

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Patrícia da Silva França

**O DIREITO DO TRABALHO E O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO: REFLEXÕES
EM BUSCA DE UMA ANÁLISE CONSTRUTIVA**

Porto Alegre

2016

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Patrícia da Silva França

**O DIREITO DO TRABALHO E O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO: REFLEXÕES
EM BUSCA DE UMA ANÁLISE CONSTRUTIVA**

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, do Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do sul.

Orientador:
Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2016

Dedico este trabalho à minha família, que sempre me apoiou e depositou em mim toda confiança.

Ao meu namorado, Luã Lucian, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o fenômeno da terceirização, amplamente difundido nas práticas empresariais, que a partir das últimas décadas do Século XX vem ganhando importância no âmbito do Direito do Trabalho. Mesmo não havendo uma legislação específica sobre o assunto, a jurisprudência brasileira busca limitar os efeitos sociais do fenômeno. O trabalho, primeiramente, busca compreender a relação de emprego clássica, servindo de base para o entendimento do modelo trilateral da terceirização. Ainda, analisa a legislação esparsa sobre o assunto, e focaliza nas orientações jurisprudenciais, principalmente, na Súmula 331 do TST. Trata, também, dos casos de terceirização lícita e ilícita, e sobre a responsabilidade civil das empresas envolvidas. Por fim, o trabalho busca, através de uma visão sociológica, o entendimento da crise da sociedade do trabalho e os reflexos da crise frente ao crescimento do fenômeno da terceirização no Brasil, sobretudo, através de dados empíricos e da análise dos últimos acontecimentos envolvendo o fenômeno no legislativo brasileiro.

Palavras-chave: Terceirização; Responsabilidade Civil; Sociedade do Trabalho.

ABSTRACT

This work deals with the phenomenon of outsourcing, widespread in business practices, which from the last decades of the twentieth century has been gaining importance in the Labour Law. While there is no specific legislation on the subject, the Brazilian law seeks to limit the social effects of the phenomenon. The work, first, seeks to understand the classic employment relationship, providing the basis for understanding the trilateral model of outsourcing. Still, it analyzes the sparse legislation on the subject, and focuses on the jurisprudential guidelines mainly in Precedent 331 of the TST. It also cases of lawful and unlawful outsourcing, and the liability of the companies involved. Finally, the job search, through a sociological view, the understanding of the work society of the crisis and the effects of the crisis facing the outsourcing phenomenon of growth in Brazil, mainly through empirical data and analysis of the latest developments involving phenomenon in the Brazilian legislature.

Keywords: Outsourcing; Liability; Work Society.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CCB – Código Civil Brasileiro

CPC – Código de Processo Civil

DL – Decreto Lei

Nº - Número

PL – Projeto de Lei

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TERCEIRIZAÇÃO – NOÇÕES GERAIS	10
1.1 MODELO CLÁSSICO EMPREGATÍCIO: A RELAÇÃO DE EMPREGO TRADICIONAL.....	10
1.1.1 Pessoa física	11
1.1.2 Pessoaalidade	12
1.1.3 Não- eventualidade.....	12
1.1.4 Onerosidade	13
1.1.5 Subordinação.....	14
1.2 A TERCEIRIZAÇÃO E O MODELO TRILATERAL DE RELAÇÃO SOCIOECONÔMICA E JURÍDICA	15
1.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	16
1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA.....	18
1.4.1 Decreto-Lei n. 200/67 e Lei 5.645/70.....	19
1.4.2 Lei 6.019/74.....	20
1.4.3 Lei 7.102/83.....	21
1.4.4 Cooperativas de Trabalho.....	21
1.5 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	22
1.5.1 Análise crítica da jurisprudência trabalhista (súmula 331 do TST)	25
1.6 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA	29
1.6.1 Hipóteses de Terceirização Lícita.....	30
1.6.1.1 Trabalho temporário.....	30
1.6.1.2 Atividades de vigilância.....	31
1.6.1.3 Atividades de conservação e limpeza.....	31
1.6.1.4 Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador	32
1.6.2 Terceirização ilícita	33
2 RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO	34
2.1 RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL.....	35
2.1.1 Responsabilidade civil subjetiva e a terceirização	35
2.1.1.1 Culpa in eligendo e culpa in vigilando.....	37
2.1.2 Responsabilidade objetiva e a terceirização.....	39

2.1.3	<i>Responsabilidade por fato de outrem</i>	42
2.1.4	<i>Responsabilidade solidária</i>	45
2.1.5	<i>Responsabilidade subsidiária</i>	47
3	TERCEIRIZAÇÃO E A CRISE DA SOCIEDADE DO TRABALHO	49
3.1	A ESTRUTURAÇÃO SOCIOLÓGICA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O DESEMPREGO NA BASE DA ATUAL CRISE ECONÔMICA	49
3.2	A CRISE DA SOCIEDADE DE TRABALHO	53
3.3	O PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E OUTRAS REFLEXÕES	55
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O trabalho busca compreender o fenômeno da terceirização, que vem adquirindo relevância nas últimas décadas no cenário social-econômico brasileiro. A utilização da terceirização vem se ampliando tanto no setor público quanto no privado.

As empresas buscando diminuir custos, a fim de assegurar competitividade no mercado, frente à crise vislumbrada no âmbito internacional e nacional. Utilizam-se dos mecanismos da terceirização com maior frequência.

No âmbito jurídico, a utilização da terceirização tem como consequência um maior número de reclamações trabalhistas ajuizada por trabalhadores vinculados a essa relação trilateral característica da terceirização. Que exige respostas do judiciário quanto ao inadimplemento de obrigações trabalhistas, muitas vezes causadas pelo desvirtuamento do fenômeno da terceirização.

Mesmo diante da importância crescente do fenômeno, nota-se um descuido do legislador ao cuidar do tema. Tendo a jurisprudência se encarregado, até o presente momento, de definir com maior cuidado os pressupostos da terceirização, mais especificamente através da Súmula 331 do TST.

Esse trabalho busca, a partir da compreensão da jurisprudência pátria acerca do fenômeno da terceirização, sobretudo, com foco na súmula 331, do TST, compreender as estruturas socioeconômicas e jurídicas do fenômeno. Ressalta as críticas feitas por autores ao sistema adotado pelo TST. E intenta verificar os prejuízos que a terceirização acaba por trazer ao trabalhador terceirizado e ao próprio direito do trabalho, este acabando por ser mitigado frente os interesses econômicos que envolvem o fenômeno.

O trabalho se divide tendo em vista duas perspectivas: a primeira, busca uma maior compreensão dos pressupostos do direito aplicado aos casos de terceirização, através da análise da jurisprudência e do direito aplicado muitas vezes de forma analogia aos casos que chegam ao judiciário; uma segunda perspectiva, busca uma contextualização sociológica do fenômeno da terceirização, passando por um panorama internacional de crise, até chegar a análise da situação brasileira local através de dados empíricos acerca do fenômeno.

Para tanto, no primeiro capítulo, buscou-se uma análise dos elementos da relação de emprego comum, bilateral, para compreender a forma trilateral típica da

atuação da terceirização que afeta diretamente as relações de emprego. Passa-se ao conceito de terceirização, também compreendido através da evolução histórica legislativa do fenômeno. Analisa-se a jurisprudência de forma crítica, buscando uma construção do modelo de terceirização e seus requisitos frente ao entendimento dos Tribunais. E por fim, analisam-se as formas lícitas e ilícitas do fenômeno e suas hipóteses.

A segunda parte do trabalho, serão travadas discussões acerca da responsabilidade da empresa tomadora dos serviços pelas verbas trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa prestadora, bem como, a responsabilidade dessa última. Discute-se a responsabilidade civil, passando por reflexões acerca do alargamento do conceito de culpa. Para, posteriormente, analisar a responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária constante da Súmula 331 do TST.

Por último, o trabalho passa a uma análise que foge do âmbito jurídico para debruçar-se em um âmbito mais sociológico. Nesse âmbito, serão discutidos os temas da estruturação e decadência do Estado de bem-estar social e do modelo adotado pelos países centrais, passando rapidamente pelas teorias que vislumbram o fim da sociedade do trabalho. Para, finalmente, tentar compreender o fenômeno da terceirização no Brasil e suas peculiaridades através da análise de dados empíricos sobre a terceirização no país.

1 TERCEIRIZAÇÃO – NOÇÕES GERAIS

1.1 MODELO CLÁSSICO EMPREGATÍCIO: A RELAÇÃO DE EMPREGO TRADICIONAL

Nos últimos duzentos anos a relação empregatícia tem sido a forma predominante de prestação de trabalho, no entanto, esta pode ocorrer de diferentes formas. Assim, a relação de trabalho pode ocorrer a partir de uma obrigação de fazer, onde não estão inseridas as características da subordinação e da pessoalidade, como é o caso do trabalho autônomo. Ou ainda, de uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas eventual e esporádica, é o caso do trabalho eventual. Todas essas hipóteses não estão contidas na noção jurídica de relação de emprego, e dessa forma, não estão reguladas pela legislação trabalhista. Inclusive, o processamento e julgamento das relações não caracterizadas como relação de emprego não eram de competência da Justiça do Trabalho, até a criação da Emenda Constitucional 45/04, que substituiu o art. 114 da Constituição Federal de 1988.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional 45/04 não trouxe qualquer modificação quanto à hegemonia das lides que envolvem a relação de emprego. Dessa forma, a caracterização da relação de emprego torna-se essencial para compreensão da relação jurídica que deu origem ao desenvolvimento da Justiça Especializada.

A relação de emprego pode ser definida como: “*a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado*”¹. Assim, a relação de emprego possui por foco a relação entre o polo patronal e o polo do trabalhador unidos em uma relação contratual, característica típica da relação jurídica em torna na qual são construídos os princípios, institutos e regras do Direito do Trabalho.

A relação de emprego clássica resulta da conjugação de certos elementos fático-jurídicos, os quais são fatores determinantes para existência da relação empregatícia. Tais relações são reguladas pelo Direito do Trabalho e se caracterizam por existirem no mundo dos fatos, não sendo, portanto, criações jurídicas. Segundo Maurício Godinho Delgado, existem cinco elementos que

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 560.

caracterizam a relação de emprego, quais sejam: a) a prestação de mão de obra por pessoa física a um tomador; b) a prestação deve ser feita com pessoalidade pelo trabalhador; c) de modo não eventual, ou seja, a prestação deve se dar de forma permanente; d) a prestação deve ser feita sob subordinação ao tomador do serviço; e ainda, e) a prestação de trabalho deve ser efetuada com onerosidade².

Os elementos que constituem a relação de emprego são extraídos pela doutrina da própria CLT, mais especificamente, do *caput* do seu art. 2 e do *caput* do seu art. 3. Dessa forma, ao definir empregador a CLT considera “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. E define empregado, no *caput* do art. 3 como “toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A doutrina não é unânime em utilizar os cinco elementos fático-jurídicos para caracterizar a relação de emprego. Para alguns autores os elementos fático-jurídicos seriam apenas quatro: a) subordinação; b) pessoalidade; c) onerosidade; d) não-eventualidade. No entanto, Mauricio Godinho Delgado aponta, além dos quatro elementos mencionados, a necessidade do trabalho ser prestado por pessoa física, trata-se de elemento vinculado à pessoalidade, mas que se diferencia do mesmo. Assim, para maior compreensão dos elementos que caracterizam a relação de emprego, utilizaremos os cinco elementos anteriormente mencionados, os quais serão definidos a seguir.

1.1.1 Pessoa física

A relação de emprego é caracterizada pela prestação de serviço efetuada por uma pessoa física ou natural, ou seja, o Direito do Trabalho protege o trabalhador, pessoa física, que dispense energia de trabalho para prestar serviço. Dessa forma, a pessoa jurídica não pode usufruir os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer)³.

Em decorrência desse elemento fático-jurídico que a prestação de serviço por uma pessoa jurídica, em que não haja determinação específica de pessoa física

² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 284.

³ *Ibidem*, p. 285.

para realizar determinado serviço, está excluída do âmbito das relações jurídicas tuteladas pelo Direito do Trabalho. O que pode ocorrer no caso concreto é a utilização simulada do instituto da pessoa jurídica para encobrir efetiva prestação de serviço realizada por pessoa física determinada, o que poderia ser considerado uma tentativa de fraude à legislação trabalhista, na qual encontraríamos mascarada uma relação de emprego típica e tutelada pelo âmbito justralhista.

1.1.2 Pessoaalidade

O segundo elemento que caracteriza a relação de emprego é a pessoalidade, uma vez que a prestação do serviço deve se dar pessoalmente por pessoa física determinada, tem-se então um caráter de infugibilidade com relação à pessoa do trabalhador, que deve prestar o serviço pactuado de forma pessoal, não podendo fazer-se substituir por outro trabalhador ao longo da relação de emprego.

Ocorre, no entanto, possibilidades normativas de substituição do trabalhador, é o caso das férias, da licença-maternidade e do afastamento para cumprimento de mandato sindical, por exemplo. Em tais casos o contrato de trabalho do trabalhador substituído permanece suspenso ou interrompido, o que não descaracteriza a pessoalidade da relação de emprego. O trabalhador substituído é sujeito de uma nova relação de trabalho, ou seja, de uma relação jurídica distinta. Esse trabalhador substituído, pertencente à mesma empresa, deverá ser beneficiado com as vantagens inerentes ao cargo ocupado, conforme o art. 450, da CLT e súmula 159, I, do TST⁴.

1.1.3 Não- eventualidade

A CLT define o que venha a ser empregado no seu art. 3º, como sendo aquela pessoa física que presta serviços de natureza não eventual, sendo assim, a utilização da força de trabalho deve ter caráter permanente, não se qualificando como trabalho esporádico⁵. No entanto, o conceito de não eventualidade é bastante controvertido no Direito do Trabalho, gerando dissensos na jurisprudência, na doutrina e, inclusive, no texto legal. Nesse último caso, observa-se que a CLT

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 286

⁵ Ibidem, pg. 287.

prefere fazer uso da expressão “serviços de natureza não eventuais”, enquanto a Lei do Trabalhador Doméstico (art. 1º, Lei n. 5.859/72) prefere fazer uso da expressão “serviços de natureza contínua”.

Frente ao dissenso sobre o elemento fático-jurídico da não eventualidade, a doutrina criou distintas teorias para explicar o fenômeno. Nesse trabalho, trataremos da não eventualidade tomando por base a teoria dos fins do empreendimento. De acordo com essa teoria seria eventual o trabalhador que não prestasse serviço em atividades normais da empresa empregadora, ou seja, seria o trabalhador chamado a atender uma necessidade excepcional dentro do quadro das necessidades normais do empreendimento⁶.

De acordo com a teoria dos fins do empreendimento, mesmo que a atividade seja prestada de forma descontínua e intermitente ela poderá ser considerada como uma atividade típica da relação de emprego, desde que a atividade seja indispensável ao desenvolvimento das atividades normais da empresa e seus fins.

1.1.4 Onerosidade

A onerosidade como elemento fático-jurídico traz a característica essencial de fundo econômico que existe em toda relação de emprego. Sendo assim toda força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contraprestação econômica⁷. A onerosidade gera um encargo bilateral característico da relação de emprego, no qual se tem por um lado a prestação de trabalho por parte do empregado, e por outro lado o pagamento de salário, por parte do empregador⁸.

Para Maurício Godinho Delgado a análise da onerosidade como elemento fático-jurídico em uma determinada situação concreta sociojurídica deve envolver duas dimensões, distintas, mas que devem ser analisadas combinadamente. A primeira, diz respeito ao plano objetivo de análise, no qual a onerosidade está representada pelo pagamento de parcelas remuneratórias por parte do empregador ao empregado, em decorrência do contrato pactuado e da prestação de serviço, tais

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 289

⁷ Ibidem, p. 291

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 651.

parcelas são salariais, que podem se pagas em dinheiro ou parcialmente em utilidades, conforme o art. 458 da CLT. Já a segunda dimensão de análise parte de um plano subjetivo no qual a onerosidade estará manifestada pela intenção contraprestativa, ou seja, pela intenção econômica conferida entre as partes, o que ocorre, por exemplo, na servidão disfarçada, mesmo que no plano objetivo não se tenha qualquer contraprestação material ao prestador do serviço⁹.

O elemento da onerosidade não se encontra, por exemplo, no trabalho efetivamente voluntário, por tratar-se de caso de trabalho prestado em favor de causa benevolente, no qual não existe, no plano subjetivo, a intenção de formação de vínculo oneroso de prestação de trabalho. Existem ainda, situações limítrofes que se aproximam a relação de emprego característica, mas que, no entanto, a ordem jurídica não considera viável o vínculo empregatício, é o caso da situação da esposa ou companheira que presta serviços domésticos ao esposo ou companheiro¹⁰.

1.1.5 Subordinação

A subordinação, entre todos os elementos fático-jurídicos que compõem a relação de emprego, é o elemento de maior saliência para caracterizar a relação empregatícia. Dessa forma, a subordinação é o elemento fundamental para distinguir a relação de emprego das demais formas de relação de produção que outrora foram hegemônicas na história socioeconômica ocidental, como a servidão e a escravidão. Também a subordinação serve de elemento decisivo para distinguir a relação de emprego tradicional da prestação de trabalho autônomo¹¹.

Tendo em vista a etimologia da palavra, a palavra subordinação significa “submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”¹².

Existem diferentes modos com o quais a subordinação é concebida pela doutrina. Assim, ela pode ser entendida como hierarquia, ou seja, compreende a subordinação como sendo a aceitação do empregado às ordens emanadas de um

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 292-293.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 293-294

¹¹ Ibidem. p. 294

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 653.

superior. Ainda, a subordinação pode ser compreendida por ser econômica, que seria aquele em que o trabalhador encontra-se em um estado de dependência econômica. Outros doutrinadores entendem que a subordinação é jurídica, e sendo assim trata-se de um fenômeno jurídico derivado do contrato de trabalho.

1.2 A TERCEIRIZAÇÃO E O MODELO TRILATERAL DE RELAÇÃO SOCIOECONÔMICA E JURÍDICA

A terceirização é o termo utilizado para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligado a sua atividade-meio, ou seja, trata-se da descentralização da atividade empresarial para um terceiro. Alguns autores entendem que o termo mais adequado para denominar esse tipo de contratação seria “terciarização”, já que o setor terciário é o setor que correspondente aos serviços dentro da atividade produtiva, assim como o setor primário é o da agricultura e o secundário o setor da indústria. Em suma, esse fenômeno tão comum e importante na atualidade tanto para o Direito do Trabalho como para o Direito Privado, trata-se especificamente de um fenômeno onde uma empresa utiliza-se de mão-de-obra alheia para atingir certos fins, “como se inserisse uma outra dentro de si”¹³.

Para o Direito do Trabalho a terceirização é um fenômeno que provoca uma relação trilateral, na qual participam o obreiro, que presta serviços a empresa tomadora de serviços, mas, no entanto, não mantém vínculo jurídico trabalhista com a mesma; a empresa terceirizada, que é responsável pela contratação do obreiro no mercado de trabalho e com ele firma vínculo jurídico trabalhista; e, por último, a empresa tomadora de serviços, que se beneficia da prestação de serviço do obreiro por intermédio da terceirizada, não assumindo o papel de empregadora do mesmo. Conforme Maurício Godinho Delgado, o modelo trilateral causado pelo fenômeno da terceirização tal como foi exposto:

É francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes

¹³ VIANA, Márcio Túlio. **As Várias Faces da Terceirização**. Belo Horizonte: Revista Faculdade de Direito UFMG, nº 54, p. 141-156, jan/jun 2009.

em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história¹⁴.

Daí a importância do estudo acerca do fenômeno da terceirização tão difundido nas práticas socioeconômicas de empresas atuantes no país. Prática esta, que segundo seus defensores, agiliza a produção, fomenta novas empresas e abre novos postos de trabalho. No entanto, os argumentos pró terceirização são discutíveis, uma vez que em observação na prática, a terceirização acaba por aumentar a rotatividade de mão de obra e conseqüentemente os níveis de desemprego, tornou-se preocupação crescente a partir dos anos 80 para os estudiosos do direito do trabalho.

1.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é a expressão utilizada para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio, ou seja, trata-se da descentralização da atividade empresarial para um terceiro. Alguns autores entendem que o termo mais adequado para denominar esse tipo de contratação seria “terciarização”, já que o setor terciário é o setor que corresponde aos serviços dentro da atividade produtiva, assim como o setor primário é o da agricultura e o secundário o setor da indústria. Em suma, esse fenômeno tão comum e importante na atualidade tanto para o Direito do Trabalho como para o Direito Privado, trata-se especificamente de um fenômeno onde uma empresa utiliza-se de mão de obra alheia para atingir certos fins, “como se inserisse uma outra empresa dentro de si”¹⁵

Outros termos estão sendo utilizados para determinar o fenômeno relativo à contratação de terceiros para a execução de tarefas não pertencentes às atividades principais da empresa, quais sejam: subcontratação, desverticalização, horizontalização, etc. Todas as nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores servem para especificar a inserção de um terceiro na clássica relação empregatícia justralhista, na qual figurava apenas as figuras do empregador e do empregado, tradicionalmente bilateral, portanto. Os termos utilizados servem para definir essa

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: 9ª ed. editora LTR, 2012, p. 414.

¹⁵ VIANA, Mário Túlio. As Várias Faces da Terceirização. Belo Horizonte: Revista Faculdade de Direito UFMG, nº 54, p. 141-156, jan/jun 2009.

nova forma de relação trabalhista, não mais bilateral, mas trilateral, onde se tem o empregado, a empresa tomadora do serviço e a empresa prestadora de serviço.

Para o Direito do Trabalho a terceirização é um fenômeno que se distingue da relação clássica de emprego bilateral, pois provoca uma relação trilateral, na qual participam o obreiro, que presta serviços a empresa tomadora de serviços, mas, no entanto, não mantém vínculo jurídica trabalhista com a mesma; a empresa terceirizante, que é responsável pela contratação do obreiro no mercado de trabalho e com ele firma vínculo jurídica trabalhista; e, por último, a empresa tomadora de serviços, que se beneficia da prestação de serviço do obreiro por intermédio da terceirizante, não assumindo o papel de empregadora do mesmo.

A origem da terceirização, como anteriormente definida, surge como fenômeno econômico, pois veio como resposta a um cenário econômico mundial gerado pela globalização e pelos avanços tecnológicos. Ante esse cenário global, houve a necessidade de buscar alternativas administrativas com o intuito de aumentar a produtividade e diminuir custos das empresas que intentavam permanecer no mercado global. Primeiramente, o objetivo da terceirização era diminuir o número de trabalhadores que deveriam se dedicar exclusivamente às tarefas essenciais, repassando para terceiros a execução de tarefas acessórias. Dessa forma, o número de contratados diminuiria, bem como os encargos trabalhistas e previdenciários.

A terceirização, como modelo trilateral que envolve o trabalhador, o tomador de serviço e o prestador de serviço, aparece a partir do século XX em diferentes modalidades de contratação. Podendo ser verificada nos casos de subcontratação, no trabalho temporário, nas cooperativas de mão de obra e nas empresas terceirizantes propriamente ditas¹⁶.

O fenômeno da terceirização encontra-se muito difundido nas práticas socioeconômicas de empresas atuantes no Brasil. Práticas estas que, segundo seus defensores, agiliza a produção, fomenta novas empresas e abre novos postos de trabalho. No entanto, os argumentos pró terceirização são discutíveis, uma vez que em observação prática, a terceirização pode acabar por aumentar a rotatividade de mão de obra e conseqüentemente os níveis de desemprego, tornando-se

¹⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. Direito do Trabalho – I. São Paulo: LTr, 2014. p. 405.

preocupação crescente a partir dos anos 80 para os estudiosos do Direito do Trabalho.

1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA

A terceirização chega à legislação brasileira com força e amplitude apenas nas últimas décadas do século XX. A CLT de 1943 não faz menção ao fenômeno da terceirização, hoje tão significativa no mercado de trabalho brasileiro, apenas referindo-se a empreitada e a subempreitada (art.455), e a pequena empreitada (art.652, "a", III), à época da legislação celetista, a terceirização não constituía um fenômeno amplo e merecedor de atenção. Assim, apesar das mudanças iniciadas na economia que modificaram a gestão industrial no pós guerra, no Brasil, essas mudanças não foram sentidas até o final do século XX, isso por causa de sua industrialização tardia, mantendo-se assim o modelo clássico de organização da produção fundado no vínculo empregador-empregado.

A legislação obreira começa a tratar do fenômeno da terceirização, efetivamente, na década de 1960 e início dos anos 1970, referindo-se apenas ao segmento estatal de mercado de trabalho inicialmente, com o Decreto-lei n. 200/60 e a Lei n. 5.645/70. No campo privado do mercado de trabalho, a legislação trabalhista brasileira, a partir da década de 1970, começa a tratar de forma ainda mitigada, inicialmente, pela Lei de Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74), e após, em 1983, com a Lei 7.102/83, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária de forma permanente. O setor privado da economia, mesmo sem autorização legal para a prática da terceirização, passou ao longo dos últimos 30 anos do século XX, a utilizar-se da terceirização de mão de obra de forma cada vez mais crescente, conforme a política administrativa das empresas de nossos tempos.

O fenômeno da terceirização chegou ao âmbito do judiciário brasileiro, reflexo da realidade esboçada em cada caso concreto em nossos tribunais, fazendo com que o Tribunal Superior do Trabalho editasse a Súmula n. 256, em 1986, e a Súmula 331, em 1993. Esta última reformou a Súmula 256, e posteriores modificações, buscando uniformizar as interpretações jurisprudenciais no país. No entanto, a terceirização efetivamente trouxe transformações no mercado de trabalho e na ordem justralhista do país, causando aos operadores do direito grandes dúvidas e questionamentos, conforme analisa Maurício Godinho Delgado:

(...) o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo jurtrabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental¹⁷.

1.4.1 Decreto-Lei n. 200/67 e Lei 5.645/70

O art. 10, *caput*, do DL 200/67 dispõe que a “(...) execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. Já o §7º do mesmo dispositivo legal complementa o preceito exposto no *caput* da seguinte forma:

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.

O diploma normativo de 1967 estimula a terceirização no âmbito da administração pública estatal, autorizando a descentralização de tarefas executivas, instrumentais, que deveriam, sempre que possível, serem executadas pela iniciativa privada, mediante contrato. A autorização legal à terceirização no setor público, no entanto, causava dúvida quanto às suas extensões, ou seja, quais seriam as atividades que poderiam ser classificadas como executivas e instrumentais para autorizar a sua terceirização.

A Lei 5.645/70 trouxe um rol exemplificativo em seu art. 3º, parágrafo único, das atividades que poderiam ser terceirizadas pela administração pública:

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 art. 10, §7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A partir da análise conjugada dos diplomas legais verifica-se que as atividades possíveis de terceirização pela administração pública estão restritas às

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: 9ª Ed. Editora LTR, 2012. p. 416.

atividades-meio, ou seja, instrumentais às atividades finalísticas dos entes tomadores de serviço. Significando a impossibilidade de contratar empresa terceirizada do âmbito privado para realização de atividades-fim do ente estatal¹⁸.

1.4.2 Lei 6.019/74

A Lei 6.019/74 inaugura no Brasil a regulação do fenômeno da terceirização no âmbito privado ao tratar do trabalho temporário. O diploma legal de 1974 traz ao Direito do Trabalho a figura do trabalhador temporário que se afasta da clássica relação de emprego, não apenas por introduzir a terceirização no âmbito legal, mas por mitigar direitos previstos na CLT para trabalhadores também submetidos a contrato a termo (art. 443 e seguintes da CLT). No entanto, ao longo do tempo a jurisprudência dos tribunais tratou de aproximar os direitos conferidos a esses trabalhadores aos direitos conferidos pela ordem jurídica aos trabalhadores integrantes da relação clássica de emprego, regidos pelo art. 2º e 3º da CLT.

A relação justrabalhista trilateral estabelecida por esse diploma legal é comum a todas as formas de terceirização, no caso do trabalho temporário essa relação é formada pela: a) empresa terceirizante ou empresa de trabalho temporário; b) trabalhador temporário; c) empresa tomadora de serviços ou empresa cliente. Dessa forma, o vínculo empregatício do trabalhador estabelece-se com a empresa de trabalho temporário, embora ele preste serviços à empresa tomadora. O que acaba por dissociar a relação socioeconômica de prestação de serviços da relação jurídica decorrente, o que acaba por romper com a bilateralidade típica da relação de emprego clássica celetista¹⁹.

O trabalho temporário é definido pelo art. 2º da Lei n. 6.019/74 como sendo: "(...) aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços". Dessa forma, o trabalhador temporário não se confunde com o trabalhador admitido a prazo, por contrato a termo, pela própria empresa tomadora de serviço. Este trabalhador tem seu contrato de trabalho regido integralmente pela CLT, enquanto o trabalhador temporário estará regido pelas normas da Lei especial.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 440

¹⁹ Ibidem, p. 460

Também o art. 2º da Lei, anteriormente transcrito, especifica as circunstâncias que autorizam a empresa tomadora de serviço a contratar o trabalho temporário, que será cedido pela empresa terceirizante. A primeira hipótese trata de situações rotineiras de substituição de empregados, é o caso de trabalhadores em férias, licença-maternidade, ou outras licenças previdenciárias. O segundo caso autorizado pela lei diz respeito às situações excepcionais de necessidade de serviços da empresa tomadora, como, por exemplo, no caso de elevação temporária de vendas em face de períodos festivos em determinadas datas do ano. Assim, desaparecendo a excepcionalidade da ocasião torna irregular a continuidade da contratação.

As duas hipóteses previstas na Lei 6.019/74 são requisitos à licitude da existência do trabalho temporário. Dessa forma, a sua não observância compromete a relação trilateral da terceirização lícita, devendo a tomadora de serviços ser responsável diretamente pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador temporário, ou seja, existe a formação de vínculo empregatício direto.

1.4.3 Lei 7.102/83

A Lei 7.102/83, diferentemente da Lei de 1974 que instituiu o trabalho terceirizado temporário, trouxe ao sistema jurídico brasileiro a possibilidade de contratação de terceirização permanente. No entanto, o processo ficou restrito a uma classe específica de trabalhador, os vigilantes, e ainda, limitada ao segmento específico dos bancários.

A Lei 8.863/94 trouxe a ampliação das determinações da Lei de 1983, alargando o âmbito de atuação dos trabalhadores vigilantes que poderão atuar também para a vigilância patrimonial de qualquer estabelecimento público e privado, ou na segurança de pessoas físicas, bem como para realizar transporte de qualquer tipo de carga. Ampliando assim de modo considerável o âmbito de atuação da Lei 7.102/83.

1.4.4 Cooperativas de Trabalho

A Lei 8.949/94 acrescentou o parágrafo único ao disposto no art. 442 da CLT, introduzindo ao texto celetista nova forma de terceirização com fulcro na

fórmula cooperada. Estabelece o parágrafo único do art. 442 da CLT: “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 serviço daquela”.

A inovação ao texto legal se deu quanto à última parte do parágrafo anteriormente transcrito, no que diz respeito a não formação de vínculo empregatício entre os associados e os tomadores de serviço. Dessa forma, houve a criação de presunção de ausência de vínculo empregatício em favor das tomadoras de serviços prestados pelos associados através da cooperativa.

A figura cooperativa pode ser muitas vezes utilizada para fraudar a relação de emprego tradicional. Isso ocorre, principalmente, quando os princípios que norteiam o cooperativismo e a finalidade da figura cooperativa não são atendidos. A relação fática jurídica deve ser observada tendo em vista o princípio da dupla qualidade, bem como o princípio da retribuição pessoal diferenciada. O primeiro princípio informa que a pessoa do cooperado deve ser ao mesmo tempo cooperado e cliente, ou seja, deve haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa ao associado. O segundo princípio vislumbra que o cooperado deve auferir retribuição pessoal superior àquela alcançada caso atuasse sozinho²⁰.

1.5 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O TST editou a Súmula 286 em 1986, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988. A súmula procurou suprir a falta de legislação a respeito da terceirização no país, buscando limitar a contratação de trabalhadores por empresa interposta, nos seguintes termos:

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

A súmula trouxe orientações importantes sobre a análise da terceirização no direito brasileiro, entendendo que o processo de terceirização é caso excetivo. Dessa forma, a súmula limitou as hipóteses de terceirização lícita às contidas nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, as quais autorizam a terceirização do trabalho temporário e de profissionais vigilantes. Assim, caso a terceirização não se encontrasse nos

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 333

limites das Leis anteriormente citadas, estaríamos ante uma terceirização ilícita e se estabeleceria vínculo empregatício clássico entre o empregado e a tomadora de serviços.

O verbete pareceu fixar rol taxativo de exceções terceirizantes, no entanto, deixou de contemplar as exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70, as quais autorizam a terceirização de atividades executivas instrumentais pela administração pública. O que provocou críticas contra a Súmula 256.

Além disso, segundo Sérgio Pinto Martins, a correta interpretação do rol existente no Enunciado 256 deveria ser exemplificativa, e não taxativa, pois conforma o art. 5º, II, da CF “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, em não havendo previsão legal que proíba o trabalho de empresas prestadoras de serviços, suas atividades devem a priori ser consideradas lícitas, não podendo aplicar de forma generalizada a presunção de fraude²¹.

Ademais, a formação de vínculo empregatício com a tomadora de serviço parte da Administração Pública passou a ser incompatível com a nova ordem constitucional, a partir do advento do art. 37, II, da CF, o qual prevê a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Também tal circunstância não estava prevista na Súmula 256.

Ante tais discussões a respeito do polêmico tema da terceirização em nossos tribunais, o TST, em 1994, promoveu a revisão da Súmula 256, o qual foi revogado pela Resolução 121/2003. Editou-se assim a Súmula 331 do TST, com a seguinte redação:

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, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/88).

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 tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas. 2009. p. 120-122.

No ano de 2000, o inciso IV da Súmula 331 recebeu nova redação para esclarecer que os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista também seriam responsabilizadas subsidiariamente, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

A partir das orientações contidas na Súmula 331, as decisões da Justiça do Trabalho passaram a impor indiscriminadamente ao tomador dos serviços, tanto do setor público quanto do privado, responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas terceirizantes. Tal entendimento estava baseado na culpa presumida ou na responsabilidade objetiva dos tomadores de serviços, exigindo-se apenas que o tomador figurasse no polo passivo da lide trabalhista.

No entanto, a Lei 8.666/93 que estabelece as regras para a licitação pública e contratos administrativos de serviços e obras, no âmbito da administração pública, prevê no seu art. 71, §1º, que a inadimplência do contrato quanto às verbas trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem ao Poder Público a responsabilidade por seu pagamento. Nota-se que o dispositivo de lei encontrava-se em evidente conflito com a Súmula do TST, e com as decisões judiciais embasadas na mesma.

Em 2007, o Governo do Distrito Federal ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16-DF), buscando a confirmação de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. Nesse sentido, a ADC 16 alegava que a Súmula 331, IV, do TST negava vigência ao referido dispositivo da lei. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/93. A decisão afastou a responsabilidade objetiva do Poder Público em casos de terceirização, entendeu o STF que a responsabilidade da entidade estatal passaria pela presença da culpa *in vigilando*, cabendo ao ente público à fiscalização do correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Com a decisão do Supremo na ADC 16, em 24.10.2010, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu ajustes na Súmula 331, alterando o item IV e adicionando os incisos V e VI, conforme segue:

(...)

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço 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 nº 8.666/93, 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.

Conforme se observa o TST, a partir da Súmula 331, trouxe respostas ao fenômeno da terceirização ao longo dos anos, modificando a sua jurisprudência para adequá-la às exigências da complexidade do fenômeno. Assim, primeiramente, incorpora as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70, ampliando o rol de terceirizações taxativamente dispostos na Súmula 256. E ainda, acolhendo a vedação constitucional de contratação de servidores públicos por meio outros meios que não o do concurso público. Em um segundo momento, o TST reflete sobre a responsabilidade das tomadoras de serviço, adequado o texto sumular ao entendimento do STF aventado pela ADC 16 de 2010.

As alterações consagradas pela Súmula 331 ainda evidenciam a distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador do serviço, que marca um importante critério para a aferição da licitude ou ilicitude da contratação de empresas terceirizantes e das relações jurídicas que decorrem do contrato.

Por fim, a súmula faz referência a natureza e extensão da responsabilidade subsidiária auferida em decorrência das relações terceirizadas, observando que a condenação subsidiária do tomador do serviço abrange todas as verbas de correntes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

1.5.1 Análise crítica da jurisprudência trabalhista (súmula 331 do TST)

Voltando-se ao padrão jurídico do fenômeno da terceirização, nota-se que a partir do enunciado 331, do TST, passou-se a considerar lícita a terceirização, desde que ela não atinja a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, trazendo ainda a extensão da responsabilidade jurídica das empresas envolvidas na relação

terceirizada, considerando a tomadora de serviços responsável subsidiariamente pelos direitos trabalhistas do obreiro. Assim, a Súmula 331 busca estabelecer a diferenciação entre terceirização lícita em contraponto à ilícita. E ainda, explicita a abrangência da responsabilidade para com o crédito trabalhista do obreiro.

Terceirização lícita é a contratação de serviços de mão de obra ligados às atividades-meio do tomador, assim, trata-se da contratação de serviços relacionados às atividades periféricas, que não integram o núcleo do conjunto de forças que visam o desenvolvimento empresarial do tomador dos serviços. Enquanto, a atividade-fim de uma empresa significam os afazeres empresariais, administrativos, econômicos e de produção ligados ao núcleo do conjunto de forças que visam o desenvolvimento empresarial do tomador dos serviços.

Muitos autores criticam a diferenciação exposta no enunciado do TST, pois entendem ser de difícil demonstração prática, o que gera insegurança na definição adequada para diferenciação, como exemplifica Jorge Luiz Souto Maior: “(...) o serviços de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?”²².

Márcio Túlio Viana observa que a diferenciação entre terceirização lícita e ilícita tem inspiração na Lei 5.645/70, que dispõe sobre as atividades possíveis de terceirização no serviço público, e parte do pressuposto de que a terceirização nas atividades-meio facilmente não possuem os requisitos da relação empregatícia clássica, como a pessoalidade e a subordinação. O mesmo autor sustenta:

Ora, a pessoalidade é um dado, muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado. A não ser em termos formais, muitas vezes será tão tênue no trabalho comum quando naquelas formas de terceirização. Quanto à subordinação, se a entendermos de forma objetiva, como sugere a melhor doutrina, em poucos casos estará ausente, mesmo nas atividades-meio²³.

As críticas não param por aí, acredita-se que a súmula acaba por se afastar da própria realidade do mercado de trabalho e da realidade produtiva. A Súmula 331, de uma certa forma, legaliza a pura intermediação de mão de obra que, antigamente, na vigência da Súmula 256 era considerada ilícita no país. A orientação do TST não vincula a legalidade da terceirização a qualquer

²² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

²³ VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. Belo Horizonte: Revista Faculdade de Direito UFMG, nº 54, p. 141-156, jan/jun 2009.

especialização de serviços, nem mesmo busca vincular a terceirização à idoneidade econômica das empresas prestadoras de serviços, e acaba por assentir a precarização do trabalho, e do próprio direito do trabalho, fundado na proteção ao trabalhador.

O que se observa na prática são empresas de prestação de serviço precárias, sem idoneidade econômica, com um quadro de trabalhadores frágeis e pouco especializados, capazes de aceitar salários baixos e condições até mesmo degradantes no meio-ambiente do trabalho. Esses trabalhadores são deixados de lado pela empresa tomadora, inclusive para que não haja subordinação entre o obreiro e a tomadora de serviço, eles acabam por exercer suas atividades no meio-ambiente do trabalho de forma desprotegida, se comparados aos trabalhadores contratados diretamente pela tomadora. Ocorre que os trabalhadores terceirizados não podem integrar a CIPAs, não possuem representação sindical capaz de observar problemas no ambiente de trabalho, e assim, acabam por subordinar-se a trabalhar em locais e condições inadequadas, gerando um aumento de doenças profissionais e acidentes do trabalho²⁴.

Ainda, de acordo com Jorge Luiz Souto Maior, a súmula 331 ao legalizar a terceirização da mera intermediação de mão de obra, não se ateuve ao art. 2º da CLT, que define empregador como aquele que assume os riscos da atividade econômica, concluindo o mesmo autor:

(...) quem se insere no contexto produtivo de outrem, com mera prestação de serviços, não assume qualquer risco econômico atinente à produção, daí porque, segundo a definição legal, não pode ser considerado empregador.
(...) a transferência de atividade que é indispensável à realização empresarial, de forma permanente – seja ela considerada meio ou fim, pouco importa – não pode, simplesmente, se transferir a terceiros, sem que se aplique a tal negócio jurídico a regra de definição do empregador fincada no art. 2º da CLT, isto é, a consideração de que aquele que se utiliza de trabalhador subordinado e que assume os riscos da atividade econômica é o real empregador, sendo este, no caso, evidentemente, a empresa tomadora dos serviços²⁵.

Dessa forma, somente há terceirização lícita quando a prestadora de serviços é capaz de assumir os riscos da sua atividade empresarial própria, ou seja, mantém vínculo com trabalhadores especialistas, pois trabalha em serviços especializados, além de possuir patrimônio e instrumentos capazes de efetivar os

²⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

serviços prestados. Estes serviços não sendo indispensáveis, e nem permanentes, para a atividade produtiva da empresa tomadora, têm duração pré-determinada e sempre excepcional. Utilizando-se do direito comparado, observa-se que, na França, a intermediação de mão de obra, com finalidade de lucro da empresa prestadora, é entendido como tráfico de mão de obra. Na Argentina, Colômbia, México, Venezuela, Espanha, França e Itália há previsão legal para responsabilidade solidária da tomadora de serviços quanto aos encargos trabalhistas e previdenciários inadimplidos pela prestadora de serviços²⁶.

Jorge Luiz Souto Maior entende que a terceirização jurídica se verifica quando há a formação de uma cadeia produtiva que se aproveita da força de trabalho fornecida pelo trabalhador, portanto, defende a responsabilidade solidária do tomador e do prestador de serviços nos casos de descumprimento dos direitos trabalhistas do obreiro. Dessa forma, afirma que a solidariedade passiva, a qual aqui interessa, dá-se quando há pluralidade de devedores e cada um é responsável pelo pagamento do total da dívida. E acrescenta que a responsabilidade solidária em questão não seria presumida, e, portanto, não afrontaria o art. 265 do Código Civil, já que declarada judicialmente, com base no postulado jurídico da culpa *in eligendo*.

O autor ainda propõe o abandono do elemento culpa, quer *in eligendo* ou *in vigilando*, atraindo a noção de culpa objetiva decorrente da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do art. 927 do CC/02:

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Ressalta ainda a possibilidade de interpretação analógica do art. 455, da CLT, aplicando-o ao caso da terceirização, conforme o dito artigo:

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

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

Destaca-se, ainda, o disposto no art. 187 do CC/02:

²⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Souto Maior posiciona-se contra a responsabilidade subsidiária estabelecida pela Súmula 331, do TST, concluindo:

Não há incidência possível nesta situação da regra de que “a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes” (art. 896, antigo CC; art. 265, atual CC), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 924, atual Código)²⁷.

O artigo 924 do Código Civil, assim dispõe:

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

Parágrafo único: são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932.

Souto Maior busca, com o desenvolvimento do raciocínio aqui sucintamente exposto, preservar a essência do direito do trabalho de proteção a dignidade do trabalhador, evitando que o fenômeno da terceirização acabe por burlar os direitos trabalhistas. A responsabilidade solidária da tomadora de serviços e da prestadora acabaria por inibir a terceirização, ou ao menos ensejaria um maior cuidado quando da contratação, e ainda, agilizaria a execução de créditos trabalhistas do obreiro.

1.6 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A ordem jurídica brasileira observa distinções evidentes entre a terceirização lícita e a ilícita. No entanto, deve-se ressaltar que as hipóteses de terceirização são sempre tidas como exceções, pois na ordem justralhista a contratação de força de trabalho deve manter-se dentro da clássica fórmula da relação de emprego prevista pela CLT e consagrada em seus arts. 2º e 3º.

²⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

A terceirização lícita observa sempre os direitos legais dos trabalhadores, que se distancia da relação de emprego comum. No entanto, a terceirização ilícita tem por objetivo fraudar os direitos legais dos trabalhadores, visando à mera intermediação de mão de obra²⁸.

De acordo com a doutrina, existem quatro hipóteses de terceirização lícitas claramente reguladas pela Súmula 331 do TST, são elas: a) trabalho temporário; b) atividades de vigilância; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador²⁹.

1.6.1 Hipóteses de Terceirização Lícita

A Súmula 331 do TST, claramente, dispõe sobre as situações de terceirização lícitas. Constituem quatro grupos de situações sociojurídicas delimitadas que serão especificadas nos subtítulos a seguir.

1.6.1.1 Trabalho temporário

A primeira hipótese de terceirização lícita encontra-se enunciada no item I da Súmula 331, a qual se refere às situações de contratação de trabalho temporário autorizadas pela Lei n. 6019/74. Tais situações somente poderão ocorrer nos casos especificados no art. 2º da Lei 6.019/74, ou seja, quando houver necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou em caso de acréscimo extraordinário de serviço.

Os casos de trabalho temporário devem obedecer aos requisitos da lei anteriormente citada exigindo para sua formalização contrato de trabalho escrito entre o empregado e a empresa terceirizante (art. 11). O contrato firmado entre a empresa terceirizante e a tomadora de serviços deve também ser formulado por escrito e, ainda, deve constar o motivo que justifica a contratação temporária de pessoal (art. 9º). A Lei 6.019/74 ainda fixa o prazo máximo de três meses para a prestação de serviços temporários dentro da empresa tomadora, e em excedido esse prazo estaria caracterizado o vínculo de emprego com o tomador, no entanto,

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas. 2009. p. 157.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 449-450

esse prazo trimestral poderá ser flexibilizado em caso de autorização conferida pelo Ministério do Trabalho local (art. 10).

A jurisprudência trabalhista vem se esforçando em produzir uma maior inserção da categoria dos trabalhadores temporário dentro do universo do Direito do Trabalho, com o intuito de eliminar a flagrante discriminação imposta pelo singelo rol de direitos auferidos a esses trabalhadores pela Lei de 1974. Nesse sentido, os tribunais têm entendido que todos os direitos e verbas contratuais dos empregados efetivos da empresa tomadora devem ser estendidos aos trabalhadores temporários, evitando a discriminação ilícita.

1.6.1.2 Atividades de vigilância

As atividades de vigilância terceirizadas regidas pela Lei nº 7.102/83, estando autorizadas pela Súmula 331, no seu item III. Conforme a súmula do TST, não há vínculo de emprego com a tomadora na contratação de serviços de vigilância, desde que inexista a pessoalidade e subordinação direta.

A relação trilateral característica da terceirização, no caso dos vigilantes, ocorre com a prestação do serviço por parte do empregado na sede da empresa tomadora, no entanto, este está subordinado aos comandos da empresa terceirizante. Diferentemente do trabalho temporário, o contrato de trabalho do vigilante será por tempo indeterminado.

Nota-se que as atividades terceirizadas legalmente tipificadas pela súmula e pela Lei 7.102/83 preocupam-se com os vigilantes, não tratando dos vigias. Estes são considerados empregados não especializados, ou semiespecializados, que possuem vínculo de emprego direto com o tomador de seus serviços, submetendo-se às regras da categoria definida pela atividade do empregador. Já os vigilantes são membros de uma categoria especializada, submetendo-se às regras próprias e a formação profissional diferenciada.

1.6.1.3 Atividades de conservação e limpeza

As atividades de conservação e limpeza foram uma das primeiras atividades a serem terceirizadas no âmbito empresarial, mesmo não havendo

legislação ou qualquer normatização específica regulando a matéria no país. A Administração Pública era autorizada expressamente pela Lei 5.645/70 a utilizar os serviços terceirizados de limpeza. No entanto, no âmbito privado a autorização normativa a esse tipo de terceirização apenas foi implementada com o advento da Súmula 331, inciso III do TST.

Anteriormente à Súmula 331 regular a matéria, a terceirização acontecia muitas vezes sob a roupagem do trabalho temporário, ocorre que na prática os serviços de limpeza eram muitas vezes estendidos e mantidos pelas tomadoras, desrespeitando o prazo de três meses estabelecido na lei do trabalho temporário. Ainda, havia o revezamento de empregados o que descaracteriza o trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74. Dessa forma, no período que antecedeu a Súmula do TST, houveram inúmeros casos de reconhecimento de vínculo de emprego entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora dos serviços.

1.6.1.4 Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador

A terceirização de serviço especializado ligados à atividade-meio do tomador é permitida pelo inciso III da Súmula 331 do TST. Não há determinação expressa do que sejam tais atividades, mas todas têm a peculiaridade de serem atividades não pertencentes ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços, ou seja, distintas às atividades-fim do tomador.

As atividades-meio devem ser entendidas como aquelas atividades periféricas ao núcleo dinâmico empresarial, portanto, são atividades meramente instrumentais. Conforme Maurício Godinho Delgado, as 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 definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico amplo³⁰.

A diferença entre serviços essenciais e serviços acessórios de apoio serve para esclarecer o âmbito das atividades-meio e das atividades-fim de uma empresa. Assim, segundo Carmem Camino, tanto os serviços essenciais quanto os acessórios são não-eventuais, por serem necessários e permanentes. Ocorre que

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 450.

apenas os serviços essenciais (naturais ao empreendimento econômico e ligados diretamente ao objeto da tomadora) situam-se na atividade-fim da empresa. Enquanto que os serviços acessórios por não serem essenciais ao empreendimento, estarão ligados às atividades-meio da empresa³¹.

Os serviços acessórios e de apoio, ligados à atividade-meio do tomador, estão exemplificados na Lei n. 5.645/70: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros”. São, portanto, atividades meramente instrumentais que podem ser delegadas a terceiros por meio da terceirização. Frente a inevitável diversificação de situações e de processos produtivos, a divisão do trabalho torna-se também inevitável³². Assim como se mostra impossível um sistema legal taxativo ou limitado para impedir a terceirização, devendo ficar a critério do juiz a avaliação das condições lícitas e ilícitas da terceirização no caso concreto.

1.6.2 Terceirização ilícita

As características da terceirização ilícita podem ser apreendidas a partir da análise da Súmula 331 do TST. Dessa forma, serão ilícitas as contratações de serviços terceirizados pelo tomador nos casos em que as atividades terceirizadas venham a ser essenciais às atividades-fim da empresa. Ainda, serão sempre ilícitas as terceirizações que ocorram com pessoalidade e subordinação direta do trabalhador em relação à empresa tomadora de serviços, com exceção do trabalho temporário.

³¹ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 236-237.

³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 629.

2 RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

A responsabilidade civil sobre o fenômeno da terceirização encontrava-se já consagrada na primeira lei do país a tratar do assunto a Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário. No art. 16 da referida lei existe a previsão legal de responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços pelas verbas trabalhistas e previdenciárias do empregado. No entanto, a responsabilidade solidária ocorreria apenas em caso de falência da empresa terceirizante de trabalho temporário. Nota-se então que as normas advindas da Lei n. 6.019/74 eram bastante restritas, uma vez que a tomadora de serviço apenas seria responsabilizada em caso de falência. Outro fator de restrição eram as próprias verbas trabalhistas devidas ao trabalhador temporário, que, especificadas pela Lei 6.019/74, eram mitigadas se comparadas aos direitos do trabalhador comum contratado diretamente pela empresa tomadora.

Os operadores jurídicos, com o objetivo de aproximar a aplicação do direito com a realidade socioeconômica, esforçaram-se hermeneuticamente ante a falta de legislação aplicada às hipóteses de terceirização. Assim, tem-se a edição da Súmula 331 do TST, que busca uma fórmula responsabilizatória aplicada aos contextos de terceirização. Conforme dispõe o item IV da súmula:

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

A súmula vai além dos preceitos restritivos contidos na Lei n. 6.019/74, entendendo pela responsabilidade do tomador do serviço por todas as obrigações trabalhistas decorrentes da terceirização. A responsabilidade do tomador incide quando do inadimplemento das obrigações laborais por parte do empregador, dessa forma, não há mais necessidade de verificação de falência do empregador para a responsabilização do tomador. No entanto, diferentemente da Lei n. 6.019/74 que previa a responsabilidade solidária do tomador, a Súmula 331 fez opção pela responsabilidade subsidiária do mesmo, o que acaba por reduzir a amplitude da responsabilização anterior, mesmo facilitando quanto aos requisitos para sua declaração.

A responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços contida na Súmula 331 do TST claramente abarca todas as hipóteses de terceirização lícita existentes no contexto socioeconômico e normativa trabalhista brasileira. Aplicando-se tanto no âmbito privado quanto no público e ainda estendendo-se, inclusive, ao trabalho temporário previsto na Lei n. 6.019/74.

2.1 RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL

Majoritariamente a jurisprudência e a doutrina brasileira costumam embasar a responsabilidade da tomadora de serviços utilizando-se as normas do Direito Civil. No Direito do Trabalho a utilização do Direito Civil é expressamente autorizada pela CLT em seu art. 8º que dispõe: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

A teoria da responsabilidade civil é construída a partir do entendimento de que toda a atividade humana que acarretar um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenização. Assim, qualquer pessoa (física ou jurídica) que causar dano a outrem, mediante conduta antijurídica, tem o dever legal de indenizá-lo. A reparação do dano causado busca tranquilizar inquietações sociais, restaurando um equilíbrio patrimonial e moral violado³³.

Modernamente existem duas correntes de pensamento acerca da responsabilidade civil, ambas recepcionadas pelo Código Civil de 2002. A primeira trata da responsabilidade subjetiva, a qual tinha previsão no código de 1916, e está expressa no ordenamento atual nos art.s 186 e 187, combinados com o *caput* do art. 927 do código vigente. A segunda teoria recepcionada pelo código atual é a da responsabilidade objetiva, a qual encontrasse expressa no parágrafo único do art. 927, art. 931 e outros.

2.1.1 Responsabilidade civil subjetiva e a terceirização

Para haver a responsabilização de uma pessoa a indenizar outrem, a teoria da responsabilidade civil subjetiva desenvolveu três requisitos necessários à obrigação de indenizar, são eles: aferição de uma conduta antijurídica, existência de

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

dano e, finalmente, o nexo de causalidade entre a referida conduta antijurídica e o dano decorrente da mesma. Todos os requisitos podem ser encontrados no art. 186 do Código Civil mediante análise do texto, conforme o dispositivo: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa forma, no momento em que alguém mediante conduta antijurídica ou culposa, violar direito de outrem, causando-lhe dano, tem-se a existência de ato ilícito do qual decorre o dever de indenizar, conforme o art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva entende não haver responsabilidade sem o elemento culpa, assim a culpa deve ser entendida em seu sentido mais amplo, *lato sensu*, a qual abrange o dolo, quando o dano é causado intencionalmente, e a culpa, *stricto sensu*, na qual o dano decorre de negligência, imperícia ou imprudência do seu causador.

A tomadora de serviços concorre para a realização do dano, este é causado de forma direta pela prestadora dos serviços, mas aquela que delega à terceiros a execução de parte de suas tarefas, sem dúvida concorre para a ocorrência de dano.

Frente à responsabilidade civil subjetiva, a atribuição de responsabilidade da tomadora de serviços pelas verbas não adimplidas pelo empregador direto, deve passar pela comprovação de culpa, bem como do dano do empregado, e do nexo de causalidade, requisitos para aferição da responsabilidade. No entanto, esses requisitos são de fácil constatação no caso de terceirização trabalhista.

Dessa forma, há evidente dano quando do descumprimento de direitos trabalhistas, ou na ocorrência de violação aos direitos do trabalhador. O nexo de causalidade existe, pois a empresa tomadora de serviços poderia ter evitado o dano contratando diretamente o empregado, e não se beneficiando da prestação de serviço através terceirização. Ainda, o dano poderia não ocorrer no caso de uma fiscalização mais efetiva da tomadora com relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, ou seja, para a ocorrência do dano, a empresa tomadora concorreu com sua omissão.

A doutrina e a jurisprudência têm sustentado que a culpa da empresa tomadora de serviços estaria na culpa *in eligendo* e na culpa *in vigilando*, que serão abordadas no próximo tópico.

2.1.1.1 Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*

A culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* são modalidades de culpa utilizadas para justificar ato de terceiro. No caso dos contratos de terceirização, a jurisprudência majoritária, bem como a doutrina, entendem ser a responsabilidade da tomadora de serviços decorrência de tais modalidades de culpa. Uma vez que mesmo tendo o ato ilícito sido praticado por um terceiro (prestadora dos serviços), a responsabilidade se estende em face do descumprimento de um dever de vigilância, de escolha, de instrução ou de custódia.

A culpa *in eligendo* diz respeito à escolha no momento de contratação da empresa prestadora de serviços. A tomadora deve fazer uma análise minuciosa sobre a idoneidade econômica e financeira da empresa que pretende contratar. Portanto, se contrata empresa inidônea, incapaz de arcar com os direitos trabalhistas de seus empregados, a tomadora caba responsabilizada por sua eleição equivocada.

A outra modalidade de culpa, a culpa *in vigilando*, encontra-se ligada a obrigação de fiscalização e de vigilância da empresa que contrata os serviços de outra. Dessa forma, existe culpa *in vigilando* quando caracterizada negligência da tomadora na fiscalização dos serviços e obrigações da empresa prestadora.

Em havendo o ato ilícito por parte da empresa prestadora, haverá, portanto, lesão aos direitos dos empregados, e a culpa em relação a empresa que terceirizou os serviços é assim presumida. Ocorre que o ato ilícito poderia ter sido evitado caso a tomadora se incumbisse de suas obrigações de fiscalização e se certificasse da idoneidade da empresa contratada, diminuindo os riscos de inadimplemento de obrigações trabalhistas.

A jurisprudência de nossos tribunais fundamentam a responsabilidade da tomadora de serviços com base na culpa *in eligendo* e *in viligando*. Entendendo existir responsabilidade subjetiva da tomadora dos serviços fundada na culpa e nos requisitos pertinentes ao instituto. Conforme observado na seguinte decisão:

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. **Evidenciada a terceirização de serviços pela segunda reclamada, com reconhecimento da culpa "in eligendo" e "in vigilando", deve responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira ré**, nos termos da Súmula 331, IV e VI, do C. TST. Apelo não provido. (TRT4 – RECURSO ORDINÁRIO – RO 000058-62.2015.5.04.0641. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casa nova. 1ª Turma. Data de Publicação: 04.11.2015) [grifo nosso]

Mesmo que ainda persista na jurisprudência de nossos tribunais a fundamentação da responsabilidade da tomadora como sendo decorrente da culpa *in eligendo* e *in viligando*, grande parte da jurisprudência vem se posicionando de modo diverso, entendendo que a responsabilidade civil da tomadora independe da comprovação de culpa. Nesse sentido, a responsabilidade das tomadoras estaria pautada na responsabilidade objetiva e não subjetiva, coforme restará demonstrado em tópico específico posterior.

No entanto, sendo a tomadora de serviços ente da administração pública se torna necessária a comprovação de culpa. Isso em decorrência das alterações feitas à Súmula 331 após o julgado do STF na ADC 16 de 2010. Nesses casos, por força do art. 71, § 1º da lei n. 8.666/93 não se pode atribuir a responsabilidade objetiva do ente público pelo inadimplemento de direitos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. A administração pública somente poderá ser responsabilizada frente a necessária comprovação de que a mesma agiu com culpa *in vigilando* na execução dos contratos firmados. Coforme análise de Maurício Godinho Delgado:

(...) o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADC 16, ocorrido em novembro de 2010, ao declarar constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada de culpa), mas não diretamente do texto do art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, VI, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa relevante seara de direitos sociais fundamentais.

Portanto, a administração pública por força de lei tem o dever de fiscalizar a prestação dos contratos firmados com as prestadoras de serviço (art. 67 da Lei n. 8.666/93). Assim, mesmo que não seja cabível a responsabilidade objetiva da

Administração Pública não a torna irresponsáveis pelo inadimplemento de direitos trabalhistas no fenômeno da terceirização.

2.1.2 Responsabilidade objetiva e a terceirização

A responsabilidade objetiva tal qual disposta hoje em nosso ordenamento jurídico é fruto da revolução industrial do século passado e das modificações sociais decorrentes dela. Os juristas começaram a perceber que a responsabilidade subjetiva não mais servia para atender as transformações da sociedade.

Foi justamente no âmbito do direito do trabalho que a noção de culpa se mostrou insuficiente para servir de fundamento à responsabilidade. De forma mais específica, foi no campo do acidente do trabalho que a responsabilidade subjetiva mostrou-se insuficiente. Com o advento da produção mecanizada, houve um aumento do número de acidente dentro das fábricas. Os trabalhadores enfrentavam enorme dificuldade para provar a culpa dos empregadores, o que acabava por deixar muitas vítimas em situação de desvantagem³⁴.

A evolução jurisprudencial e normativa em relação à passagem da responsabilidade subjetiva para uma objetiva foi bastante lenta e complicada. No início, os tribunais começaram a flexibilizar a prova da culpa, a qual poderia por vezes ser extraída dos antecedentes pessoais dos envolvidos. Posteriormente, passou-se a admitir a culpa presumida, em que há a inversão do ônus da prova, no entanto, não se abandona a teoria da culpa. Até que, finalmente, passou-se a admitir a responsabilidade sem culpa. Assim, existindo dano e nexo causal, surge o dever de indenizar, sem qualquer discussão acerca da culpa.

A teoria do risco nasce para justificar a responsabilidade objetiva. Deve-se entender risco como perigo, ou a probabilidade de dano, dessa forma, aquele que pratica uma atividade perigosa deve assumir os riscos do empreendimento e reparar os danos decorrentes. Para tanto, faz-se “irrelevante o nexo psicológico entre o fato

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta”³⁵.

No Código Civil de 2002, a teoria do risco está expressa em seu art. 927, parágrafo único, que assim dispõe: “haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza risco para os direitos de outrem”.

A adoção da teoria do risco pelo Código Civil pode ser considerada um avanço no sentido de inserir no direito brasileiro a responsabilidade independente de culpa de forma expressa. A jurisprudência e a doutrina, mesmo antes do Código de 2002, já vinham se posicionando em admitir a responsabilidade objetiva em certos casos. O Código de 1916 era muito fortemente baseado no individualismo, já o novo Código acaba por consagrar os princípios da solidariedade e da justiça social, anteriormente, consagrados na Constituição Federal de 1988, e, portanto, trata-se de um Código que encontra guarda constitucional.

O princípio da equidade serve de embasamento para a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), por esse princípio compreende-se que “quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos”³⁶. Assim, uma atividade que represente riscos por si só, obriga a indenização por todos os danos causados por ela.

Existem várias concepções, ou tipo de subespécies da teoria do risco, entre elas se destacam as seguintes teorias: a do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral. No caso da terceirização a teoria do risco-proveito poderia ser facilmente aplicada, uma vez que esta teoria é baseada na máxima *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, está baseada na ideia de que o dano deve ser reparado por quem obtém proveito ou vantagens do fato lesivo. Dessa forma, “quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem”³⁷.

A responsabilidade fundada no risco surge em função da atividade exercida pelo autor do dano e dos riscos inerentes a tal atividade. Observa-se que a própria CLT faz uso da teoria do risco para definir empregador em seu art. 2º, que

³⁵ Ibidem, p. 152.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 153.

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

Na terceirização a tomadora de serviços estará obrigada a reparar o dano, pois se beneficiou do trabalho prestado pelo empregado, mesmo que este tenha sido efetivamente contratado pela empresa terceirizante. A opção por terceirizar serviços por parte da empresa tomadora tem por finalidade auferir vantagens ao negócio, sendo que o inadimplemento de obrigações pela prestadora é suficiente para se atribuir a responsabilidade da tomadora.

Uma leitura mais atenta da Súmula 331 é capaz de verificar que a opção da súmula foi no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva da tomadora. Uma vez que no item IV do referido verbete existe a atribuição de responsabilidade à tomadora diante do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora. A púnica ressalva seria em relação aos entes da administração pública, os quais para serem responsabilizados deve haver a necessária comprovação da culpa, no caso *in vigilando*.

Esse entendimento, que afasta a ideia de culpa, começa a vigorar em alguns Tribunais do país, para que se reconheça a responsabilidade objetiva da tomadora dos serviços. Conforme os exemplos que seguem:

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE CULPA. O entendimento vertido no item IV da Súmula nº 331 do TST, que trata da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora na hipótese de terceirização de serviços, apenas espelha previsão expressa contida nos artigos 927, 932, III, e 942, parágrafo único, todos do Código Civil. Não há, portanto, qualquer ofensa ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal. Ademais, **tratando-se de entidade privada, desnecessário perquirir acerca da culpa da empresa tomadora, na medida em que sua responsabilidade é objetiva**, a teor do disposto no art. 933 do Código Civil. Sendo incontroversa a prestação de serviços pela reclamante em benefício da segunda reclamada, esta responde subsidiariamente pelos créditos deferidos na presente ação. Recurso ordinário não provido. (TRT4 – RECURSO ORDINÁRIO – RO 0000765-59.2014.5.04.0772. Relator Desembargador Alexandre Corrêa Da Cruz. 2ª Turma. Data de Publicação: 17.03.2016) [grifo nosso]

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. 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. Aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST. **ACÓRDÃO:**

(...) Nesse sentido, reporto-me aos fundamentos da sentença, os quais adoto como razões de decidir (Id 544ee35, págs. 02-03):

"A responsabilidade do tomador dos serviços repousa, segundo a lição do Professor Maurício Godinho Delgado, no risco empresarial objetivo pela terceirização, independente da alegação ou evidência de inidoneidade da empresa contratante direta da força de trabalho. O que importa é que o caso em exame seja de terceirização(lícita ou ilícita), há a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador. A única exigência é que este figure no pólo passivo da lide trabalhista correspondente, ao lado do empregador formal (Revista Síntese Trabalhista, nº 68, sob o título "Aspectos Jurídicos da Terceirização", por Carlos Henrique Bezerra Leite).

O En. 331/SJ/TST, tem como pressuposto a responsabilidade objetiva de quem se beneficia do trabalho, não servindo a chamada "terceirização" para eximir totalmente aquele que recebe diretamente a mão-de-obra, responsabilizando somente o intermediário. *Justamente porque este auferir lucro é que a responsabilidade do tomador dos serviços é minimizada pela jurisprudência, que a declara apenas subsidiária.*

A própria BASF, na rescisão do contrato comercial que mantinha com a ITANORTE, menciona a retenção de valores para eventuais despesas com reclamatórias trabalhistas (fls. 50 e seguintes)."

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

(TRT4 – RECURSO ORDINÁRIO – RO. 0021225-23.2014.5.04.0334
Relator Desembargador George Achutti. 4ª Turma. Data de Publicação:
16.12.2015) [grifo nosso]

Dessa forma, frente à expressa disposição na Súmula 331 ao adotar a teoria do risco. A teoria da culpa deve ser abandonada, com relação às empresas privadas, devendo ser aplicada apenas com relação à Administração Pública. Portanto, o reconhecimento da responsabilidade objetiva das tomadoras de serviços, torna-as obrigadas a reparar o dano causado, não havendo espaço para argumentos contrários na tentativa de fugir da responsabilização imposta.

2.1.3 Responsabilidade por fato de outrem

A regra geral é que cada um responda por seus próprios atos, portanto, a regra é a responsabilidade direta, ou por fato próprio. Excepcionalmente, teremos em nosso ordenamento a responsabilidade indireta ou por fato de outrem, as hipóteses de responsabilidade por fato de outrem estão previstas no art. 932 do Código Civil de 2002.

A responsabilidade por fato de outrem decorre de uma relação jurídica, advinda de lei ou de contrato, que um terceiro tem com o autor direto do dano, portanto, o terceiro tem um dever de guarda, vigilância ou custódia para com o autor do ilícito. Conforme Cavalieri:

Na realidade, a chamada responsabilidade por fato de outrem – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio

omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente³⁸.

Dessa forma, a responsabilidade por fato de outrem existe por ter havido uma infração do dever de vigilância, não se trata de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio. Por isso, muitos autores preferem a denominação responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, para tratar do assunto³⁹.

No Código Civil de 1916, art. 1.523, havia a exigência de comprovação de culpa para auferir a responsabilidade por fato de outrem. Durante a vigência do código, travaram-se inúmeras discussões acerca da natureza da responsabilidade, prevalecendo o entendimento de que a noção de culpa presumida seria o bastante para fundamentar a responsabilidade por fato de outrem.

O Código Civil atual, no entanto, optou expressamente pela responsabilidade objetiva nos casos de responsabilidade por fato de outrem, conforme os arts. 932 e 933 do diploma legal, que assim dispõem:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.** [grifo nosso]

A opção do legislador brasileiro pela responsabilidade objetiva consagra o posicionamento que converge com os valores constitucionais de solidariedade e justiça social. Ocorria que muitas vezes o causador do dano não possuía condições de repará-lo. Para evitar o sacrifício de direitos, a opção do Código privilegia a imposição objetiva do dever de reparar.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 205.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 205.

Diferentemente da culpa presumida, aceita na vigência do Código de 1916, a imposição de responsabilidade objetiva faz com que a prova da culpa torne-se prescindível, e, vai além, pois a prova de que não houve culpa de nada serve para eximir do dever de reparar.

Ressalta-se, no entanto, que a responsabilidade objetiva não atinge o autor imediato do fato. Assim, para que haja a responsabilidade e o dever de reparação se deve provar a conduta culposa do autor imediato, trata-se de responsabilidade subjetiva. Contudo não é necessário perquirir acerca da culpa, para que a responsabilidade se estenda ao terceiro que tem dever de guarda, vigilância ou custódia.

O art. 932, III, do Código Civil trata da relação entre o comitente e o preposto. A legislação não define os conceitos de comitente e de preposto. Para Sílvio Venosa na noção de preposição “inserem-se todas as figuras intermediárias nas quais surge nebulosa a ideia de poder diretivo”⁴⁰. Ainda, segundo o mesmo autor, nessas hipóteses a subordinação é atenuada.

A relação comitente-preposto caracteriza-se por uma situação de direção e dependência. Nesse sentido, o comitente tem o direito de dar ordens ao preposto, e o último realiza atividade em proveito daquele, sendo, portanto, dependente do mesmo. A relação entre tomadora e prestadora na terceirização de serviços pode perfeitamente se enquadrar nesse conceito.

A prestadora de serviços é a preposta da empresa tomadora, sendo encarregada da prestação de determinada atividade em proveito desta. A tomadora dos serviços possui poder de comando, de direção do serviço prestado, exercendo seu poder sobre a empresa contratada (empresa prestadora), sendo, portanto, a comitente da relação.

Dessa forma, a noção de responsabilidade por fato de outrem é a modalidade de responsabilidade civil que melhor enquadra a terceirização, uma vez que deixa evidenciada a relação trilateral, característica da terceirização de serviços. Nos moldes do nosso ordenamento jurídico, a regra, frente à licitude da relação de terceirização, é a não formação de vínculo de emprego entre a empresa tomadora e o empregado da empresa terceirizante. Nesse sentido, a responsabilidade da

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.

tomadora dos serviços é indireta, ou seja, trata-se de responsabilidade por fato de outrem.

Resumidamente, a responsabilidade da tomadora dos serviços pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela prestadora é de caráter objetiva. Decorre, portanto, do disposto nos art.s 932, II e 933 do CCB.

2.1.4 Responsabilidade solidária

A responsabilidade solidária encontra-se definida no Código Civil no seu art. 264, que assim dispõe: “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Trata-se de responsabilidade de caráter excepcional, de acordo com o art. 265 do Código Civil, não podendo ser presumida, pois resulta de lei ou de vontade das partes⁴¹.

Existem três espécies de obrigação solidária, com relação à pluralidade subjetiva. A primeira, a solidariedade ativa, ocorre quando há concurso de credores, sendo que cada um poderá exigir do devedor o cumprimento da obrigação (art. 267 do CCB). Efetuado o pagamento por parte do devedor comum, o credor que receber, retém a sua parte, e entrega aos demais suas respectivas quotas. A segunda, a responsabilidade solidária passiva, ocorre quando há pluralidade de devedores, onde cada um responderá pelo total da dívida como se sozinho houvessem contraída. A terceira, a solidariedade mista ou recíproca, existe quando houver pluralidade ativa e passiva simultaneamente⁴². Para o fenômeno da terceirização, apenas a responsabilidade solidária passiva detém interesse e aplicabilidade.

Existem dois campos distintos de análise da solidariedade passiva, o primeiro, que diz respeito às relações externas (entre codevedores e credor). A segunda trata da relação interna (relação entre os próprios devedores).

A relação externa é marcada pelo direito do credor de exigir e receber de qualquer dos devedores, o pagamento parcial ou total da dívida. O devedor tem obrigação de pagar o que lhe foi cobrado de forma integral, não podendo ser feita em parte. Em caso de pagamento parcial, os demais devedores continuam solidariamente responsáveis pelo restante do pagamento. Portanto, a

⁴¹ Art. 265 – A solidariedade não se presume; resulta de lei ou da vontade das partes.

⁴² DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol-2: teoria geral das obrigações. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

responsabilidade solidária vincula os codevedores, de tal forma que cada um se torna obrigado para com o credor ao cumprimento da integralidade da prestação.

O credor poderá exigir de qualquer dos codevedores a dívida (total ou parcialmente), ajuizando a demanda contra um ou alguns dos devedores, o que jamais implicará em renúncia da solidariedade (art. 275 e parágrafo único do CCB⁴³).

Apenas no âmbito externo, ou seja, na relação entre codevedores e credor que existe a solidariedade. No âmbito interno, nas relações entre os próprios coobrigados cada qual é responsável por sua quota parte da dívida. Dessa forma, o codevedor que satisfaz a integralidade da dívida (espontaneamente ou compulsivamente), terá direito de exigir dos outros codevedores as suas quotas partes, ou seja, terá direito de regresso já que cumpriu além de sua parte. No caso de um dos coobrigados ser insolvente, a parte da dívida correspondente será rateada entre todos os codevedores, mesmo os exonerados da solidariedade pelo credor⁴⁴.

A jurisprudência de nossos Tribunais aceita a responsabilidade solidária em caso de terceirização ilícita. Como ficou demonstrado no item 1.6.2, serão ilícitas as contratações de serviços terceirizados pelo tomador nos casos em que as atividades terceirizadas venham a ser essenciais às atividades-fim da empresa. Ainda, serão sempre ilícitas as terceirizações que ocorram com personalidade e subordinação direta do trabalhador em relação à empresa tomadora de serviços, com exceção do trabalho temporário.

Esse entendimento, amplamente aceito, é feito a partir da análise da Súmula 331, item II do TST, que dispõe:

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 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 personalidade e a subordinação.

Frente à ilicitude da terceirização, há a incidência do art. 9º da CLT, para declarar nulo o contrato mantido entre a empresa prestadora dos serviços e o

⁴³ Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

⁴⁴ DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol-2: teoria geral das obrigações. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 180-181.

trabalhador. E assim, tem-se o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços.

A empresa prestadora dos serviços concorre com a prática fraudulenta, e responderá de forma solidaria pelas verbas contratuais devidas ao trabalhador, de acordo com o art. 942 do Código Civil.

Sendo assim, resta facultado ao trabalhador direcionar a execução da sentença condenatória em face da empresa prestadora, ou da empresa tomadora, conforme sua escolha. Nesses casos a responsabilidade solidária advinda da condenação acaba por facilitar a satisfação dos créditos trabalhistas do empregado.

Parte da doutrina entende ainda possível a condenação solidária das empresas envolvidas nas hipóteses de terceirização mesmo em situações claras de licitude. No tópico 1.5.1 deste trabalho, traça-se caminhos para a condenação da tomadora de serviços como responsável solidária para com os créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora, com fulcro no art. 942 do Código Civil.

Ainda, conforme o item 2.1.3 deste trabalho, a tomadora de serviços poderá ser responsável enquanto comitente pelos atos do seu preposto, de acordo com o art. 932, III, do CCB. Estaria então a responsabilidade solidária expressa em lei, a partir de uma análise sistemática dos artigos do novo código civil brasileiro.

Tal posição, inclusive, foi defendida pelo então presidente do TST, Min. João Oreste Dalazen, em audiência pública sobre o tema da terceirização realizada em 4 e 5 de outubro de 2011 naquele tribunal superior. Segundo o Ministro, a responsabilidade solidária por parte da tomadora de serviços, pelo descumprimento de obrigações trabalhistas: “Seria um avanço social e induziria as empresas que contratam a prestação de serviços a participar mais do processo de fiscalização”⁴⁵.

2.1.5 Responsabilidade subsidiária

A responsabilidade subsidiária é aquela que substitui ou reforça a principal. Dessa forma, frente à insolvência do devedor principal, a dívida será paga pelo devedor secundário.

A responsabilidade subsidiária não encontra previsão legal, decorrendo, exclusivamente, da previsão do inciso IV da Súmula 331 do TST, que assim dispõe:

⁴⁵http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12975&p_cod_ar ea_noticia=ASCS. Acesso em 25.03.2016.

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.

Segundo a súmula citada, a responsabilidade do tomador do serviço pelas verbas trabalhistas do empregado da empresa terceirizante será subsidiária, ou seja, a tomadora responderá nos casos de não pagamento ou de insolvência da empresa prestadora.

A construção jurisprudencial acerca da responsabilidade subsidiária tem por base a aplicação analógica de dispositivos do Código Civil e de Processo Civil que concede benefício de ordem ao fiador. O benefício de ordem encontra-se previsto no art. 827 do Código Civil⁴⁶ e no art. 595 do CPC⁴⁷.

Dessa forma, a empresa tomadora poderá invocar o benefício de ordem todas as vezes que a execução não seja, primeiramente, direcionada à empresa prestadora. A responsabilidade da empresa tomadora somente ocorre após esgotados os meios de execução da empresa prestadora.

Conforme os arts. 832 e 833 do CCB⁴⁸, a empresa tomadora que adimplir a dívida trabalhista poderá ressarcir-se da quantia paga por meio da ação própria de regresso, ou retendo valores devidos pelos serviços prestados.

Ressalta-se que a Súmula 331 exige que o tomador dos serviços tenha participado da relação processual, e conste no título executivo judicial. Para tanto, o empregado ao ajuizar reclamatória trabalhista deve incluir a empresa tomadora no polo passivo da ação, para que possa ser condenada ao pagamento de forma subsidiária dos créditos trabalhistas.

⁴⁶ Art. 827 – O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

⁴⁷ Art. 595 – O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

⁴⁸ Art. 832 - O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Art. 833 - O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

3 TERCEIRIZAÇÃO E A CRISE DA SOCIEDADE DO TRABALHO

Nesse último tópico do trabalho, busca-se a compreensão da questão da terceirização no Brasil a partir de um panorama global de crise. Inicialmente, analisa-se a estrutura sociológica da crise do Estado de bem-estar social característico dos países centrais, passando-se a análise da crise da “sociedade do trabalho”. Para, finalmente, observar a questão localizada a respeito do processo de terceirização e suas consequências sobre o mercado de trabalho brasileiro.

A desestruturação do modelo do Estado de bem-estar social e a ampliação do desemprego estrutural fazem com que o capital transnacional busque alternativas de trabalho desregulamentadas, e até mesmo informais, as quais podem ser exemplo as diversas formas de terceirização. O processo, que marca a atual crise econômica, atinge os países subordinados de industrialização intermediária, como o Brasil e outros países da América Latina. Tais países passaram a vivenciar um significativo processo de desindustrialização, que tem como resultado o aumento do trabalho precarizado, temporário, terceirizado etc., e ainda, um aumento no nível de desemprego.

3.1 A ESTRUTURAÇÃO SOCIOLÓGICA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O DESEMPREGO NA BASE DA ATUAL CRISE ECONÔMICA

Primeiramente, busca-se compreender a crise do Estado de bem-estar social através de uma noção sociológico de trabalho, partindo da ideia de que o desemprego encontra-se na base da atual crise social. Assim, o trabalho deve ser entendido como um fenômeno que se tornou a base da sociedade industrial moderna, tendo como característica essencial o fato de ser uma atividade exercida na esfera pública⁴⁹. Segue-se a definição de André Gorz acerca da noção de trabalho no capitalismo moderno, a qual denomina de *trabalho economicamente racional como emancipação*, que contém as seguintes características: “criar valor de

⁴⁹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007 p. 89-148.

uso, ter em vista a troca comercial, ser uma atividade na esfera pública, e ter o tempo como critério para medir sua produtividade”⁵⁰.

(...) o trabalho não pertence aos indivíduos que o executam e não é sua atividade própria: pertence ao aparelho de produção social, é repartido e programado por esse aparelho e permanece externo aos indivíduos aos quais se impõe. Em lugar de ser o modo de inserção do trabalhador na cooperação universal, o trabalho é o modo de sujeição do trabalhador ao aparelho de dominação universal. Em lugar de engendrar um trabalhador que, transcendendo sua particularidade limitada, concebe-se a si mesmo como trabalhador social em geral, o trabalho é percebido pelos indivíduos como a forma contingente de opressão social em geral⁵¹.

O Estado de bem-estar social ou o welfarestate se estabelece nos chamados países desenvolvidos em sua forma mais plena após a segunda guerra mundial. O welfarestate é caracterizado pela força de um Estado protetor e responsável pelo bem-estar de seus cidadãos. A concretização e funcionalidade desse ideal é fortalecido, seguindo a seguinte lógica: os cidadãos empregados que são os mesmos contribuintes, pagam impostos aos cofres públicos e possibilitam o investimento no seu próprio bem-estar, surgindo, assim, um Estado preocupado com a seguridade social. A combinação de crescimento econômico e pleno emprego⁵² da força de trabalho foi a equação ideal encontrada após a segunda guerra mundial para o Estado moderno de bem-estar social e capitalista.

Segundo Josué Pereira da Silva, após a segunda Guerra Mundial houve um momento ideal para o fortalecimento do Estado de bem-estar social, que seguia a lógica funcional na qual:

(...) um crescimento da economia que eleva o número de empregos e os salários é, portanto, uma importante condição para o bom desempenho do Estado de bem-estar social, primeiro, porque contribui para aumentar os recursos à disposição do Estado. Mas ele contribui também, em segundo lugar, para manter as demandas por serviços e por seguro-desemprego num patamar suficiente baixo de forma a serem facilmente contemplados pelo Estado.⁵³

⁵⁰ SILVA, Josué Pereira da. Trabalho, cidadania e reconhecimento. São Paulo: Annablume, 2008, pg. 73.

⁵¹ GORZ, André. Adeus ao Proletariado: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, Pg. 90/91.

⁵² Observa-se entende pleno emprego não significa a ausência de desemprego, mas comporta uma taxa de desemprego de até 3% da força de trabalho, conforme William Beveridge.

⁵³ Apud SILVA, Josué Pereira da. Trabalho, cidadania e reconhecimento. São Paulo: Annablume, 2008, pg. 75.

Para Claus Offe⁵⁴, o Estado de bem-estar mantinha uma relação de funcionalidade e complementariedade com o mercado de trabalho. Sendo assim, somente um fraco desempenho da economia poderia desestabilizar a equação virtuosa do Estado de bem-estar social.

A partir daí qualquer crise do modelo entende o desemprego como sendo aparentemente cíclico ou conjuntural, ou seja, o desemprego seria provocado pela insuficiência de demanda decorrente das oscilações da atividade econômica, isto devido aos estreitos laços entre a economia e o mercado trabalho, traços do modelo "keynesiano-fordista. Embora correta a avaliação dos estudiosos em entender as crises do Estado de bem-estar como cíclicas, nota-se o abandono de outras explicações para as oscilações economia e sociais, que serão relevância para a análise da crise hoje instaurada, como, por exemplo, que a crise do desemprego pode ser tecnológica ou estrutural. Tais explicações podem ser definidas da seguinte forma:

(...) o desemprego estrutural em geral resulta da desproporção qualitativa entre demanda e oferta de força de trabalho, devido, sobretudo à falta de força de trabalho qualificada ou mesmo à inadequação do tipo de qualificação às necessidades do empregador. O desemprego tecnológico está associado à diminuição relativa do emprego de trabalho humano na produção, decorrente da crescente mecanização ou automação do processo produtivo, como, por exemplo, o uso de robôs na produção industrial, substituindo o trabalho direto dos operários.⁵⁵

Quando da consolidação do Estado de bem-estar social o fluxo de emprego geralmente oscilava de acordo com as oscilações da atividade econômica, estando a economia em crescimento a questão do desemprego parecia resolvida e o modelo de Estado permanecia estável, aceitando-se que havendo desemprego esse seria cíclico ou conjuntural. No entanto, com as mudanças decorrentes da utilização da informática e da microeletrônica na produção industrial, com o enfraquecimento do modelo do welfarestate keynesiano, com o surgimento das empresas multinacionais, que deslocam parte de sua produção para os chamados países em desenvolvimento - uma vez que a situação desses países, onde não vigora um estado pleno de bem-estar social, é de abundante existência de mão de obra barata, e uma democracia fraca e desordenada - nota-se, como consequência, o

⁵⁴ Apud SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, pg. 75.

⁵⁵ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, pg. 75.

enfraquecimento do Estado de bem-estar social e a descrença generalizada no modelo de Estado, diminuía a força de atuação do Estado e aumentando o enfraquece do virtuoso modelo de seguridade social.

(...) não há consenso, político e teoricamente, sobre os meios apropriados (e, na prática, aplicáveis) ao objetivo político do “pleno emprego”. Mesmo quando se começa com a suposição de que a restauração do pleno emprego não será possível sem o crescimento econômico e, portanto, sem uma elevação no investimento dos empresários, surgem duas questões importantes. Primeiro, ainda que a propensão a investir dos empresários fosse aumentada com êxito, o feito resultante sobre o emprego poderia ser insignificante, devido ao efeito negativo do investimento em racionalização (microeletrônica), em muitos casos (“crescimento sem emprego”). Segundo, mesmo que seja produzido um efeito positivo sobre o emprego, permanece incerto se os chamados “grupos problemas do mercado de trabalho” se beneficiariam e quanto tempo demoraria para que isto acontecesse. (...) o problema político do mercado de trabalho consiste não só no crescimento global da demanda pela força de trabalho, mas também (e cada vez mais) na distribuição bem equilibrada e justa dessa demanda entre as categorias da força de trabalho (potencial) afetadas pelos riscos do mercado de trabalho de maneira diferentes⁵⁶.

E suma, a crise atual dos Estados onde vigorou o pleno Estado de Bem-estar social pode ser explicada da seguinte forma:

(...) com pleno emprego da força de trabalho, aumentava também o poder de barganha dos trabalhadores em relação aos empregadores, traduzindo-se em maiores salários e menores margens de lucro. A pressão por maiores salários e melhores condições de trabalho levou muitas empresas a transferir parte de suas atividades produtivas para outros países onde o custo da força de trabalho era mais baixo. O deslocamento de parte das atividades, sobretudo, de grandes empresas, conhecidas então como multinacionais, para os chamados países em desenvolvimento, que ofereciam força de trabalho barata e facilidades fiscais, contribuía para aumentar as expectativas de lucro das empresas.⁵⁷

Nos Estados do welfarestate, essa manobra das grandes empresas para aumentar os lucros e reduzir inoportunos problemas com os trabalhadores exigente dos estados desenvolvidos, gerou uma crise no mercado de trabalho que acabou por revelar a fragilidade do sistema, e, sobretudo, o enfraquecimento do estado democrático e assistencial.

Diante desse novo contexto existe a necessidade de repensar a relação entre trabalho e cidadania social. Tal situação indica que estamos saindo de uma situação na qual o trabalho assalariado é a base fundamental para a conquista da

⁵⁶ OFFE, Claus. **Capitalismo Desorganizado**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989, pg. 21.

⁵⁷ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, pg. 75.

cidadania pelos mais pobres. Uma vez que os índices de trabalho formal diminuem e o modelo de Estado, que antes funcionava, não mais pode dar estrutura através da seguridade social a esses desempregados. Com isso, “à medida que esse tipo de trabalho se torna escasso, ele deixa de cumprir sua função de principal meio de inserção social; ou seja, de ser fundamento da cidadania social.”⁵⁸

Com a constatação do enfraquecimento do modelo do welfare state, surge a necessidade de repensar os moldes da sociedade capitalista. A sociedade atual é caracterizada pelo emprego maciço da microeletrônica, como instrumento de produção, com o qual surgem as novas fábricas automatizadas, nas quais o ritmo de produção deixa de ser medido pelo ritmo do trabalho operário. Passa-se a medir os rendimentos pelo ritmo das próprias instalações. A revolução microeletrônica caracteriza-se pela perda de valor do trabalho vivo e pela conseqüente abolição do trabalho, aquele que foi a base da sociedade capitalista industrial⁵⁹.

3.2 A CRISE DA SOCIEDADE DE TRABALHO

Com objetivo de compreender e definir o que é uma sociedade do trabalho, busca-se os princípios que norteiam a noção de sociedade do trabalho, segundo Silva, que podem ser divididos em quatro figuras, a saber:

(...) a *empresa industrial capitalista* (cujo paradigma é a fábrica) que, como instituição separada da unidade produtiva familiar, organiza a atividade produtiva de acordo com critérios de racionalidade econômica; o *trabalhador (manual) assalariado*, duplamente liberado – dos laços feudais e dos meios de subsistência – para que possa vender livremente sua força de trabalho como mercadoria no mercado. Para que isso seja possível é necessária também a instituição do *mercado de trabalho*, onde capitalista e trabalhador se encontram para respectivamente comprar e vender a mercadoria força de trabalho; e, finalmente, uma *ética do trabalho* que justifique como moralmente válidos não apenas a necessidade e o dever de trabalhar, mas toda a teia de relações que compõe esse conjunto de instituições.⁶⁰

A noção de sociedade do trabalho está associada ao próprio modelo desenvolvido de sociedade industrial ou mesmo à de capitalismo industrial. Uma vez que essas sociedades colocam o trabalho em lugar central na vida dos indivíduos, e são, por isso, chamadas de sociedades do trabalho. Ou seja, o trabalho “tornou-se o

⁵⁸ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, p. 79.

⁵⁹ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, p. 28.

⁶⁰ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, p.20.

princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio através do qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão”⁶¹.

Um conjunto de mudanças de natureza estrutural notado na sociedade nas últimas décadas levou alguns pensadores a questionar a centralidade que tem sido atribuída ao trabalho. Surgem as teorias sobre a *sociedade pós-industrial* de Daniel Bell e a teoria do *capitalismo tardio* de Habermas e Offe⁶², que serão a seguir ilustradas de forma sucinta.

A teoria de Daniel Bell, primeiramente, divide a sociedade em pré-industrial, industrial e pós-industrial. No entanto, para o objetivo dessa pesquisa, tratar-se-á apenas da sociedade industrial e pós-industrial. Para o autor, o trabalho na sociedade industrial é considerado como um jogo contra a natureza. Já, na sociedade pós-industrial das últimas décadas, a natureza é excluída e o trabalho passa a ser um jogo entre pessoas. Por trás dessa mudança na natureza do trabalho está outra de natureza conceitual, que é a substituição da teoria do valor do trabalho por uma teoria do valor conhecimento, ou seja, é a codificação do conhecimento que se constitui a força direta de inovação⁶³.

Já a teoria do *capitalismo tardio* de Habermas e Offe é baseada nas mudanças estruturais ocorridas na sociedade industrial capitalista desde o final do século XIX. Entendidas como: “um crescimento da intervenção estatal, com o objetivo de garantir a estabilidade do sistema, e uma crescente interdependência entre pesquisa e tecnologia, que tornou as ciências numa força produtiva dominante”⁶⁴.

Em análise as duas teorias resumidas anteriormente, pode-se notar que ambas partem das transformações estruturais na sociedade industrial capitalista ocorrida. E ainda, ambas questionam a atualidade da teoria marxista do valor do trabalho, por considerá-la insuficiente para explicar os moldes da sociedade atual frente as suas mudanças estruturais. Como explica Habermas:

Não faz mais sentido calcular o montante de capital investido em pesquisa e desenvolvimento com base no valor do trabalho simples, não especializada,

⁶¹ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 20-21

⁶² Ibidem, p. 23

⁶³ Ibidem, p. 24

⁶⁴ Habermas, 1970, pg 100, apud SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, pg.27.

quando o progresso científico-técnico se tornou uma fonte independente de mais-valia, em relação à qual a única fonte de mais-valia considerada por Marx – isto é, a força de trabalho dos produtos imediatos – desempenha um papel cada vez menor.⁶⁵

A crítica à teoria marxista se deve as mudanças estruturais decorrentes do emprego da informática e da microeletrônica na produção industrial. Com as quais, houve uma elevação na produtividade, não mais exigindo o emprego de mão de obra operária em grande escala. Portanto, a equação virtuosa que sustentou o modelo do welfarestate, na qual o crescimento da economia elevava o número de empregos, não mais pode prosperar.

Segundo Silva, o trabalho vem perdendo hegemonia como forma de integração social, pelos seguintes motivos:

(...) porque com a subdivisão e desqualificação ele se tornou uma atividade monótona e incapaz de fornecer condições de auto-realização para quem pratica; segundo, porque sua diminuição (traduzida em massivo desemprego) vem impedindo que um número crescente de indivíduos sequer ingresse no mercado de trabalho; terceiro porque, com o aumento do tempo livre e do desemprego, ele reduz sua participação relativa no conjunto do tempo social, deixando de ser a atividade mais importante na vida de grande parte dos cidadãos das sociedades desenvolvidas.⁶⁶

Diante dessa nova perspectiva de análise da sociedade do trabalho, para alguns pensadores estamos caminhando para uma sociedade sem trabalho, onde o valor do trabalho assalariado perde força como base para explicação da realidade social. E, com isso, o trabalho não mais pode ser compreendido como meio de integração social.

3.3 O PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E OUTRAS REFLEXÕES

O processo de terceirização no Brasil, necessariamente, passa pelas discussões acerca da crise da sociedade do trabalho e suas reflexões, uma vez que a crescente terceirização é determinada por mudanças que ocorrem em nível mundial. Estamos diante de um novo momento de acumulação do capital, que obriga as empresas a se reestruturarem industrialmente.

O novo processo de acumulação capitalista, baseado no novo paradigma tecnológico e gerencial, apresenta mudanças na forma de uso da força de trabalho.

⁶⁵ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, p. 28.

⁶⁶ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008, pg.30

Essas mudanças, que possuem como consequência a exclusão social de segmentos antes incorporados à sociedade de bem-estar, apresentam-se como elemento estrutural da nova etapa do capitalismo mundial, não podendo ser entendida como resultante de uma crise conjuntural.

Partindo da tentativa de compreensão da crise do modelo de Estado de bem estar-social nos países desenvolvidos, esse trabalho volta-se para uma análise mais localizada, que tem por foco o Brasil, que em 1988 promulga sua Constituição cidadã nos moldes do modelo do welfarestate dos países desenvolvidos. Os reflexos da crise ao norte são sentidos ao sul, com a chegada de empresas multinacionais em um contexto ainda não desenvolvido de bem estar-social.

Para compreender melhor as peculiaridades do modelo existente no Brasil, devem-se destacar certas peculiaridades do chamado fordismo periférico brasileiro. O modelo fordista foi implantado em um segmento minoritário da sociedade brasileira, conseqüentemente, o mercado de trabalho brasileiro não se estrutura nos moldes do trabalho fordista de forma ampla, sendo marcado por uma desorganização institucional das relações de emprego. As formas de gestão da produção caracterizam-se por conviver ainda com padrões antiquados de gestão, conservadores e autoritários. Os sindicatos, que no modelo fordista possuem participação fundamental para estruturação do próprio sistema, no Brasil são marcados por uma ausência de estratégias políticas mais amplas e menos imediatistas.

A sociedade do trabalho no Brasil nasce e se desenvolve permanentemente em crise, o modelo do fordismo periférico estabelecido no país caracteriza-se por sua precariedade e pela exclusão dos trabalhadores do mercado, seja de trabalho, seja de consumo. A introdução da industrialização no Brasil seguindo o modelo fordista que está em decadência frente aos acontecimentos financeiros e socioeconômicos, coloca o país em crise, principalmente, frente ao enfraquecimento do Estado (no caso brasileiro, que jamais chegou a um patamar de plena realização como Estado de bem-estar social). O endividamento do Estado e a defasagem tecnologia da indústria brasileira são dois importantes pontos para compreender a crise, que vai além das fronteiras brasileiras.

A estratégia das empresas brasileiras, para enfrentar a crise, vem sendo marcada por uma busca constante de enxugamento das empresas e de seu quadro de funcionários. O processo de terceirização tem por objetivo econômico a redução

de custos, e, organizacionalmente, modifica a estrutura da empresa que reduz seu quadro de trabalhadores diretamente contratados. O resultado de tal fenômeno pode ser identificado com a demissão de parte dos empregados, que serão excluídos do quadro de funcionários da empresa, sendo que apenas parte desse contingente será absorvido como mão de obra das empresas prestadoras de serviços. No trabalho realizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC na década de 1990, tem-se um exemplo do fenômeno ocorrido pela terceirização:

(...) na Riocel, empresa produtora de celulose situada no Rio Grande do Sul, espécie de “paradigma” do sucesso da terceirização no Brasil, e onde o referido consultor o presta assessoria jurídica, o nível de emprego geral reduziu-se acentuadamente, a julgar pela informação divulgada pela revista Exame em agosto/1992: “em 1989 [a Riocel] tinha 3.600 funcionários. De lá pra cá, esse número desabou para 1.100. É certo que suas prestadoras de serviços absorveram parte desse contingente. Juntas, empregam 1.7000 pessoas. Feitas as contas, porém, sumiram 800 empregos⁶⁷ .

Uma forte característica da terceirização no Brasil, que a difere do processo de terceirização dos países centrais, é a falta de exigência de ganhos de qualidade com a transferência de atividades para terceiros. Ou seja, diferentemente do processo iniciado nos países centrais, a terceirização brasileira não tem como objetivo, ou não concretiza o objetivo da qualidade. Dados da pesquisa, Coopers & Lybrand de 1992, mostra que:

(...) de um total de 127 empresas, 76% terceirizaram recentemente e, dentre os problemas encontrados por 105 empresas industriais estão: “os fornecedores (terceiras) não se adaptam à cultura/procedimentos da empresa” (37%); “fornecedores sem padrão de qualidade” (31%); “não manter o padrão de qualidade” (64%) e “dificuldade em encontrar fornecedor tecnicamente habilitado” (40%)⁶⁸ .

Esse panorama da terceirização marcada pelo crescente desemprego, e pela falta de eficiência das empresas prestadoras de serviços, ainda está nitidamente atrelada a uma flexibilização das condições de trabalho dos empregados terceirizados. Em pesquisa realizada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, a perda salarial e a maior insegurança marcam a relação de emprego precária entre o empregado e a empresa prestadora dos serviços. Para os trabalhadores houve a redução do salário em 92% dos casos; a perda de benefícios em 58% dos casos;

⁶⁷ http://www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em 26.03.2016

⁶⁸ BORGES, Angela; DRUCK, Maria da Graça. Crise global, terceirização e a exclusão no mundo do trabalho. **Caderno Crh**, v. 19, p. 22-45, 1993.

menor segurança em 42% e maior jornada de trabalho em 33% dos casos de terceirização⁶⁹.

A terceirização de serviços nos moldes que estão sendo implementados no Brasil, acaba por precarizar as condições dos trabalhadores, além de agravar o desemprego estrutural, servindo apenas para os interesses das empresas que com isso reduzem seus custos de mão de obra.

O Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015 (oriundo do PL 4330/2004, de autoria do ex-Deputado Sandro Mabel, aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado) pretende ampliar as possibilidades de terceirização autorizando a terceirização de serviços ligados, inclusive, a atividade-fim das empresas, conforme art. 4º do referido diploma. Tal projeto pode vir a gerar graves consequências para os direitos dos trabalhadores.

Em setembro de 2013, a Câmara dos Deputados realizou uma Comissão Geral para tratar da então PL 4330/2004, o evento contou com a participação dos Ministros do TST Mauricio Godinho Delgado, Alexandre Agra Belmonte e Guilherme Augusto Caputo Bastos; e os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho da 21ª e 23ª Regiões, Desembargadores José Rêgo Júnior e Tarcísio Regis Valente.

O Ministro Godinho Delgado comentou a manifestação de 19 ministros do TST, os quais enviaram à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) documento contrário ao projeto. O Ministro ressaltou que esse quantitativo representa, hoje, 73% da composição do Tribunal. Ressaltando que o documento encaminhado a todos os parlamentares seria fruto da experiência de mais de 25 anos de magistratura e que o projeto, do jeito que está proposto, não "regula" a terceirização, mas sim "generaliza" o instituto. Ainda, apresentou argumentos contrários, como a redução de conquistas trabalhistas, o desaparecimento de categorias profissionais, e até a redução na arrecadação do fisco⁷⁰.

Nota-se que os últimos acontecimentos políticos legislativos acerca da terceirização vêm dividindo opiniões no âmbito nacional. O futuro da terceirização no Brasil ainda percorre caminhos incertos, podendo determinar o agravamento da crise e o aumento do desemprego. Como alguns autores ressaltam, no Brasil, o

⁶⁹http://www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em 26.03.2016

⁷⁰http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=5887522&_15_version=1.1. Acesso em 26.03.2016

modelo aplicado pode ser muitas vezes entendido como um *welfare state* empresarial, ou seja, o Estado trabalhando para manter os privilégios do setor privado da economia.

A crise do Estado brasileiro tem sido enfrentada por uma estratégia empresarial que busca, em última análise, condições para sair de forma ilesa, repassando as perdas para os trabalhadores. Por outro lado, os trabalhadores posicionam-se de forma defensiva, buscando assegurar seus direitos outrora conquistados, sem força, no entanto, para buscar novas alternativas. Tendo em vista, o processo de enfraquecimento dos próprios Sindicatos com o processo de terceirização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização entendida como fenômeno empresarial, que a partir da gestão da mão de obra procura reduzir os custos operacionais das empresas, tem reflexos no âmbito do Direito do Trabalho. A relação trilateral provocada pela terceirização dissocia-se da relação empregatícia bilateral clássica, não sendo rara, a sua utilização para fraudar a aplicação da legislação trabalhista que protege o trabalhador.

A legislação brasileira ainda é precária ao tratar do assunto, e sendo assim, frente à mitigada atuação da lei, a jurisprudência vem tentando estabelecer limites às situações de terceirização. É através da jurisprudência que estabelecesse restrições, requisitos e até mesmo formas de punição para os casos de terceirização fraudulenta.

A primeira manifestação da jurisprudência sobre o assunto se deu em 1986, com a edição da Súmula 256 do TST. De acordo com a súmula do TST, a terceirização era considerada ilícita, tendo como consequência a formação de vínculo de emprego entre a empresa tomadora e o trabalhador, sempre que os serviços terceirizados não fossem aqueles de vigilância, previstos na Lei 7.102/83, e os realizados por meio de trabalho temporário, previsto na Lei 6.019/74.

A referida súmula era extremamente restritiva, ignorando inclusive alguns dispositivos legais que permitiam a delegação de serviços por empresas pertencentes à Administração Pública, era o caso da DL 200/67 e da Lei 5.645/70. Também com o advento da CF/88, que obrigou a prévia aprovação em concurso público para o ingresso no serviço público, tornou ainda mais necessária a revisão da Súmula 256.

Em 1993, o TST editou a Súmula 331 que ampliou as possibilidades de terceirização. Passando a permitir a terceirização nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, serviços de conservação e limpeza e todos os serviços ligados a atividade-meio da empresa tomadora. Ainda, adequando-se aos preceitos da CF/88, proibiu a formação de vínculo de emprego diretamente com a Administração Pública.

Assim, a nova súmula do TST, entendia como ilícita toda a terceirização de serviços ligados à atividade-fim das empresas tomadoras, em outras palavras, as atividades essenciais da empresa não poderiam ser terceirizadas. Ainda, considerou

ilícita a terceirização de serviços que fossem prestados com subordinação e pessoalidade, mesmo que a atividade estivesse relacionada à atividade-meio da empresa tomadora.

As consequências da ilicitude da terceirização é o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora, e a responsabilidade solidária pelo adimplemento das verbas trabalhistas do empregado, entre a empresa tomadora e a empresa prestadora, conforme o art. 942 do Código Civil.

No entanto, se a empresa tomadora for da Administração Pública, não há formação de vínculo empregatício entre esta e o empregado, diante da proibição do art. 37, II, da CF/88. Conseqüentemente, o ente da Administração Pública será responsável subsidiariamente, uma vez que a condenação solidária equivaleria ao reconhecimento do vínculo diretamente com o ente público.

No caso de terceirização lícita, a Súmula criou a noção de responsabilidade subsidiária da empresa tomadora em caso de inadimplemento de créditos trabalhistas por parte da empresa prestadora. Em 2000, o TST alterou a súmula 331, para reconhecer expressamente a aplicação da responsabilidade subsidiária para os entes da Administração Pública direta e indireta.

A partir das orientações contidas na Súmula 331, as decisões da Justiça do Trabalho passaram a impor indiscriminadamente ao tomador dos serviços, tanto do setor público quanto do privado, responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas terceirizantes. Tal entendimento estava baseado na culpa presumida ou na responsabilidade objetiva dos tomadores de serviços, exigindo-se apenas que o tomador figurasse no polo passivo da lide trabalhista.

No entanto, a Lei 8.666/93 que estabelece as regras para a licitação pública e contratos administrativos de serviços e obras, no âmbito da administração pública, prevê no seu art. 71, §1º, que a inadimplência do contrato quanto às verbas trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem ao Poder Público a responsabilidade por seu pagamento.

Em 2007, o Governo do Distrito Federal ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16-DF), buscando a confirmação de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. Nesse sentido, a ADC 16 alegava que a Súmula 331, IV, do TST negava vigência ao referido dispositivo da lei. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, declarou a

constitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/93. A decisão afastou a responsabilidade objetiva do Poder Público em casos de terceirização, entendeu o STF que a responsabilidade da entidade estatal passaria pela presença da culpa *in vigilando*, cabendo ao ente público à fiscalização do correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Adequando-se ao novo entendimento, o TST reeditou a Súmula 331, esclarecendo que os entes da Administração Pública respondem de forma subsidiária nos casos em que restar evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações decorrente da Lei de Licitações, principalmente, no que concerne à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços.

Em suma, tratando-se de terceirização lícita, tem-se o seguinte quadro: a) a responsabilidade da tomadora dos serviços privada será subsidiária, para parte da jurisprudência existe a necessidade de comprovação de culpa (*in vigilando* ou *in eligendo*), tratando-se, portanto, de responsabilidade subjetiva. Para outra parte da jurisprudência, a responsabilidade da tomadora seria objetiva, e, portanto, não haveria necessidade de provar a culpa no dano causado ao trabalhador; b) a responsabilidade da tomadora dos serviços parte da Administração Pública será subsidiária, necessitando-se a comprovação de culpa (*in vigilando*).

Nota-se que a falta de uma legislação específica sobre o assunto faz com que as decisões dos Tribunais sejam por vezes distintas. O que pode gerar certa insegurança tanto para o trabalhador, que muitas vezes não consegue ver seus créditos adimplidos, como por parte das empresas, que não conseguem prever com maior determinação a sua responsabilidade no processo de terceirização.

Por fim, esse trabalho objetiva uma análise da crise do Estado de bem-estar social, que passa pelo desenvolvimento da terceirização como reflexo da desestruturação de um modelo antigo de sociedade; chega, com bases nas teorias apontadas sobre o fim da sociedade do trabalho, a conclusão de que aparentemente estamos diante do surgimento de um novo paradigma social. No qual, a sociedade do trabalho, da forma entendida pelos marxistas, não consegue abranger a complexidade da realidade, já que não abarca as modificações da sociedade pós-moderna. O trabalho assalariado, antes entendido, como forma de inserção social do trabalhador-cidadão, não pode mais servir de base crítica para a estrutura do modelo atual. E assim, nos deparamos com o desemprego estrutural e com a

impossibilidade do mercado em oferecer postos de trabalho para uma sociedade acostuma a viver sob a ética do trabalho.

Partindo-se da tentativa de compreensão de uma estrutura global em crise, o trabalho volta-se para o âmbito brasileiro, e para o processo de terceirização existente no país. Verificando, a partir de dados empíricos de pesquisas realizadas no âmbito do processo de terceirização, dados capazes de elucidar a dimensão da crise brasileira, que acaba por refletir diretamente nos direitos dos trabalhadores conquistados através de séculos de luta.

Assim, o final do estudo busca a compreensão da realidade complexa em que vivemos. Ressalta os últimos acontecimentos acerca da terceirização no Brasil, através da recente aprovação do Projeto de Lei 4330, hoje PLC 30/2015. Destaca, ainda, o posicionamento da maioria do TST, contrária ao projeto aprovado pela Câmara dos Deputados.

Concluindo que a crise econômica mundial reflete de forma latente no cenário brasileiro, que ante suas peculiaridades, pode oferecer sérios riscos aos direitos protegidos pela CLT, tornando ainda mais precarizado o trabalho e as condições enfrentadas pelos trabalhadores cotidianamente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educação&Sociedade*, Campinas, vol25, nº 87, maio/agosto, 2004.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

BORGES, Angela; DRUCK, Maria da Graça. Crise global, terceirização e a exclusão no mundo do trabalho. **Caderno Crh**, v. 19, p. 22-45, 1993.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 236-237.

CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulgaridade a “desfiliação”. *Caderno CRH*, Salvador, n 26/27, jan/dez de 1997

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol-2: teoria geral das obrigações. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORZ, André. *Adeus ao Proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12975&p_cod_area_noticia=ASCS. Acesso em 25.03.2016.

http://www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em 26.03.2016

http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=5887522&_15_version=1.1. Acesso em 26.03.2016

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Descentralizado. A terceirização sob uma Perspectiva Humanista. Revista Latino Americana de Direito Social. nº 9, julho-dezembro de 2009, p. 159-174.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Josué Pereira da. Trabalho, cidadania e reconhecimento. São Paulo: Annablume, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. Belo Horizonte: Revista Faculdade de Direito UFMG, nº 54, p. 141-156, jan/jun 2009.