualidade⁵¹.

49 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214.

50 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 82.

51 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 129.

Carmen Camino também desvincula a não-eventualidade do período de prestação do trabalho. Defende, como a maioria da doutrina, que a não-eventualidade está relacionada com o objeto da atividade econômica do empregador. Alega que são aqueles serviços imprescindíveis à sua consecução, daí a necessidade permanente e renovada do trabalho entregue pelo empregado. Serviços não-eventuais são os serviços essenciais, vinculados à atividade econômica, independentemente do lapso de tempo em que prestados. São a antítese dos serviços eventuais, circunstancialmente necessários, destinados ao atendimento de emergência, quando interessa a obtenção do resultado e não o ato de trabalhar⁵².

Ela ainda lembra que na relação de emprego, o que interessa é o ato de trabalhar (o empregado trabalhando) e não, imediatamente, o resultado do trabalho. Caberá ao empregador dar ordens a fim de dirigir o desempenho do empregado na forma pretendida pelo empreendimento.

A autora exemplifica a sua definição por meio de dois exemplos. O primeiro é o de um instalador hidráulico que faz reparo em coluna d'água em loja de comércio de roupas femininas. Ao término do trabalho, o reparador não permanece com vínculo com a atividade econômica empreendida no local. O segundo é o da balconista que aguarda clientes no balcão. Ainda que não haja clientes para serem atendidos, o fato de estar disponível e a atividade de venda ser da essência de uma loja de comércio são suficientes para caracterizar o seu vínculo com a atividade. Defende, por isso, que não é o lapso de tempo o fator determinante da não-eventualidade, mas a natureza do trabalho⁵³.

A distinção entre o trabalho eventual do não-eventual, no seu sentido técnico-jurídico, é relevante para os fins a que se destina esse trabalho. Por isso, a subseção a seguir irá detalhar ainda mais essas características distintivas.

1.1.5.1 O Trabalho Eventual

O trabalho pode ser prestado, quanto ao aproveitamento que dele fazem os seus destinatários, de duas maneiras fundamentalmente diversas: o trabalho eventual e o trabalho não-eventual. Trabalho eventual é aquele que é exercido, ainda que de forma contínua e profissional, para destinatários que variam no tempo. Não há fixação jurídica do trabalhador a

52 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 82.

53 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. pp. 82-83.

qualquer um dos destinatários do trabalho⁵⁴.

Segundo Amauri Nascimento, há mais de uma teoria que procura explicar a diferença entre empregado e trabalhador eventual: a do evento, a dos fins da empresa, a da descontinuidade e a da fixação⁵⁵.

Pela teoria do evento, o eventual é o trabalhador admitido numa empresa para obra, acontecimento ou serviços específicos. Nesse caso, o eventual vai cumprir na empresa algo que ficou estabelecido e que não terá longa duração. Terminada a sua missão, automaticamente estará desligado.

Pela teoria dos fins da empresa, empregado é o trabalhador cujas atividades coincidem com os fins normais da empresa. Eventual é quem está na empresa para executar serviços que não coincidem com os fins por ela visados na sua atividade normal⁵⁶. Por essa teoria, o pedreiro que vai construir um muro em uma fábrica de automóveis não é empregado, mas trabalhador eventual. Amauri Nascimento critica tal orientação. Alega que o pedreiro pode ser empregado da fábrica de automóveis, embora os fins da sua atividade em nada coincidam com os fins da empresa⁵⁷.

Pela teoria da descontinuidade, o eventual é o trabalhador ocasional, esporádico, que trabalha de vez em quando. Empregado, pelo contrário, é o trabalhador permanente.

Gomes e Gottschalk destacam que a continuidade não deve ser confundida com a prestação efetiva de serviço duradouro. Verifica-se a continuidade quando as partes têm intenção de se ligar por tempo considerável⁵⁸. Dessa maneira, caso a relação termine precocemente não se desnatura o vínculo constituído.

Em sentido contrário, se as partes ficarem vinculadas por mais tempo, em razão de necessidade extraordinária, mas pretendiam ficar vinculadas apenas por circunstância de determinado evento, não há de se falar em continuidade em razão do tempo.

Pela teoria da fixação, o eventual é aquele que não se fixa a fonte de trabalho, enquanto o empregado é o trabalhador que se fixa a ela.

54 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 598.

55 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 166.

56 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 425.

57 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 426.

58 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

Amauri Nascimento conceitua a eventualidade como o acaso, a contingência, a incerteza. Para ele, “*trabalhador eventual é aquele que presta a sua atividade para alguém, ocasionalmente*”. As características da relação jurídica estabelecida poderiam ser assim resumidas: a) a descontinuidade, entendida como a não-permanência em uma organização de trabalho com ânimo definitivo; b) a impossibilidade de fixação jurídica a uma fonte de trabalho, conseqüente dessa mesma descontinuidade e da pluralidade de tomadores de serviços; c) a curta duração de cada trabalho prestado⁵⁹.

O autor defende que a principal diferença entre o empregado e o trabalhador eventual reside no fato de o empregado estar permanentemente vinculado a um único empregador, enquanto o eventual prestar o serviço a múltiplos beneficiários em frações de tempo relativamente curtas.

Assim, para o autor, trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem patrão, sem empregador, porque o seu serviço é aproveitado por inúmeros beneficiários, cada um destes se beneficia com as atividades do trabalhador por curtos períodos, sem nenhum caráter de permanência ou de continuidade; é o trabalho transitório, caracterizado por tarefas ocasionais de índole passageira⁶⁰.

Já o empregado destina o seu trabalho de modo constante, inalterável e permanente a um destinatário, de modo a manter uma constância no desenvolvimento da sua atividade em prol da mesma organização, suficiente para que um elo jurídico seja mantido, resultante, muitas vezes, dessa mesma continuidade⁶¹.

Ao se falar em eventualidade, ou em ausência de continuidade prestação de serviços, já se verifica que inexistente relação de emprego, pois o traço marcante do contrato de trabalho é a continuidade. Havendo a prestação de serviços eventuais a uma ou mais empresas, o trabalhador será considerado eventual⁶².

O trabalho eventual difere do trabalho intermitente. O intermitente é modalidade do eventual, distinguindo-se pelo seu caráter cíclico continuado, mas com intervalos entre o fim de um e o início de outro trabalho para a mesma fonte.

Eventual é a babá que auxilia uma família nas férias. Intermitente é a diarista que vai

59 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 426.

60 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 598.

61 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 598.

62 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 156

uma vez por semana auxiliar no trabalho doméstico⁶³. Da mesma forma, é intermitente, não considerado eventual, o caso do trabalhador de temporada, como é o caso da faxineira de hotel, que trabalha a cada temporada em que há necessidade de mais faxineiras⁶⁴.

O critério mais aceito para a caracterização da não-eventualidade é o baseado na necessidade permanente da empresa de determinado serviço ou mão de obra. Não se trata de serviço meramente acidental, cuja repetição somente possa ser consequência do concurso de circunstâncias especiais ou, o que é o mesmo, que o serviço seja prestado de maneira uniforme, em períodos de tempo fixos⁶⁵.

Assim, por exemplo, o serviço que uma pessoa presta duas vezes por semana a uma empresa constitui emprego efetivo, mas não o será se só por circunstância acidental, desarranjo de uma máquina, se chama um mecânico especial, e concluído este trabalho, fica desligado o trabalhador, sem que se saiba se os seus serviços voltarão ou não a serem utilizados.

Dito de outra forma, não deixaria de ser eventual ou ocasional um trabalhador que, numa emergência, substituísse um empregado efetivo que faltasse ao serviço por horas ou mesmo dias. A atividade era necessária e permanente na empresa, mas, para esse trabalhador, a sua prestação não deixaria de ser acidental e subjetivamente avulsa. É o caso de uma empresa de telefonia que contrata trabalhador para levantar poste derrubado por uma tempestade. Trata-se de evento momentâneo, que as partes de boa-fé, independente de eventuais expectativas, bem sabem tratar-se de serviço eventual ou não⁶⁶.

Por isso, o trabalhador eventual é o ocasional, fortuito, esporádico, aleatório. O trabalho eventual é aquele cuja demanda pelo serviço é incerta. Já o trabalho não eventual diz respeito à demanda de trabalho certa, seja permanente ou intermitente.

Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporados à sua atividade normal. É o caso do eletricitista que trabalha na indústria automobilística. Apesar de essa indústria não ter por atividade questões de eletricidade, mas a produção de veículos automotores, o trabalhador que presta serviços com habitualidade é

63 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 429.

64 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 156.

65 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 250.

66 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. pp. 250-251.

considerado empregado.

Nesse sentido, não se pode considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. A eventualidade está relacionada com a aleatoriedade com que o serviço é demandado. Se o serviço é permanentemente necessário, ainda que forma intermitente, é serviço não eventual.

De outro modo, se o eletricitista vai uma vez ou outra para reparar as instalações elétricas daquela empresa, aí, sim, estará caracterizada a eventualidade, pois o trabalhador foi contratado apenas para determinado evento aleatório, incerto na empresa, ou seja, reparar sua instalação elétrica⁶⁷.

Vilhena apresenta uma concepção diferenciada a respeito desse tema. Entende que a regra legal impôs excessivo rigor ao definir a não-eventualidade como requisito para a formação da relação de emprego.

O equívoco, que importa em grande desvio no tratamento desse problema, reside na dificuldade encontrada pelo legislador de aplicar institutos trabalhistas a situações esporádicas de trabalho. Admite-se que certos institutos não comportem apropriação, porque são incompatíveis com a instantaneidade da relação de trabalho. Esta exige, como condição de incidência, o decurso de lapsos maiores de tempo na prestação de serviços ou acumulação de tempos: repouso semanal, férias, integração de horas extras, indenização⁶⁸.

O referido autor entende que a eventualidade é um pressuposto que deveria ser revisto, não só pela precariedade de contornos e pela mobilidade ou fluidez com transita de casos para caso, como por não guardar qualquer relação com o objeto básico da tutela jurídica na prestação de serviços: o trabalho por conta alheia.

Entende que a dificuldade na implementação dos pagamentos das verbas trabalhistas não deve servir de óbice para o reconhecimento e tutela do Direito do Trabalho.

Afirma o autor que, eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de personalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os pressupostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho⁶⁹.

67 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 156.

68 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 415

69 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. pp. 414-415

1.2 CONCEITO DE EMPREGADOR

Do ponto de vista sociológico e político, o empregador é o membro da classe capitalista ou do patronato; do ponto de vista econômico, o empregador é o titular do meio de produção capital e, na maioria dos casos, o proprietário da empresa; do ponto de vista técnico-jurídico, o empregador é o credor da prestação de trabalho e o devedor da retribuição⁷⁰.

Para os fins deste trabalho, interessa a concepção técnico-jurídica do termo, que permite definir o empregador de modo objetivo e de modo subjetivo. Pelo modo objetivo, o empregador é o credor da prestação laboral e o devedor da retribuição que lhe corresponda. Pelo modo subjetivo, o empregador é o ente laboral que detém a organização no seio da qual o trabalhador se insere e que sobre ele exerce poderes de autoridade, ou seja, o empregador é o titular dos poderes de direção e disciplina, que correspondem à posição de subordinação do trabalhador⁷¹.

É pelo critério subjetivo que permite efetivamente distinguir o empregador de outros credores de prestações laborativas, dito de outra maneira, é o fato de ser detentor de poderes laborais de direção e de disciplina que singulariza o empregador laboral.

A CLT define o termo empregador para os fins da tutela trabalhista.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza e dirige a prestação de serviços de um ou mais trabalhadores, numa relação jurídica em que estes ficam subordinados ao seu poder de comando e dele recebem os correspondentes salários⁷².

O empreendedor é o chefe natural do grupo social que constitui a empresa econômica. Pode receber outros nomes como diretor ou presidente em associações ou clubes, mas o que importa é que é esta figura quem determina o fim a que se pretende alcançar.

Esta figura não só determina a finalidade, mas também agencia os meios materiais e incorpóreos necessários à sua estruturação, dirige a execução do trabalho do pessoal.

70 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Dogmática Geral**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 325-326.

71 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Dogmática Geral**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 326.

72 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 185.

O Direito do Trabalho uniformiza a designação dos dirigentes, designando-os como empregadores, quer seja o empreendedor, fundador, diretor, chefe. Da mesma forma, aqueles que trabalham sob dependência deste são designados empregados⁷³.

O trabalho é prestado em proveito do empregador, isto é, daquele a quem é devida a obrigação de fazer. Mediante contrato, negócio jurídico legítimo, o empregado abre mão da possível propriedade do produto do seu trabalho, dissocia-se dele em favor de quem lhe paga e dirige exatamente para que trabalhe para ele⁷⁴.

Ainda, o trabalho é prestado não da maneira como o empregado deseja, mas sob as ordens do empregador. O trabalho é dirigido, subordinado. Detém o empregador o poder direção, fiscalização.

Esse poder de comando, ou hierárquico, é atribuído ao empregador porque só a ele cabe o risco da atividade para cuja execução contrata empregados.

Podem figurar como empregadores não só as empresas, mas também entidades que não tem atividade econômica, como as entidades beneficentes ou as associações. Além dessas, a União, Estados-membros, municípios, autarquias, fundações, massa falida, espólio, microempresa. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras que explorem atividade econômica têm obrigações trabalhistas, sendo consideradas empregadoras (§1º do art. 173 da CF⁷⁵). Ainda, a pessoa física que explora individualmente o comércio. Sumarizando, pode-se concluir que é empregador todo aquele que tem empregado⁷⁶.

1.2.1 Despersonalização do Empregador

A empresa tem característica eminentemente econômica e seu conceito é encontrado, principalmente, na Economia. Pela concepção econômica, a empresa é a combinação dos fatores de produção: terra, capital e trabalho. Na concepção jurídica, a empresa é atividade

73 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 66.

74 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7ed. São Paulo: LTr, 1995. p.251.

75 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, (...)”

76 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 183.

exercida pelo empresário⁷⁷.

Entendeu o diploma celetista que os direitos e obrigações trabalhistas nascem, persistem e extinguem-se em razão do funcionamento da empresa. Por essa razão, despersonalizou-se o empregador em favor da continuidade do contrato de trabalho⁷⁸.

Utiliza-se como ponto de referência dos contratos de trabalho, não mais a pessoa física ou jurídica do seu titular, mas o próprio organismo produtivo⁷⁹.

A atividade econômica é traduzida em uma ideia de movimento. Trata-se de um conceito dinâmico. A relação de emprego estabelece-se com a pessoa física ou jurídica que estiver na titularidade da empresa quando da admissão do empregado, porque a empresa não é sujeito de direitos e obrigações. Da mesma maneira, a execução dos serviços dar-se-á sob o comando de alguém, pessoa física ou jurídica titular da empresa ou preposto dela.

Essa integração determina a permanência do empregado vinculado à empresa mesmo que esta venha a ter alterada a sua propriedade ou a sua estrutura jurídica. Aquele que aliena a empresa não mais tem necessidade da força de trabalho que só tem utilidade para a atividade. O novo titular, por adquirir a empresa, adquire também a força de trabalho a ele vinculada⁸⁰.

A equiparação do empregador à empresa tem por base a teoria institucionalista. A empresa é algo que perdura no tempo, feita para durar, duradoura. O empregador é o ente destituído de personalidade jurídica. Tanto é empregador a sociedade de fato, a sociedade irregular que ainda não tem seus atos constitutivos registrados na repartição competente, como a sociedade regularmente inscrita na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos⁸¹.

Embora a conceituação de empregador como sendo a empresa tenha como objetivo tutelar os interesses do empregado, parte da doutrina critica tal definição⁸².

Alegam que a concepção de empresa leva à conclusão de ser ela objeto e não sujeito

77 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 179.

78 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 187.

79 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188.

80 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. pp.102-103.

81 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 182.

82 “(...) a Consolidação das Leis do Trabalho comete o imperdoável erro de definir empregador como sendo a empresa. Assim, considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Tal definição é um dos muitos equívocos a que foi legado o consolidador pela absorvente ideia de que se imbuuiu de institucionalizar o Direito do Trabalho (...)”. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 102.

de relações jurídicas regidas pelos Direitos Civil, Comercial e do Trabalho. Deste modo, se a empresa é objeto e não sujeito de direito, não pode ser o empregador, o qual tem de ser sempre uma pessoa física ou jurídica⁸³.

Apesar da crítica, reconhecem a motivação e a injustiça que seria admitir que a alienação da empresa pelo seu proprietário pudesse afetar os contratos de trabalho, reconhecendo que o emprego dos trabalhadores deve ser assegurado, porque o empregador de fato não se altera com a mudança de proprietário⁸⁴.

Mesmo assim, Gomes e Gottschalk criticam a definição aceitando as razões que a motivaram. Alegam que a questão da personalização da empresa é que apresenta um erro conceitual.

Prosseguem os autores ensinando que se uma sociedade é criada para explorar uma empresa, esta deverá, necessariamente, encontrar naquela a sua expressão jurídica. Portanto, a personalização é atributo da primeira e não da segunda. A sociedade é personalizada; a empresa, não⁸⁵.

Do conceito doutrinário de empresa, ressaltam os seguintes elementos: a) trata-se de atividade de uma pessoa natural ou jurídica, que é o empresário; b) esta pessoa reúne pessoas e os bens materiais e imateriais para a consecução do seu objetivo; c) nada impede que a empresa e o empresário se confundam, sem trabalho alheio (o que não interessa ao Direito do Trabalho); d) o escopo desejado é a satisfação de necessidades econômicas, isto é, a finalidade é econômica; e) a empresa pode dispor de um só estabelecimento, com o qual se confunde materialmente, ou de mais de um⁸⁶.

Do ponto de vista do Direito do Trabalho, três elementos são suficientes para caracterizar o quadro das relações que regula⁸⁷: 1) uma tarefa a executar; 2) uma autoridade que dirige esta execução; 3) um pessoal que assegura a realização.

Do ponto de vista trabalhista, interessa, em primeiro lugar, que a instituição,

83 SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 35ed. São Paulo: LTr, 2002.

84 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 109.

85 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 104.

86 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. pp. 268-269.

87 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

econômica ou não, desenvolva certa atividade. Em seguida, que haja e seja exercido um poder de direção, que é a autoridade organizativa, encarnada no seu chefe. Por fim, a formação de um pessoal⁸⁸.

A maior ou menor complexidade da organização não a desnatura, sejam quais forem o volume e a importância do conjunto de coisas e pessoas, de bens materiais e imateriais, necessários à sua consecução, ao pleno êxito dos seus propósitos. O que importa sempre é a diferenciação social mínima, entre direção e execução, com o objetivo de produzir para o mercado⁸⁹.

A definição de empresa econômica não esgota a totalidade do relacionamento do lado do empregador. A lei brasileira ampliou o conceito de empregador acrescentando o § 1º, ao art. 2º da CLT:

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Há situações que se situam à margem do Direito do Trabalho. São situações limite que extralimitam as fronteiras do conceito técnico de empresa, mas que abrangem situações que representam fontes permanentes de trabalho subordinado.

São os casos de associações civis de proprietários urbanos ou rurais, sindicatos, associações profissionais, clubes recreativos, associações educativas, instituições beneficentes, cooperativas⁹⁰.

Maria do Rosário Palma Ramalho conceitua empresa laboral como a modalidade de empresa que tenha trabalhadores subordinados. Faz essa distinção porque não são todas as empresas que possuem empregados. Defende que, pela perspectiva objetiva, a empresa é reconduzida ao complexo de bens objeto do domínio do empresário, porque integram o seu patrimônio. Já pela perspectiva orgânica ou institucional, a empresa é vista como um corpo social, dotada de um objetivo próprio, comum aos seus membros, e de uma organização específica, que envolve determinada distribuição funcional e cuja autonomia lhe permite

88 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

89 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 269.

90 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

sobreviver às vicissitudes do próprio empresário⁹¹.

1.2.2 Empresa e Estabelecimento

O conceito de empresa importa a muitos ramos do Direito. Por essa razão, é possível valer-se da literatura empresarial para obter uma definição que auxilie na compreensão desse tema. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, empresa é

“a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito de nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa)”⁹².

Como atividade econômica, profissional e organizada, a empresa tem estatuto jurídico próprio, que possibilita o seu tratamento com abstração em relação ao empresário. Trata-se de mero expediente técnico-jurídico destinado a melhor compor os conflitos de interesses relacionados com a produção ou circulação de certos bens ou serviços.

Segundo Fran Martins, o melhor critério para identificar a empresa comercial é o de considerar como tal aquela em que o empresário se dedica, em caráter profissional, a fazer com que os bens passem de uma pessoa para outra (circulação de bens), praticando essa atividade com o **intuito de lucro**⁹³.

A empresa corresponde a uma universalidade de pessoas intervencionadas por variadas modalidades de relações jurídicas e de bens materiais e imateriais, organizados para a realização de um empreendimento econômico⁹⁴.

Estabelecimento é o local onde a empresa realiza, materialmente, a consecução dessa finalidade. Para o Direito do Trabalho, importa o local onde os empregados da empresa executam suas atividades, ou a que estão vinculados os que realizam serviços externos ou no próprio domicílio⁹⁵.

Nem a empresa nem o estabelecimento são pessoas jurídicas; integrando o patrimônio de seus titulares, constituem objetos e não sujeitos de direito. Estabelecimento ou

91 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Dogmática Geral**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 329-332.

92 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

93 MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11.

94 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 189.

95 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 189.

fundo de comércio é o conjunto de bens operados pelo comerciante, sendo uma universalidade de fato. Compreende as coisas corpóreas existentes em determinado lugar da empresa, como instalações, máquinas, equipamentos, utensílios; e as coisas incorpóreas, como a marca, as patentes, os sinais⁹⁶.

Gomes e Gottschalk discordam da definição de grade parte da doutrina de que a empresa seria simplesmente a unidade econômica e o estabelecimento a unidade técnica⁹⁷. Afirmam que na maioria das vezes, as duas noções coincidem no caso de pequenas e médias empresas, que exercem em um só e mesmo estabelecimento.

Os traços apontados como distintivos da empresa em relação ao estabelecimento podem ser assim resumidos⁹⁸: 1) a independência contábil e financeira; 2) a subordinação hierárquica; 3) o exame do risco da atividade econômica.

A relação de emprego vincula o trabalhador (empregado) à empresa e não ao estabelecimento onde estiver lotado. Por isso, a mudança de estabelecimento não implicará mudança no polo empregador da relação. Portanto, não constitui novo contrato de trabalho a simples mudança de estabelecimento.

A CLT admite a transferência do empregado de um estabelecimento para outro nos termos do art. 469⁹⁹.

Os elementos analíticos da conceituação de estabelecimento são os seguintes¹⁰⁰: a) titularidade de uma pessoa natural, ou jurídica, em nome e por conta da qual o estabelecimento é explorado; b) um conjunto de bens materiais e imateriais, como local, maquinaria, estoque, matéria-prima, patentes de invenção, crédito, direitos em geral; c)

96 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 180.

97 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67.

98 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 68.

99 *Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.*

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

100 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 270.

finalidade técnica, ao contrário da empresa, cuja finalidade é econômica.

Quem determina os fins da atividade econômica e lhe assume os riscos é o empresário. Somente ele se expõe aos riscos e se beneficia dos lucros. Os meios técnico-financeiros e jurídicos para obviar os riscos e sanar as suas consequências são predispostos pelo empresário, em sede da empresa. Não cabe ao estabelecimento predispor nesse sentido. O estabelecimento é, pois, a unidade técnica, financeira, hierárquica e juridicamente subordinada à empresa¹⁰¹.

Tal subordinação não impede que o Direito do Trabalho confira ao estabelecimento um lugar de relevância. As normas de tutela do trabalho, como as de higiene e segurança, duração do trabalho em todos os seus aspectos, equiparação salarial, entre outras, dirigem-se, em primeiro lugar, ao estabelecimento e, apenas mediatamente, à empresa, como sucede com as regras de sucessão, sobre consórcio econômico de empresa¹⁰².

O conceito dominante é o do estabelecimento como a localização física, concreta e material da exploração empresarial. Em nossa legislação fica para a empresa o tratamento abstrato, incorpóreo, de bem complexo, de coisas materiais e imateriais, inclusive relações de trabalho para o exercício da atividade econômica¹⁰³.

1.2.3 Interposição de Empresas

A subcontratação entre empresas não é vedada pela lei. Nada impede que empresas contratem outras para prestação de serviços, caso em que entre a contratante e a contratada haverá um vínculo jurídico de direito civil ou comercial.

Há diversas formas de contrato que podem ser utilizados para vincular empresas distintas, como o de empreitada, locação de serviços, arrendamento, parceria.

Todavia, o uso dessas formas contratuais com a finalidade de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista é condenado pelo Direito do Trabalho, na tutela do trabalhador, daí a proibição, entre a empresa tomadora de serviços e a fornecedora, da

101 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 68.

102 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 69.

103 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 271.

interposição desta última em determinadas circunstâncias que, uma vez verificadas, podem acarretar a declaração judicial do vínculo de emprego diretamente com aquela ou a responsabilidade solidária entre a contratante e a contratada pelos débitos trabalhistas do pessoal supostamente desta¹⁰⁴.

1.2.4 Responsabilidade do Empregador

A responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o polo passivo dessa relação.

A responsabilidade decorre do fato de que o empregador é o beneficiário principal e direto da relação jurídica entre as partes. Por isso responde pelas obrigações decorrentes dessa relação.

Afora o empregador típico, permite o Direito do Trabalho quem também assuma essa posição a entidade componente de grupo econômico – ainda que não se tenha valido diretamente dos serviços efetivos do obreiro, contratado por outra entidade do mesmo grupo (Súmula nº 129, TST¹⁰⁵ e §2º do art. 2º da CLT¹⁰⁶). Nesse caso, os integrantes do grupo serão responsáveis solidariamente pelas verbas resultantes do respectivo contrato de trabalho, em função da qualidade de empregador que lhes foi reconhecida pela ordem jurídica¹⁰⁷.

No caso de terceirização ilícita, em que se reconhece o vínculo empregatício com o efetivo tomador de serviços, a responsabilidade que surge para o tomador é distinta das situações anteriores. Nesta, o tomador de serviços passa a assumir a posição de empregador, desfazendo-se judicialmente a relação simulada com a empresa terceirizante. Desse modo, a terceirização ilícita, judicialmente desfeita, com fixação de vínculo empregatício do trabalhador com o real contratante e beneficiário dos serviços, diz respeito a mais uma hipótese de responsabilização decorrente do vínculo empregatício reconhecido.

104 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 620.

105 “A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário”.

106 “§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

107 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 474-475.

São diversas as situações de responsabilização trabalhista do não-empregador. De um lado, a que envolve a responsabilidade do sócio da entidade societária empregador, em face das verbas trabalhistas devidas pela sociedade. De outro, a responsabilidade da empresa tomador de trabalho temporário, em vista das verbas devidas ao obreiro pela empresa de trabalho temporário. Em um terceiro plano, a responsabilidade da empresa tomadora de outros serviços terceirizados, em função das verbas cabíveis ao trabalhar submetido à terceirização¹⁰⁸. Registre-se, ainda, a responsabilidade do empreiteiro, em face das verbas trabalhistas devidas pelo subempreiteiro a seus empregados (art. 455, CLT¹⁰⁹). Fale-se, por fim, no debate sobre a responsabilidade do dono da obra, perante as verbas laborais devidas pelo empreiteiro a seus empregados¹¹⁰.

108 A Súmula nº 331 do TST dispõe: “(...) IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

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

110 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 474-476.

2 TERCEIRIZAÇÃO

A expressão terceirização resulta da derivação da palavra terceiro, entendido como intermediário, interveniente. Não é propriamente terceiro no sentido jurídico, como aquele que é estranho a uma relação jurídica. Para o Direito do Trabalho, a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. O trabalhador é inserido no processo produtivo do tomador de serviços que sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que permanecem com a entidade interveniente¹¹¹.

As empresas adotam a terceirização para tomar fôlego em relação a sua saúde financeira, em face da diminuição dos encargos sociais e da redução despesas. Desse modo, elas transferem uma parte das funções anteriormente exercidas diretamente, concentrando-se em rol de atividades cada vez mais restrito¹¹².

Forma-se uma relação trilateral composta por: o obreiro prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas necessários; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de trabalho, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador¹¹³.

Em outras palavras, o empregado terceirizado é contratado pela empresa interveniente ou fornecedora, que será responsável pela celebração do contrato de trabalho e pelos correspondentes encargos. Esse contrato conterà todos os elementos típicos da relação de emprego.

O empregado desempenha sua função e despense toda sua força laborativa em prol da empresa tomadora, realizando tarefas dentro desta e para esta¹¹⁴. Ainda assim, o seu vínculo de trabalho mantém-se exclusivamente com a empresa fornecedora de serviços. Não adquire o tomador de serviços, pelo simples contrato de prestação de serviços os poderes inerentes à relação de emprego típica.

111 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 407.

112 CUNHA, Maria Inês Moura S.A. da. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

113 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 407.

114 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 122.

Dessa feita, conclui-se que a terceirização é uma forma de organização empresarial que visa a descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal¹¹⁵.

A grande maioria dos doutrinadores entende não ser possível a terceirização para a execução de serviços ligados à atividade principal da empresa, porquanto a interposição seria fraudulenta. Dito de outra maneira, a permitir tal possibilidade seria tornar a tomadora mera “atravessadora” no mercado levando à fraude nos direitos trabalhistas¹¹⁶, porque a tomadora não estaria remunerando adequadamente o valor do trabalho dos seus colaboradores, representando uma quebra no sinalagma estabelecido na relação empregatícia.

Ainda, a terceirização nas atividades principais da empresa representa uma afronta às conquistas obtidas no ramo do Direito do Trabalho. Não há só a quebra no sinalagma, mas uma subtração nos direitos trabalhistas a que teria direito o empregado caso fosse empregado diretamente pelo tomador.

No âmbito social, admitir a terceirização na atividade-fim da empresa representaria uma desvalorização do valor social do trabalho e uma conseqüente precarização dos postos de trabalho.

Na conceituação da terceirização, verifica-se uma divergência que terá reflexos na sua conceituação. Maurício Godinho Delgado define a terceirização como “*o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente*”. Prossegue o autor afirmando que o trabalhador é inserido no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam com a entidade interveniente¹¹⁷.

Nesse sentido, o trabalho temporário pode ser visto como uma das espécies de terceirização, porque é caracteriza situação em que trabalhador estranho é inserido para laborar na atividade empresarial do empregador.

Carmen Camino diverge desse conceito. Afirma que a terceirização autorizada no

115 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 122.

116 CUNHA, Maria Inês Moura S.A. da. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

117 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 430.

Brasil é a de serviços e não de pessoas. Por isso, não se trata de trabalhador inserido no processo produtivo do empregador, mas serviço prestado por meio de empresa interposta.

Essa definição importa para distinguir o trabalho temporário da terceirização. Na primeira, contrata-se mão de obra através de interposta pessoa, independentemente da natureza de tais serviços (tanto atinentes à atividade-fim ou à atividade-meio), para suprir situação circunstancial de substituição de pessoal ou acréscimo extraordinário de serviço. Na segunda, contratam-se, de empresa interposta, serviços especializados, vinculados, estritamente, à atividade-meio, para suprir necessidade permanente¹¹⁸.

2.1 TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

Segundo Livia Miraglia, existem dois tipos de terceirização no Brasil¹¹⁹: a terceirização “para dentro da empresa” e a terceirização “para fora da empresa”.

A terceirização para fora da empresa se dá pela contratação de uma empresa terceira, que passa a ser responsável pela produção de determinados bens necessários à consecução da atividade-fim da primeira. Tal fenômeno é denominado terceirização de bens ou atividades. A atividade contratada pela empresa principal desenvolve-se no âmbito da empresa prestadora de serviços a qual cabe o risco integral do empreendimento.

A terceirização para dentro da empresa é a terceirização de serviços. Nessa hipótese, um tomador contrata outras empresas para a prestação de serviços não essenciais, desempenhados no âmbito daquela. Desse modo, os empregados terceirizados desempenham sua função dentro da empresa contratante, que é responsável pela direção e fiscalização sobre a execução do serviço. Exemplo clássico desse tipo de terceirização envolve a contratação de empresa de limpeza e conservação.

A terceirização de serviços é a mais comum no meio empresarial. O obreiro labora dentro da empresa tomadora, mas não é considerado integrante de sua estrutura organizacional, pois é empregado da prestadora de serviços a qual se reputa a responsabilidade pelo pagamento de seus créditos trabalhistas e, via de consequência, pelo incremento de programas de treinamento e reciclagem, além da organização dos planos de

118 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 157.

119 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 138.

carreira¹²⁰.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

A CLT fez menção duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455)¹²¹, englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, alínea “a”, III)¹²².

O insipiente tratamento legal reflete o fato social de a terceirização trabalhista não ter tido importante significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram a consolidação da legislação trabalhista. Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização. Mesmo assim, tal referência dizia respeito somente ao setor público – administração direta e indireta. É o que se passou com o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10)¹²³ e a reforma administrativa determinada pela Lei nº 5.645/70.

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-se ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74). Tempos depois, pela Lei nº 7.102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei nº 6.019/74 que era temporária)¹²⁴.

Importante ressaltar a posição divergente da doutrinadora Carmen Camino, que não considera o trabalho temporário como uma espécie de serviço terceirizado¹²⁵, conforme visto na seção anterior.

120 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 141.

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

122 “Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

a) conciliar e julgar: (...)

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice;”

123 “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...)”

124 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 408-409.

125 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 157.

A autorização legislativa para o setor público foi acompanhada pelo setor privado ainda que sem regulamentação autorizativa da exceção ao modelo empregatício clássico. Observava-se o fenômeno, por exemplo, quanto ao serviço de conservação e limpeza, submetido a práticas cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas¹²⁶.

Não tardou para o tema ser discutido nos foros trabalhistas, gerando interpretações não uniformes. A fim de pacificar o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou as Súmulas nº 256/86 e a nº 331/93, esta em revisão a Súmula nº 256, que se reportava aos limitados casos previstos na Lei nº 7.102/83 (vigilância no setor bancário).

Vólia Bomfim Cassar entende que medida mais prudente teria sido a redução de impostos e tributação sobre os salários a fim de evitar a sonegação dos poucos direitos trabalhistas e o vínculo com quem é seu real empregador. Defende ainda que o Judiciário trabalhista se viu obrigado a corroborar com a prática terceirizante no momento em que houve retração no mercado¹²⁷.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

A terceirização pode ser classificada¹²⁸: quanto ao período de duração, quanto à finalidade, quanto à regularidade e quanto à obrigatoriedade. A seguir serão destacadas algumas considerações acerca dessa classificação.

2.3.1 Terceirização permanente ou temporária

Temporária é a adotada por período curto de tempo, para atender demanda eventual (acidental), como por exemplo, a autorizada pela Lei nº 6.019/74. Permanente é a que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei nº 7.102/83), por exemplo¹²⁹.

126 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 409.

127 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 494.

128 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008. p. 497.

129 Novamente, importante frisar o posicionamento da autora Carmen Camino que difere a contratação de mão-de-obra temporária da contratação de serviços terceirizados. A diferenciação defendida pela doutrinadora foi discutida brevemente na seção 2.1.

2.3.2 Terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio

A terceirização de atividade-fim é aquela em que os serviços subcontratados se inserem na atividade principal do tomador, como, por exemplo, para substituição de pessoal regular e permanente, previsto na Lei nº 6.019/74¹³⁰. A terceirização de atividade-meio é a regra. Ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividades de apoio a atividade principal, como é o caso dos vigilantes.

2.3.3 Terceirização regular ou irregular

A terceirização regular é a que cumpre os pressupostos legais e é conforme o entendimento da Súmula nº 331 do TST. A irregular é aquela que contém algum vício. A consequência é a formação do vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Essa classificação será detalhada na seção 2.5.

2.3.4 Terceirização voluntária ou obrigatória

Obrigatória é a aquela em que a lei impõe a necessidade de contratação por meio de empresa interposta. Apenas ocorre na terceirização de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83). Voluntária é aquela em que o empresário escolhe se quer ou não terceirizar os serviços.

2.4 NORMATIVIDADE JURÍDICA SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

A reforma administrativa intentada em meados de década de 60, no âmbito das entidades estatais da União não só estimulava como impunha a obrigação de terceirizar as atividades meramente executivas, operacionais. Com essa determinação, editaram-se normas tendentes a descentralizar esse tipo de atividade.

¹³⁰ Novamente, nos termos da divergência na conceituação de terceirização adotada por Carmen Camino, porque o trabalho temporário não é considerado terceirização de serviços, não é possível a terceirização na atividade-fim em qualquer hipótese.

2.4.1 Legislação Heterônoma Estatal

No âmbito da Administração Pública, criaram-se alguns mecanismos jurídicos propiciadores da denominada descentralização administrativa, por meio da contratação de trabalhadores assalariados por interpostas empresas, para realização de serviços de apoio, instrumentais, meramente de execução (Decreto-Lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70).

2.4.1.1 Decreto-Lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70

O Decreto-Lei nº 200/67 dispõe que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada” (art. 10, caput). Completa esse preceito com o seguinte esclarecimento no parágrafo 7º do mesmo artigo:

§ 7º 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.

A submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade determina a estrita obediência a recomendação legal. Na medida em que surge a imposição, resta ao administrador a obediência à norma nos estritos moldes determinados.

A questão que surgiu foi quanto à extensão da terceirização autorizada na Administração Pública, isto é, o grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam (deveriam) ser objeto de execução indireta (terceirização). A fim de esclarecer essa questão, o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645/70 veio exemplificar alguns desses encargos de execução sugeridos pelo diploma legal anterior:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967¹³¹.

Tratava-se de rol exemplificativo. O elemento comum a todas dizia respeito a atividade de apoio, instrumentais, atividade-meio.

131 Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997

Mais tarde, para disciplinar a contratação de serviços passíveis foram editados, em 1997, o Decreto federal nº 2.271 e a Instrução Normativa nº 18, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Essa instrução foi expressamente revogada pela Instrução Normativa nº 2 de 2008.

2.4.1.2 Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83

A regulamentação da terceirização no mercado privado ocorreu inicialmente por meio do trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e trabalho de vigilância bancária (Lei nº 7.102/83).

A Lei nº 6.019 produziu uma inflexão no sistema trabalhista, já que contrapunha à clássica relação bilateral uma nova relação trilateral laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Porém, essa inflexão foi limitada, porque a autorização legislativa era limitada temporalmente¹³².

Por outro lado, a Lei nº 7.102/83 inovou no sentido de autorizar a terceirização permanente, contudo restrita a categoria profissional dos vigilantes¹³³.

2.4.1.3 Parágrafo Único do art. 442, CLT – cooperativas

A Lei nº 8.949/94 acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT permitindo o surgimento de uma onda de terceirizações com suporte na fórmula cooperada¹³⁴.

Dispõe o referido parágrafo único “*Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*”.

A norma foi criada com o objetivo de estimular o cooperativismo, atividade de profissionais autônomos. Por serem autônomos, não se verifica a necessidade do amparo pelo Direito do Trabalho.

Evidentemente que o uso desvirtuado da figura cooperada, com o fim de elidir a tutela trabalhista deve ser rechaçada pelo Direito do Trabalho, que irá, neste caso, incidir

132 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 412.

133 A Lei nº 8.863/94 ampliou a possibilidade para além da vigilância bancária, autorizando a terceirização para todo tipo de vigilância patrimonial.

134 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 413.

sobre a relação formada assegurando todas as garantias a que tenha direito o empregado.

2.4.1.4 Outras Referências Legais

A empreitada está disciplinada nos arts. 610 a 626; o contrato de prestação de serviços, arts. 593 a 609, todos do Código Civil. A responsabilidade do empreiteiro principal encontra-se também prevista no art. 455 da CLT.

O contrato por obra certa está previsto na Lei nº 2.959/56.

A Lei nº 8.036/90, com o objetivo de garantir a proteção ao FGTS do trabalhador, estendeu a responsabilidade do seu recolhimento ao tomador do serviço. Ainda que o tomador de serviços tenha adimplido com a sua obrigação, se a empresa interposta deixar de cumprir com a sua obrigação de recolher o FGTS, pode a empresa tomadora ser responsável¹³⁵.

A responsabilidade decorre do dever de vigilância que deve ter o tomador do serviço em relação ao trabalhador. Se o tomador se beneficia do trabalho executado pelo trabalhador, tem o tomador o dever de fiscalizar se o benefício fundiário está sendo devidamente depositado, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente.

A Lei nº 8.949/94 inseriu o parágrafo único do art. 442 da CLT. Tal lei disciplinou a ausência de vínculo empregatício entre as cooperativas e cooperados e entre esses e o tomador¹³⁶.

135 “Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior; a cada trabalhador; incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

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

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador; a locador ou **tomador de mão-de-obra**, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”.

136 “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

2.4.2 Jurisprudência Trabalhista

Desde que o fenômeno da terceirização passou a ser utilizado no Brasil, a jurisprudência vem construindo teses sobre como tratá-la. Na década de 80, a fim uniformizar o entendimento na justiça trabalhista, o TST editou a Súmula nº 256/86 restringindo as hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços¹³⁷.

Dado que as únicas hipóteses possíveis de contratação por empresa interposta limitavam-se aos casos de contratação de trabalho temporário ou vigilância bancária, a constatação de que o caso concreto não se enquadrava em algum desses casos, provoca a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço.

Entretanto, tal orientação restritiva passou a receber críticas, porque as hipóteses de execução indireta previstas pelo Decreto-Lei nº 200/67, que impunha ao administrador público a obrigação de descentralizar as atividades executivas, ou as especializadas não ligadas à área finalística, não estavam contempladas pela orientação jurisprudencial. De forma semelhante, a vedação expressa de admissão de trabalhadores para o serviço público, sem prévia aprovação em concurso, foi vedada. Isso tornava impossível a aplicação dessa orientação para o serviço público¹³⁸.

Tais circunstâncias, além da acirrada polêmica judicial que sempre cercou a aplicação desse entendimento, conduziram a revisão do enunciado pela Súmula nº 331:

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), 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

137 Redação original da Súmula nº 256/86 do TST.

138 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 414-415.

àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Dentre as alterações trazidas pela Súmula nº 331, uma das mais significativas foi a referência à distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador dos serviços. Essa distinção já podia ser interpretada a partir da reforma administrativa oriunda do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70¹³⁹.

No ano 2000, o item IV teve a sua redação modificada, para tornar clara que a responsabilidade da subsidiária prevista também abrangia órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)¹⁴⁰.

Embora a jurisprudência trabalhista tenha entendido sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de inadimplemento da empresa prestadora, a Lei nº 8.666/93 inclui disposição no sentido de afastar tal responsabilidade.

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

O parágrafo 1º desse art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 de 2007 perante o STF. Em sessão de julgamento do dia 24 de novembro de 2010, por maioria, o Plenário firmou entendimento sobre a constitucionalidade do dispositivo. Houve consenso no sentido de que o TST não poderá mais generalizar a

139 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 416.

140 Resolução nº 96, de 11/09/2000, TST.

aplicação do item IV da Súmula nº 331, devendo investigar com maior rigor se a inadimplência teve como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Essa decisão repercutiu de tal forma que o TST acabou por revisar essa Súmula no final do mês de maio de 2011. O item IV manteve a mesma orientação geral de responsabilidade subsidiária. Contudo, com a inclusão do item V, foi adotada a orientação seguida pela Lei nº 8.666 e declarada constitucional pelo STF. Dessa forma, a Administração Pública só terá responsabilidade caso comprovada a sua conduta negligente (culpa in vigilando). Por essas alterações, a Súmula nº 331 assumiu a seguinte redação:

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.

2.5 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA X ILÍCITA

Ainda que o Direito do Trabalho pátrio tenha admitido hipóteses de terceirização de algumas atividades, a fórmula empregatícia clássica continua sendo a relação bilateral empregador-empregado. Nesse sentido, tais hipóteses de terceirização devem ser entendidas

como excepcionais. Fora da situação de excepcionalidade prevista, a terceirização deverá ser tida como irregular ou ilícita¹⁴¹.

Por isso, a terceirização trabalhista não pode ser utilizada com fins fraudulentos ou com o intuito exclusivo de mascarar a existência de relação empregatícia. Muito menos, permite-se que a terceirização seja instrumento de mitigação dos direitos trabalhistas e de aviltamento das condições de trabalho do obreiro terceirizado¹⁴².

2.5.1 Terceirização Lícita

No modelo introduzido pela Súmula nº 331, são quatro grandes grupos de situações sociojurídicas autorizadoras. Em primeiro lugar, são as situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário (item I).

Essas situações estão expressamente previstas na Lei nº 6.019: necessidade transitórias de substituição de pessoal regular permanente da empresa tomadora; ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços da empresa.

Em segundo lugar, “atividades de vigilância”, regidas pela Lei nº 7.102/83 (parte inicial do item III). A racionalidade da Súmula de autorizar a terceirização das atividades de vigilância para além da atividade bancária foi seguida pela alteração do texto legal para autorizar aquilo que já vinha sendo aplicado nos tribunais.

Em terceiro lugar, ainda no mesmo item, foram contempladas as hipóteses contratação terceirizada relacionadas com conservação e limpeza.

Em quarto lugar, o grupo de atividades de serviços especializados, mas ligados à atividade-meio do tomador dos serviços. Atividade-meio seria a aquela que não se ajusta ao núcleo das atividades empresariais do tomador¹⁴³.

2.5.1.1 Especialização do Serviço e da Tomadora

A maior complexidade das atividades exige profissionais especializados para a

141 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 416.

142 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 154.

143 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 418.

prestação de serviços de qualidade. O item III da Súmula nº 331 do TST autoriza a terceirização de atividades *especializadas* ligadas à atividade-meio.

Para o serviço especializado deverá ser designado prestador especializado. Não se vislumbra a possibilidade de o serviço ser suficientemente especializado a ponto de ser autorizável a sua prestação pela via terceirizada, mas que a sua prestação seja na prática desprovidos de especialização.

Da mesma forma, a contratação de trabalhador para o desempenho de atividades não especificadas claramente, ou cuja especificação seja demasiada genérica, fazem crer tratar-se de intermediação de mão de obra irregular pela falta do requisito da serviço especializado.

É indispensável que a empresa prestadora de serviços tenha uma atividade definida e seja especializada nesta atividade. Cabe lembrar que a especialização dos trabalhadores terceirizados é apontada como uma das principais vantagens da terceirização de serviços, no que tange à administração de empresas, visando alcançar o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ao cliente, diminuindo, inclusive, as perdas e danos do processo produtivo¹⁴⁴.

Do contrário, inexistindo uma atividade especializada ou quando a empresa prestadora de serviços possui uma infinidade de objetos no contrato social, há indícios de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão de obra, especialmente se houver finalidade lucrativa¹⁴⁵.

A especialização decorre da complexidade do processo produtivo. Quanto mais complexa for a atividade desempenhada, mais itens especializados farão parte do processo. Nesse sentido, uma montadora de veículos não produz o veículo inteiro, mas combina as peças produzidas por empresas especializadas em inúmeras áreas (pneu, suspensão, lataria, motor, computador)¹⁴⁶.

Por outro lado, o que não se admite é a terceirização generalizada, ou seja, a terceirização do que não é específico ou aquilo que seja essencial. Seguindo essa linha, e lembrando o exemplo dado por Carmen Camino, tem-se que uma loja comercial não pode terceirizar os vendedores internos porque estaria subcontratando sem justificação de especialização. Já um proprietário rural pode contratar um tratorista para arar as terras,

144 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.

145 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.

146 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 104.

preparando-as para a plantação de sementes; também um shopping center pode, mediante concessão, dar a terceiros a exploração do estacionamento de veículos dos frequentadores do local, pois esses serviços são especializados¹⁴⁷.

2.5.1.2 Não Exclusividade de Prestação para a Tomadora

A exclusividade de prestação de serviços da empresa interposta para a tomadora faz presumir fraude na intermediação de mão de obra.

TST Enunciado nº 239 - Bancário - Empresa de Processamento de Dados - Mesmo Grupo Econômico. “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros”.

Apesar de o enunciado ser restritivo em relação às categorias profissionais dos bancários e das empresa de processamento de dados, é possível extrair, analogamente, que a empresa prestadora que presta serviços terceirizados de forma especializada exclusivamente para a tomadora está apenas intermediando mão de obra de maneira irregular.

Por outro lado, se a prestadora presta serviços de maneira especializada para mais de uma tomadora, aproxima tratar-se de intermediação regular.

2.5.1.3 Ausência de Pessoalidade e Subordinação Diretas

Na terceirização trabalhista, observa-se, via de regra, a presença de três elementos caracterizadores do vínculo empregatício na relação estabelecida entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços: onerosidade, pessoa física e não-eventualidade (nos casos de terceirização permanente), sem que isso represente hipótese de ilicitude. No que cinge à pessoalidade e à subordinação, entretanto, é inadmissível sua configuração numa relação terceirizante permanente (entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora), sob pena de desvirtuar os propósitos do instituto¹⁴⁸.

Na terceirização lícita, não importa à empresa contratante a pessoa física quem está

147 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 104.

148 MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 153-155.

realizando o serviço. O que convém, nesse caso, é tão somente a efetivação da tarefa contratada, não importando quem a cumpriu. Em relação à subordinação direta, entende-se que o poder diretivo é restrito à empresa prestadora. Consequentemente, o obreiro não poderá ser duplamente subordinado, sujeitando-se ao poder de mando apenas de seu real empregador. Em outras palavras, ao tomador de serviços, não é permitido o exercício do poder de direção ou do poder disciplinar sobre os trabalhadores terceirizados. O item III¹⁴⁹ (*in fine*) da Súmula nº 331 consagra a vedação de pessoalidade e subordinação direta.

No tocante ao trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, previsto no item I¹⁵⁰ da Súmula nº 331, não se exige a falta de pessoalidade e subordinação entre o obreiro e o tomador de serviços. A referida Lei prevê a inserção do trabalhador no estabelecimento do tomador de serviços substituindo trabalhador permanente ou cumprindo serviço extraordinariamente acrescido. Ou seja, a Lei autoriza a integração própria do obreiro na dinâmica própria da tomadora de serviços. É portanto a única situação de terceirização lícita que se permite a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços¹⁵¹.

Na terceirização lícita, quem deve fiscalizar, controlar e organizar as atividades do empregado (do serviço terceirizado) não é o ente tomador, mas sim o empregador, que é a empresa prestadora. Afinal, na hipótese em análise, a relação jurídica do tomador é com a referida empresa, e não com os empregados desta. Da mesma forma, quem deve exercer o chamado poder disciplinar, perante o trabalhador terceirizado, é o seu empregador. Assim, ocorrendo, o empregado não estará subordinado ao tomador dos serviços oferecidos pela empresa prestadora, uma vez que o poder de direção estará sendo exercido por esta¹⁵².

A terceirização da atividade deve ser utilizada com a preservação da autonomia da prestação dos serviços. Nesse sentido, somente é admitida nas hipóteses previstas anteriormente e desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador e o tomador de serviços.

149 III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, **desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.**

150 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).

151 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 419.

152 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 173.

A Súmula nº 331 procura deixar claro que a terceirização é tolerada apenas como modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados¹⁵³.

No tocante ao trabalho temporário é admitida pessoalidade e subordinação direta, visto que o trabalhador é inserido no âmbito estabelecimento do tomador de serviços para substituir a ausência de trabalhador com vínculo permanente ou cumprindo serviço extraordinariamente acrescido no âmbito do tomador. Portanto, é essa a única hipótese de terceirização em se admite a pessoalidade e a subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços.

2.5.1.4 Relação Trilateral

Para que exista terceirização, sob o ponto de vista jurídico é indispensável a concorrência de três partes: a empresa tomadora, a empresa prestadora e o trabalhador¹⁵⁴.

Sem a participação do trabalhador tem-se meramente um contrato de natureza civil ou administrativo entre a empresa tomadora e a prestadora. Caso não esteja presente a tomadora, tem-se contrato de trabalho típico. Não havendo a figura da prestadora, igualmente haverá relação de trabalho diretamente entre a tomadora e o trabalhador.

2.5.2 Terceirização Ilícita

Fora das hipóteses de terceirização autorizadas, a contratação por empresa interposta deve ser considerada ilícita. O efeito jurídico é a vinculação diretamente com o tomador, exceto no caso da administração pública, em que, embora o vínculo não seja formado, são assegurados todos os direitos trabalhistas a que teria direito o trabalhador.

153 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 419.

154 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

2.6 EFEITOS JURÍDICOS

Há dois aspectos que surgem da terceirização. O primeiro diz respeito ao contraponto entre o empregador oculto e o empregador aparente. Para corrigir os desvios de finalidade na terceirização, o Direito do Trabalho dispõe do reconhecimento do vínculo diretamente com o empregador oculto¹⁵⁵.

O segundo aspecto diz respeito à isonomia de tratamento entre os empregados que desempenham as mesmas atividades. Para corrigir essa eventual distorção, dispõe o Direito do Trabalho do salário equitativo.

2.6.1 Vínculo com o Tomador de Serviços

Nos casos de constatação de terceirização ilícita, haverá eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor do vínculo direto com a entidade tomadora.

2.6.2 Isonomia: Salário Equitativo

A equiparação salarial concretiza o princípio fundamental que veda a discriminação. O art. 7º, nos incisos¹⁵⁶ XXX, XXXI e XXXII da CF apresenta disposições pertinentes ao Direito do Trabalho fundadas na vedação de discriminação¹⁵⁷.

A CLT determina o tratamento isonômico dos trabalhadores¹⁵⁸. O art. 461 estabelece os requisitos do direito à equiparação salarial¹⁵⁹.

155 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 419.

156 XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

157 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 250.

158 “Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”

159 “Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

A Lei do Trabalho Temporário estendeu a garantia à equiparação entre trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora. A previsão está assegurada na alínea “a” do art. 12 da Lei nº 6.019/74¹⁶⁰.

Quanto aos demais tipos de terceirização, não existe norma expressa no sentido de assegurar tal isonomia. Contudo, com o objetivo de assegurar analogamente o direito às demais categorias terceirizadas, foi editada a OJ-383 SDI-1:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010) A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

Embora a OJ-383 SDI-1 diga respeito ao tratamento isonômico somente no caso da contratação irregular a jurisprudência parece caminhar para o reconhecimento desse direito trabalhista mesmo para o caso de contratações lícitas¹⁶¹.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.”

160 “Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;”

161 “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DE SERVIÇOS. Agravo de instrumento provido, a fim de se determinar o processamento do recurso de revista para melhor análise de possível violação do art. 5º, caput, da Constituição Federal e contrariedade à OJ 383 da SBDI-1 do TST. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DE SERVIÇOS. As tarefas ordinariamente cometidas à reclamante se ajustam, regra geral, à rotina bancária, são-lhe essenciais ou imprescindíveis. Não se afigura possível a realização da atividade correlata a atividade-fim das instituições financeiras, sem a mediação de serviços relacionados com o recebimento, abertura, conferência de conteúdo e encaminhamento dos envelopes recolhidos dos caixas eletrônicos. A isonomia de tratamento com bancários é, nesse contexto, um consectário jurídico inevitável, como já assente na jurisprudência desta Corte consubstanciada na OJ 383 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.”

2.7 RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

O texto da Lei nº 6.019/74 determina a responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços (empresa-cliente) pelas verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização¹⁶², mas somente para o caso de falência da empresa fornecedora de trabalho temporário.

A Súmula nº 331 do TST, tratando de reinterpretar esse dispositivo sob a luz de princípios maiores do Direito do Trabalho, fixou o entendimento de que “*o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*” (Súmula nº 331, IV).

As modalidades de terceirização abrangidas pelo dispositivo anterior parecem se referir a todas hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sócio-jurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o trabalho temporário. Superam-se, nesse sentido, as limitações tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei nº 6.019/74¹⁶³.

Quanto às Entidades Estatais, o texto da Lei nº 8.666/93 procurou eximir a Administração Pública de responsabilidade pelo inadimplemento das verbas trabalhistas. Determinou o texto legal:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A Súmula nº 331 reporta-se aos entes estatais apenas para conferir eficácia à vedação constitucional de não-estabelecimento de relação empregatícia (ou administrativa) de

¹⁶² “Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei”.

¹⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 432-433.

trabalhador com o Estado sem a observância do requisito formal do concurso público (item II da Súmula nº 331). No tocante à responsabilização em contextos terceirizantes, não excepcionou o Estado e suas entidades.

Com a adição do item V à Súmula nº 331, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só será admitida caso esteja comprovada a conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais da Lei nº 8.666, especialmente no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Vale dizer que esse já era o entendimento que vinha sendo defendido pela doutrina mesmo antes da revisão. Maurício Godinho Delgado já opinava que a entidade estatal que praticasse terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se tornasse inadimplente com relação a direitos trabalhistas) cometeria culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Defendia ainda que mesmo que não se admitisse essa primeira dimensão da culpa, incidiria, no caso, no mínimo a culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos)¹⁶⁴. Tal foi o entendimento que foi revisado e consubstanciado na redação do item V.

Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização caso se verifique que a Administração Pública foi omissa na sua obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas para com aquele que coopera com a realização do seu objeto.

164 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 434.

3 DISTINÇÃO ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

Pelo que foi visto, as atividades passíveis de execução de maneira indireta são aquelas que servem de mero suporte à atividade considerada principal na empresa. Nesse sentido, faz-se necessário estudar as atividades que são consideradas como atividade finalísticas do empregador a fim de compreender quais atividades não possuem essas mesmas características.

Ocorre que o item III da Súmula nº 331 trouxe em sua redação o termo atividade-meio, referindo-se às atividades acessórias destinadas a colaborar com a atividade finalística pretendida pela empresa. Contudo, essa diferença teórica mostra-se difícil de ser aplicada aos casos concretos.

A dificuldade hoje enfrentada para distinguir os limites entre a atividade-fim e atividade-meio não passou despercebida pelos membros da comissão de jurisprudência do TST quando da elaboração da Súmula, conforme é apontado pelo Min. Vantuil Abdala¹⁶⁵.

O ministro reconhece que a expressão carece de interpretação, mas, com razão, esperava que tal dificuldade fosse superada por alguma legislação proveniente do poder competente.

A relação de emprego é caracterizada pela prestação de serviços não-eventuais (essenciais para a empresa), sujeitando o prestador a estado de subordinação correlata ao poder de comando do empregador, cuja origem é o próprio contrato. Além disso, a prestação do empregado é infungível, porque é somente ele quem pode disponibilizar a sua força de

165 “O item n.º III da Súmula foi o mais importante, a grande novidade. (...) Os próprios Tribunais Regionais já a admitiam. Então, resolvemos, quase que numa enumeração, colocar diretamente que esse caso era válido. Daí abrimos uma regra para dizer que também a terceirização é legítima para as atividades meio, desde que não haja pessoalidade e subordinação, mantido, assim, o princípio de que não é permitida a intermediação de mão de obra, a pura e simples venda do trabalhador. Vê que não usamos qualquer expressão no sentido de ser proibida a terceirização na atividade fim. Não há essa expressão atividade fim na Súmula apesar de recebermos tantas críticas no sentido que não sabemos definir o que é atividade fim. Mas nós não nos preocupávamos com isso, até porque esperávamos que viesse em breve uma lei para regulamentar a questão. Nós não somos legisladores. Tínhamos de decidir naqueles casos, em concreto, que estavam chegando para julgarmos e achamos que havia casos em que os serviços contratados eram secundários para a empresa, meros serviços de apoio em que à empresa tomadora interessava mais o resultado do quem iria executar, como iria executar, em que horário iria executar. Ou seja, não havia pessoalidade, não havia subordinação. Mas por que atividade meio? Porque considerávamos que era praticamente impossível que na atividade fim não houvesse pessoalidade e a subordinação.” CUNHA, Bibiana Fagundes Amaral da. **A Terceirização no Brasil: uma análise à luz da perspectiva dos agentes envolvidos e dos projetos de lei acerca da matéria.** 2010. p. 39.

trabalho para que o empregador dela faça uso, traço marcante caracterizador da personalidade na relação de emprego¹⁶⁶.

A terceirização dos serviços na empresa deve ser examinada à luz dos traços típicos da relação de emprego (não-eventualidade dos serviços, subordinação hierárquica do empregado e personalidade) sob ótica mais flexível, de sorte a permitir, em determinadas circunstâncias, a delegação de algumas atividades da empresa para terceiros¹⁶⁷.

Verifica-se a tendência atual no sentido de flexibilização do conceito de não-eventualidade, a partir da dicotomia serviços essenciais (ligados à consecução do objeto da empresa) e serviços de apoio (especializados, necessários e permanentes). Os primeiros situando-se na atividade-fim da empresa (atividade principal) e os segundos na atividade-meio (atividades acessórias)¹⁶⁸.

3.1 ATIVIDADE PREPONDERANTE

O estudo da atividade preponderante importa para a caracterização da finalidade para a qual uma empresa foi constituída, para a verificação da licitude de um processo de terceirização e também para definir o enquadramento sindical e em grau de risco da atividade.

A atividade preponderante é o meio para a obtenção do lucro da empresa. Deve estar expresso no estatuto social e vincula as atividades que podem ser desempenhadas por ela.

Com o enquadramento sindical, é definido para qual sindicato deve ser recolhido o imposto sindical. Com o enquadramento do grau de risco da atividade, haverá a definição da respectiva alíquota do Seguro Acidente de Trabalho – SAT.

3.1.1 Objeto Social

O objeto social de uma sociedade define a finalidade para a qual ela foi constituída. Considerando que toda empresa é constituída com a finalidade de obtenção de lucro, o objeto social seria sempre único e equivalente a esta finalidade, o que tornaria nula a sua utilidade.

166 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 114.

167 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 114.

168 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 115.

Sendo a persecução do lucro comum a todas empresas, deve o objeto social definido em seu estatuto definir quais serão as atividades pelas quais a finalidade lucrativa será obtida.

Portanto, embora a finalidade última para a qual a empresa tenha sido constituída seja a obtenção do lucro, caberá ao estatuto societário, definido conjuntamente pelos acionistas em Assembleia Geral, estabelecer a forma como ele será perseguido.

Garante-se, inclusive, o direito de retirada (art. 137, Lei nº 6.404, Lei das Sociedades Anônimas) daqueles acionistas que não concordarem com o objeto que será usado para a obtenção desse lucro.

Essa discussão foi enfrentada pelo STF no julgamento do RE nº 75.957/SP¹⁶⁹, que discutiu a questão se a obtenção do lucro é suficiente para caracterizar o atendimento à finalidade para a qual foi constituída uma sociedade chamada “Indústria de Papel e Papelão S.A.”:

“O fulcro maior da questão está em saber-se se o só fato de a sociedade dar lucros implica na conclusão de que está atingindo a seus fins, porque o fim da sociedade é a obtenção de lucros, repartíveis entre os sócios, através da atividade traçada nos estatutos, isto é, da realização do objeto social. Ora, no caso, foi a ré constituída para a exploração industrial e comercial do papel e do papelão (art. 2º dos estatutos). Entretanto, desde o início, afastou-se do objeto social, transformando-se em mera administradora de um imóvel por ela construído e onde foi integralmente aplicado o seu capital. ...apesar do lucro que a sociedade tem dado, não se pode negar que está impossibilitada de preencher o seu fim, justificando-se, pois, a sua liquidação...”

Superada tal discussão a respeito da finalidade, a expressão atividade-fim é comumente utilizada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, no sentido de designar a atividade que contribui para obtenção do lucro. A expressão atividade-meio é usada para designar as atividades auxiliares na realização das atividades-fim.

Os sócios reúnem-se para constituir a sociedade com o fim de melhor desempenhar as atividades na busca do objetivo comum. O objeto social define um conjunto de atividades com as quais a sociedade se ocupará na busca do seu objetivo. O Código Civil, no art. 968, elenca o objeto social como requisito para o registro da inscrição do empresário¹⁷⁰.

169 Revista Trimestral de Jurisprudência do STF. 65 ed. p. 589. Disponível on-line no endereço eletrônico: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/065_2.pdf

170 “Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: (...) IV - o objeto e a sede da empresa.”

A declaração do objeto social deve ser precisa e detalhada. Entende-se como preciso e detalhado o objeto quando indicado o seu gênero e espécie¹⁷¹, nos termos do Decreto nº 1.800/96.

3.1.2 Direito Coletivo e Sindicato

Sindicatos são entidades associativas “*permanentes que representam trabalhadores, vinculados por laços laborativos comuns, e empregadores, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida*”¹⁷².

A CLT define sindicato *como a associação para fins de estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas* (art. 511, caput¹⁷³).

3.1.2.1 Organização Sindical

A história da experiência sindical permite apreender sobre a presença de certos padrões de organização dos distintos sistemas.

Empregadores, enquanto empresários, organizam-se de inúmeras e diversificadas maneiras, de modo a alcançar a multiplicação de seu poder no âmbito do conjunto da sociedade e do Estado. Primeiramente, organizam-se individualmente, na qualidade de agentes estruturadores e administradores do processo produtivo em seus estabelecimentos e empresas. A seguir, agregam-se a distintas e concomitantes associações empresariais, segundo

171 “Art. 53. Não podem ser arquivados: (...)

III - os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:(...)

b) a declaração precisa e detalhada do objeto social; (...)

§ 2º **Entende-se como preciso e detalhadamente declarado o objeto da empresa mercantil quando indicado o seu gênero e espécie”.**

172 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1216-1217.

173 “Art. 511. *É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas*”. (...)

pontos de contato considerados relevantes para a defesa de seus interesses. Por fim, podem se agregar em conformidade com o modelo sindical seguido na respectiva ordem jurídica, em sindicatos empresariais, voltados às relações com seus respectivos trabalhadores e os demais da correspondente categoria econômica¹⁷⁴.

Há quatro critérios fundamentais de agregação dos trabalhadores em sindicatos: por profissão, por categoria profissional, por empresa ou por ramo empresarial¹⁷⁵.

Em primeiro lugar, há sindicatos que agregam trabalhadores em virtude de seu ofício ou profissão, sendo possível a identidade profissional ou apenas uma relevante similitude de profissões. Trata-se de modelo sindical prestigiado nos primeiros momentos do sindicalismo, com perda de densidade nos períodos subsequentes. No Brasil, continua tendo certa importância, embora não seja dominante¹⁷⁶.

Categoria profissional diferenciada (art. 511, § 3º¹⁷⁷) é a que tem regulamentação específica do trabalho diferente da dos demais empregados da mesma empresa, o que lhe faculta convenções ou acordos coletivos próprios, diferentes dos que possam corresponder à atividade preponderante do empregador, que é regra geral. É difícil harmonizar a liberdade de associação sindical com o enquadramento sindical oficial e ainda com o princípio de que, salvo exceções, é a atividade preponderante da empresa que qualifica os seus empregados¹⁷⁸.

São sindicatos que agregam trabalhadores em vista de sua profissão os chamados sindicatos de categoria diferenciada, como professores, motoristas, aeronautas, aviários, jornalistas profissionais, músicos profissionais, etc.

Em segundo lugar, há os sindicatos que agregam trabalhadores em virtude de sua categoria profissional. Formam, por exemplo, no Brasil, o conjunto mais significativo dos sindicatos, segundo o modelo jurídico atual. A CLT (art. 511, § 2º) concebe categoria profissional como uma expressão social elementar composta pela “*similitude de condições de*

174 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. pp. 1325-1327.

175 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1325.

176 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1327.

177 Art. 511. *É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.(...)*

§ 3º *Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.*

178 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34 ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional”.

O ponto de agregação na categoria profissional é a similitude laborativa, em função da vinculação a empregadores que tenham atividade econômicas idênticas, similares ou conexas. A categoria profissional, regra geral, identifica-se, pois, não pelo preciso tipo de labor ou atividade que exerce o obreiro, mas pela vinculação a certo tipo de empregador. Se o empregado de indústria metalúrgica labora como porteiro na planta empresarial, é, ainda assim, representado legalmente, pelo sindicato dos metalúrgicos, uma vez que seu ofício de porteiro não enquadra como categoria diferenciada. A esse tipo de associação chama-se sindicato vertical. Atinge as empresas economicamente afins (empresas bancárias, comerciais, metalúrgicas, etc.)¹⁷⁹.

Em terceiro lugar, há os sindicatos que se agregam em vista da empresa a que se vinculam os trabalhadores. Tratam-se dos sindicatos por empresa. No Brasil, são inviáveis porque a Constituição fixou o critério de categoria profissional ou econômica e estabeleceu o município como base territorial mínima (art. 8º, II¹⁸⁰).

Por fim, há os sindicatos de trabalhadores que se agregam em função do ramo ou segmento empresarial de atividades. Ilustrativamente, sindicatos dos trabalhadores do segmento industrial, dos trabalhadores do segmento financeiro, do segmento comercial, do setor agropecuário, etc.

O enquadramento sindical é dado, em regra, pela atividade preponderante da empresa, à exceção do contido no § 3º, do art. 511, da CLT, que deve ser interpretado sistematicamente com o art. 577^{181 182}.

179 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. pp. 1328-1329.

180 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”

181 OJ 9 – SDC/TST - ENQUADRAMENTO SINDICAL. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (inserida em 27.03.1998) *O dissídio coletivo não é meio próprio para o Sindicato vir a obter o reconhecimento de que a categoria que representa é diferenciada, pois esta matéria - enquadramento sindical - envolve a interpretação de norma genérica, notadamente do art. 577 da CLT.*

182 Art. 577 - *O Quadro de Atividades e Profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical.*

3.1.2.2 *Receitas Sindicais*

Entre as receitas sindicais, a mais controvertida é a contribuição sindical obrigatória, regulada pelo capítulo III da CLT. É devida ao sindicato representativo da categoria econômica ou profissional a que a empresa pertence.

Trata-se de receita recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, nos meses e montantes fixados na CLT, quer se trate de empregado, profissional liberal ou empregador.

Estabelece o texto legal a forma de enquadramento em uma categoria conforme a atividade preponderante da empresa. Preceitua o § 2º do art. 581 da CLT:

“Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades converjam, exclusivamente em regime de conexão funcional”.

Com a expressão “unidade de produto, operação ou objetivo final”, o legislador aponta para a atividade que mais contribui para a composição do produto ou dos serviços, sejam em quantidade, qualidade, preço, valor agregador, maior volume de produção, comparando-se com outras atividades que podemos chamar de secundárias e terciárias.

A conexão funcional refere as atividades que convergem, colaboram no sentido da realização de uma atividade principal. Portanto, é essa a atividade que centraliza ou coordena as demais que dela são dependentes.

Verifica-se na jurisprudência que, no mais das vezes, que a definição da atividade preponderante tem sido buscada pelo objeto previsto no estatuto social da empresa:

ENQUADRAMENTO SINDICAL - AEROVIÁRIO. O Tribunal a quo concluiu pelo enquadramento do reclamante como aeroviário com base na previsão expressa contida na convenção coletiva dos aeroviários, no sentido de que as empresas de serviços aéreos abrangem as de serviços auxiliares, e tendo em vista o estatuto social da empresa-reclamada, que prevê: "A sociedade tem por objetivo a exploração dos serviços de transportes auxiliares de cargas aéreas" (fls. 194). Assim, não se entende que não tenha sido considerada a atividade preponderante da reclamada para fins do enquadramento dado, razão por que não se caracteriza a violação do art. 581, § 2º, da CLT. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos, apenas para prestar esclarecimentos, sem modificação do julgado. (RR - 205400-12.2005.5.18.0001, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 20/06/2008)

Entretanto, o objeto social pode oferecer dificuldades quando for genérico ou demasiado específico, de forma que nenhuma atividade enquadre-se perfeitamente no objeto estatutário. Ainda, também podem ocorrer dificuldades quando o objeto social não tem correspondência com a realidade. Nesse caso, caberá ao Direito do Trabalho, pelo princípio da primazia da realidade, afastar o objeto e buscar na realidade dos fatos as atividades que poderiam ser identificadas como as mais relacionadas com o objeto real da empresa.

3.1.3 Alíquota SAT

A alíquota do Seguro Acidente de Trabalho, prevista na Lei de custeio seguridade social (Lei nº 8.212), e regulamentada pelo Decreto nº 2.173/97, deve ser estabelecida conforme a atividade em que tiver o maior número de empregados na empresa.

Dispõe o decreto:

Art. 26. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão de maior incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e médicos-residentes:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio;

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

§ 1º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados, trabalhadores avulsos ou médicos-residentes.

(...)

§ 5º Para efeito de determinação da atividade econômica preponderante da empresa, prevista no § 1º, serão computados os empregados, trabalhadores avulsos e médicos-residentes que exerçam suas atividades profissionais efetivamente na mesma.

Verifica-se que o legislador utilizou critério diferente para a definição do mesmo conceito. Para o enquadramento com a finalidade de recolhimento da contribuição sindical, a CLT buscou fundamento no resultado do processo produtivo. Tal definição dá margem a mais de um possível enquadramento.

Diversamente, para este enquadramento, o fisco preferiu adotar critério mais

objetivo. Definiu como sendo preponderante a atividade que ocupa o maior número de trabalhadores. Esse critério ainda é suscetível de interpretações diversas sobre qual trabalhador está ocupando qual atividade. Mesmo assim, permite mais objetivamente elencar as atividades em que cada trabalhador está envolvido e definir mais claramente o enquadramento para a definição da respectiva alíquota.

Esse critério utiliza a racionalidade de que a empresa é constituída com a finalidade lucrativa. Por isso, irá destinar o maior contingente possível de empregados justamente nas atividades que mais contribuirão para ele.

3.2 ATIVIDADES PASSÍVEIS DE TERCEIRIZAÇÃO

Pela conceituação de não-eventualidade, estão compreendidos os serviços essenciais da empresa, diretamente vinculados ao objeto da atividade empreendida, como os serviços acessórios, de natureza especializada, os chamados serviços de apoio, não essenciais, mas permanentemente necessários para que a empresa atinja aos seus fins econômicos. Melhor dizendo, tanto os serviços essenciais como os serviços acessórios, de apoio, enquadram-se como não-eventuais¹⁸³.

Em síntese, a essencialidade não é sinônimo de não-eventualidade, mas uma espécie de não-eventualidade.

Na legislação brasileira há permissivo expresso para a terceirização dos serviços especializados de vigilância, guarda e transporte de valores (Lei nº 7.102/83) e, implícito, para os serviços de asseio e conservação.

A jurisprudência ampliou o rol de permissões para incluir outros serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, nos termos do item III da Súmula nº 331.

Portanto, é possível terceirizar: 1) os serviços de vigilância; 2) os serviços de asseio e conservação; 3) os serviços especializados de apoio à atividade principal da empresa.

Carmen Camino exemplifica que no caso de uma loja de comércio de roupas femininas, os serviços praticados pelo gerente, pelos balconistas e pelos caixas estão diretamente vinculados à atividade principal da empresa (objeto = venda de roupas

183 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 115.

femininas). São os serviços ditos essenciais. Por outro lado, os serviços prestados pela faxineira, que ali cumpre jornada regular, para realizar a indispensável limpeza das instalações da loja, mantendo-a em condições adequadas de limpeza; os serviços de vigilância do estabelecimento e os serviços especializados de decoração de vitrines, perfeitamente inseridos na atividade da empresa (diferentemente do instalador hidráulico, cujos serviços eram circunstancialmente necessários), estão indiretamente vinculados ao seu objeto principal (vender confecções). São os serviços de apoio, permanentes e necessários, mas não-essenciais¹⁸⁴.

Por essa concepção, os serviços do gerente, das balconistas e dos caixas, porque essenciais, são indelegáveis. Deverão ser contratados e prestados diretamente por trabalhadores vinculados diretamente ao empregador, que deles se beneficia imediatamente.

Já os serviços da faxineira, dos vigilantes e dos especialistas em decoração de vitrines, porque de mero apoio, podem ser delegados a terceiros, que os assume e, para deles se desincumbir, contrata seus próprios empregados.

Cumprir destacar que a delegação de serviços a terceiros é excepcional. A regra é a contratação direta pelo empreendedor da atividade econômica, tanto dos serviços essenciais como dos serviços de apoio, porque ambos são de natureza não-eventual, necessários para que a empresa alcance os seus objetivos econômicos.

3.2.1 Conceituação Atividade-meio e Atividade-fim

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços¹⁸⁵.

Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto

184 CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 115.

185 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 418.

empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei nº 5.645/70: “*transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas*”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Atividades-meio podem também ser definidas como aquelas cuja finalidade é o apoio, a instrumentalidade do processo de produção de bens ou serviços. São atividades que não coincidem com aquelas para as quais foram constituídas as empresas tomadoras de serviços¹⁸⁶. São atividades de mero suporte, que não integram o núcleo, ou seja, a essência das atividades empresariais do tomador, sendo atividades-fim, portanto, aquelas que as compõem¹⁸⁷.

Maurício Godinho Delgado propõe a conceituação de subordinação por meio da ideia de subordinação estrutural. Defende que tal conceito contribui para superar as dificuldades de enquadramento de situações fáticas dentro do conceito clássico de subordinação (exercício do poder de direção do empregador sobre o trabalhador). Destaca que as dificuldades se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Por este conceito, a subordinação estrutural se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

3.2.2 Atividades Terceirizáveis na Administração Pública

O Decreto nº 2.271/1997 exemplificou as atividades passíveis de terceirização:

Art. 1º (...)

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

A Instrução Normativa nº 2 de 2008, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão disciplina as

186 SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 132-133.

187 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 172.

atividades passíveis de terceirização na Administração Pública, conforme já referido na seção 2.4.1.1 da página 41.

Essa instrução detalhou o que já havia sido exemplificado pelo Decreto nº 2.271:

DA TERCEIRIZAÇÃO

Art. 7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.
(...)

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- atos de inscrição, registro ou certificação; e
- atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

O Decreto nº 2.271 e a IN 2 exemplificam atividades passíveis de terceirização, detalhando (ou estendendo) o rol definido pela Súmula nº 331.

Súmula nº 331	Decreto nº 2.271
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.	Art. 1º (...) § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

O Decreto nº 2.271 é obrigatório para a Administração Pública direta, indireta e fundacional, conforme a sua ementa¹⁸⁸. A IN 2 só é obrigatória para os órgãos integrantes do

¹⁸⁸ “Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.”

Sistema de Serviços Gerais – SISG, conforme indicado pelo art. 1º dessa instrução¹⁸⁹.

Portanto, esses atos normativos não são obrigatórios para o Legislativo Federal, como o são para o Judiciário Federal e para o Tribunal de Contas da União¹⁹⁰.

A legislação avança no sentido de exemplificar atividades tipicamente não ligadas à atividade finalística dos órgãos. Evidentemente que não é possível a terceirização de algumas dessas atividades se elas coincidirem com a atividade-fim da empresa ou órgão público.

Nesse sentido, não é admissível a terceirização de serviços de vigilância em uma empresa de segurança ou serviços de informática em uma empresa de processamento de dados, por exemplo.

O elenco trazido pelo Decreto nº 2.271 é apenas exemplificativo, já que outros podem ser terceirizados, desde que não esteja vedada essa transferência nem seja uma atividade-fim da Administração Pública.

3.3 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Com base no que foi visto, é possível esquematizar alguns tópicos relevantes para a constatação se uma atividade está ou não dentro da definição de atividade-fim da empresa.

Existem atividades totalmente desvinculadas da atividade principal da empresa, que claramente podem ser identificadas como de mero suporte na consecução do objetivo da empresa. Essas atividades correspondem à definição de atividade-meio pretendida pelo dispositivo jurisprudencial.

Por outro lado, há atividades que estão diretamente relacionadas com a finalidade da empresa. Ainda que sejam de suporte, estão tão intrinsecamente relacionadas com o objeto da empresa que o seu enquadramento com simples atividade-meio parece menos adequado.

Contudo, entre esses dois limites, há um conjunto de atividades que podem estar mais próximas das atividades-meio ou mais próximas atividades-fim. A definição de critérios tem como a finalidade auxiliar no posicionamento dessas atividades entre esses dois extremos.

189 “**Art. 1º** Disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.”

190 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 796.

3.3.1 Não-eventualidade

A não-eventualidade está relacionada com a essencialidade do serviço. Trabalho não-eventual é aquele permanentemente necessário.

Considerando que aquilo que é somente periodicamente ou esporadicamente necessário não pode ser considerado como atividade principal da empresa, a sua essencialidade pode ser um indicativo que aproxime a atividade para o extremo das atividades-fim.

Relembrando a classificação dada por Amauri Nascimento, a não-eventualidade poderia ser explicada pelas teorias: do evento, dos fins da empresa, da descontinuidade ou da fixação¹⁹¹. Essas teorias estão detalhadas na seção 1.1.5.1 na página 20.

3.3.2 Atividade prevista no Objeto Social

O objeto social define a finalidade da empresa para os fins empresariais, societários e tributários. O quanto mais a atividade estiver relacionada com as atividades previstas no objeto social, mais a atividade estará próxima de ser definida como atividade-fim da empresa.

3.3.3 Retorno econômico da atividade

A atividade preponderante da empresa pode ser identificada segundo dois critérios estudados na seção 3.1: vinculação com o produto da empresa, ou a atividade que empregar o maior número de trabalhadores.

Portanto, quanto mais a atividade estiver relacionada com as atividades econômicas que produzem os maiores retornos econômicos para a empresa, mais próxima estará a atividade de ser considerada como atividade-fim.

3.3.4 Quantidade de trabalhadores empregados

Também seguindo a ótica da atividade preponderante, a empresa, como atividade

¹⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 166.

voltada a obtenção de retorno econômico, tende a focar as suas atividades nas áreas que mais contribuirão para esse resultado.

Por essa razão, quanto maior a quantidade de trabalhadores dedicados a alguma atividade, maior será a presunção de tratar-se de atividade tida como preponderante da empresa.

3.4 JULGADOS

Tendo apontado alguns critérios que podem ser utilizados para a verificação da regularidade da prática terceirizante, segue-se a forma como os aplicadores do Direito vêm solucionando as lides utilizando esses critérios.

3.4.1 Aplicação dos Critérios nos Julgados

Para ilustrar a combinação dos critérios na elaboração da convicção acerca da regularidade ou não da prestação de serviços terceirizados, tomou-se como exemplo o caso de escritório de cobrança que contrata cooperativa para o fornecimento de mão de obra terceirizada.

Alega o Ministério Público, autor da ação civil pública perante o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - TRT4, tratar-se de terceirização irregular porque ligada à atividade-fim da empresa. Contesta o escritório de cobrança, parte ré da ação, que a contratação é possível, por tratar-se de sociedade de advogados e atividade-fim seria a prestação de serviços advocatícios.

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COOPERATIVA DE TRABALHO. EMPRESA DE COBRANÇA. ATIVIDADE FIM. IRREGULARIDADE. A contratação de trabalhadores cooperados para prestar serviços em atividade fim da ré, nas mesmas condições em que laboram seus empregados, caracteriza procedimento irregular, em flagrante intuito de eximir-se dos riscos da atividade, burlando, com isso, os direitos trabalhistas de seus colaboradores, a par de ter se beneficiado diretamente de sua força de trabalho. Recurso ordinário da ré a que se nega provimento. (RO - 0033400-15.2009.5.04.0014 , Relator Desembargador: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 10/03/2010, 4ª Turma, TRT4, Data de Publicação: 29/04/2010)

Segundo o relator do recurso, buscou-se a prova por meio das atividades previstas no objetivo constante do contrato social: *“a prestação de serviços, consultoria e assessoria jurídica, sendo a área de maior atuação a recuperação de créditos e defesa de instituições financeiras”*. Se a área de maior atuação é a recuperação de créditos, é esta que obtém o maior retorno econômico para a sociedade (conforme item 3.3.3) e não pode ser terceirizada.

A fim de evitar o desempenho de atividade não prevista no contrato social, as atividades são descritas de forma relativamente genéricas, possibilitando um razoável conjunto de atividades.

Por outro lado, com o objetivo de terceirizar as atividades, tenta-se obter uma interpretação restritiva desse conjunto, como sendo única a atividade-fim, tudo aquilo que não for a atividade-fim seria considerado atividade-meio. Ora, parece uma interpretação pouco razoável. Visto haver um conjunto de atividades que colaboram para o resultado econômico da empresa, não se pode negar a sua existência e a sua importância para o negócio.

No exemplo considerado, a prova além de basear-se no contrato social (conforme item 3.3.2), foi colhido o depoimento de testemunhas, pelo qual verificou-se que os obreiros terceirizados desempenhavam as mesmas tarefas que os empregados do tomador (falta de especialização – conforme item 2.5.1.1, atividade não eventual – conforme item 3.3.1).

3.4.2 Precedente de terceirização na atividade-fim

A Oitava Turma do TST reconheceu recentemente a licitude de terceirização de mão de obra feita por uma empresa de telefonia para a realização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações. Segundo o voto da relatora do recurso de revista e presidente da Turma, ministra Maria Cristina Peduzzi, a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização.

RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES - LICITUDE 1. A Lei Geral de Telecomunicações ampliou as hipóteses de terceirização. A previsão do art. 94, II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes, autoriza a terceirização das atividades elencadas no § 1º do art. 60. 2. **Mesmo sendo as tarefas desempenhadas pelo Reclamante compreendidas na atividade-fim da Reclamada, é lícita a terceirização, ante a previsão legal.** 3. Contudo, a licitude da terceirização não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora, nos termos da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Precedentes.

HIPOTECA JUDICIÁRIA A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é cabível a declaração de ofício da hipoteca judiciária para garantia da execução. Precedentes. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

(RR - 66000-77.2008.5.03.0006 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 10/03/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 12/03/2010)

A Lei nº 9.472/97 dispõe no art. 94:

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

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

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

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

A relatora destaca que mesmo que as tarefas desempenhadas pelo trabalhador no setor de telecomunicações fossem próprias de atividade-fim, a terceirização estaria autorizada por lei.

Por outro lado, outra Turma do mesmo Tribunal, em situação idêntica, teve entendimento diverso. A Quarta Turma, interpretando os mesmos artigos da mesma lei, entende que a referida lei deve ser interpretada sob o olhar do art. 170, caput, da Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)

A ementa do recurso de revista é a seguinte:

RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. SERVIÇOS INTEGRANTES DA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA. I - É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais, notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II - Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação

da valorização do trabalho humano e à busca do pleno emprego, conforme preconizado no caput e no item VIII do artigo 170 da Constituição. III - Daí a razão de ter sido editada a Súmula 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei 6.019/74, ao artigo 37, item II da Constituição e à Lei 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador de serviço. IV - Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afora aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade fim e sim na atividade meio da empresa tomadora. V - Com essa diretriz, observa-se do item II do artigo 94, da Lei 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da permissão ali contida de contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. **VII - É que além de a norma permissiva se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não encontra respaldo na norma imperativa do caput e do item VIII do artigo 170 da Constituição, visto que a suposta licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei dos direitos a serem assegurados aos empregados cedidos, culminaria na desvalorização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego.** VII - Fixado pelo Regional que o recorrido exercia a função de instalador e reparador de linhas telefônicas, sobressai incontestável a conclusão de ela inserir-se na atividade fim da recorrente, a partir da escorreita exegese do artigo 60, §§ 1º e 2º da Lei 9.472/97, de a instalação e reparação de linhas telefônicas serem serviços consubstanciais à atividade permanente, essencial e nuclear das empresas de telecomunicações. VIII - Com essa orientação jurídico-factual do acórdão impugnado, seria imperativa a conclusão sobre o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a recorrente, na esteira da primeira parte do Item I, da Súmula 331, conclusão que se afasta, por conta da proibição da *reformatio in pejus*, em função da qual é de se prestigiar a decisão ali proferida sobre a sua responsabilidade solidária, a cavaleiro da *fraus legis* prevista no art. 9º da CLT e dos arts. 942 e 932, III, do Código Civil. Recurso conhecido e desprovido. (...) - Recurso não conhecido.

(RR - 146600-83.2007.5.03.0018 , Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 03/02/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: 26/02/2010)

Nesse sentido, na opinião do ministro relator Barros Levenhagen, a Lei autoriza a contratação de terceiros com a finalidade de melhorar (desenvolver) atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. Entretanto, quando a atividade desempenhada for evidente atividade-fim, a terceirização permanece desautorizada.

O ministro Maurício Godinho Delgado entende da mesma maneira:

RECURSOS DE REVISTA. SERVIÇOS DE CALL CENTER. EMPRESA DE TELEFONIA. ATIVIDADE-FIM. IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331/I/TST. As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho executado pelos atendentes de call center é essencial ao seu empreendimento. Nesse contexto, a contratação por empresa interposta é irregular, passível, inclusive, de formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, na forma da Súmula 331/I/TST, que preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula 256/TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. **O item II do art. 94 da Lei 9.472/97 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações) não comporta a interpretação de poder a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, se concebidas estas como atividades-fim, já que tal exegese confrontaria com o texto da Súmula 331/TST.** Estender o sentido do termo – inerente - nessa peculiar hipótese para compreendê-lo como análogo à atividade-fim, aceitando a transferência do desenvolvimento de serviços essenciais a terceiros, significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. O fenômeno da terceirização, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, sofre restrições da doutrina e jurisprudência trabalhista, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. Precedentes desta Corte. Recursos de revista não conhecidos. (RR - 135800-65.2009.5.03.0134 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/10/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 12/11/2010)

Por isso, apesar do precedente apresentado no sentido de permitir a terceirização na atividade-fim, fora dos casos previstos pela Súmula nº 331, não se vislumbra como tendência jurisprudencial essa possibilidade.

CONCLUSÃO

A terceirização de serviços é um fenômeno que vem cada vez mais ocupando espaço no cenário empresarial. Em um contexto de constante necessidade de renovação e grandes investimentos em especialização do trabalho, a terceirização se mostra como um meio para redução de despesas e eficiência na execução das atividades.

As empresas, procurando desincumbir-se das atividades de mero suporte, têm utilizado desse mecanismo para especializar-se na tarefas pelas quais foram criadas. Dessa maneira, as empresas contratam outras especializadas na execução de tarefas que para as primeiras são de mero suporte. Tendo maior especialização nas tarefas, as empresas podem tornar-se mais eficientes, reduzindo os seus custos.

Contudo o processo de terceirização não pode ser usado como um meio de fraudar os direitos trabalhistas. Nesse sentido, o Direito do Trabalho protege o trabalhador e em caso de terceirização ilícita, forma-se o vínculo diretamente com o tomador (ressalvado o caso da Administração Pública) estendendo ao trabalhador terceirizado todas as garantias e prerrogativas de empregado da empresa tomadora.

Observa-se que o Direito do Trabalho enfrenta dificuldades para delimitar os limites das atividades que podem ser objeto de terceirização e aquelas que estão tão ligadas com a atividade finalística da empresa que não podem passar por esse processo.

A legislação ainda é lacunosa no sentido de definir critérios mais objetivos na definição do que seria a atividade preponderante em uma empresa. A mera busca pelo objeto social descrito no estatuto da empresa pode não fornecer elementos suficientes para atestar corretamente se alguma atividade está ou não ligada à finalidade da empresa.

Pode, por exemplo, o objeto previsto no estatuto ser genérico a ponto de não conferir clareza sobre a atuação da empresa ou até estar demasiado específico, de forma que nenhuma atividade desempenhada na empresa enquadre-se perfeitamente no objeto social.

Ainda, também não ajudaria a resolver caso o objeto previsto no estatuto não fosse o reflexo da realidade. Isso porque um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o

princípio da primazia da realidade, de forma que seria necessário investigar qual a atividade para a qual a empresa verdadeiramente mais dirige atenção ou aquela que mais contribui para o seu lucro.

Procurando em outras áreas do Direito na busca de elementos que auxiliem na definição de atividade preponderante, observam-se critérios diversos, que podem servir de auxiliares. É o caso da busca pela definição de atividade preponderante no Direito Coletivo do Trabalho (enquadramento sindical) e na disciplina de Direito Previdenciário (alíquota SAT).

O Direito Coletivo do Trabalho também sofre da mesma indefinição quando busca pela atividade preponderante de uma empresa para definir para qual sindicato deverá a empresa fazer o recolhimento da contribuição sindical. Uma das soluções apresentadas para está na definição contida no § 2º do art. 581 da CLT que define como preponderante a atividade que mais contribua para a unidade de produto, o que se poderia extrair um entendimento de que seria a atividade que mais contribuísse para a formação do lucro da empresa.

A disciplina de Direito Previdenciário apresenta outro critério que pode contribuir nessa definição. Conceitua, para o fim de enquadramento em grau de risco da empresa e a respectiva alíquota do Seguro de Acidente do Trabalho, como atividade preponderante aquela que tiver o maior número de empregados dedicados. Tal definição revela a lógica de que a empresa destinará a maior quantidade possível de empregados nas atividades que mais lhe forem rentáveis.

Portanto, a terceirização de serviços apresenta-se como um meio interessante para que as empresas dediquem-se nas atividade em que são especializadas. Apesar da tendência terceirizante, não pode esse instrumento ser usado para burlar os direitos trabalhistas. Para isso, é indispensável o estudo sistematizado de critérios para a definição da atividade principal da empresa, objetivo esse para o qual este trabalho pretendeu contribuir humildemente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34 ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Bibiana Fagundes Amaral da. **A Terceirização no Brasil**: uma análise à luz da perspectiva dos agentes envolvidos e dos projetos de lei acerca da matéria. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2010.

CUNHA, Maria Inês Moura S.A. da. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito**

do Trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Dogmática Geral.** 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

STF. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** 65 ed. p. 589. Disponível on-line no endereço eletrônico: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/065_2.pdf

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada.** 35 ed. São Paulo: LTr, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2005.