

OS LIMITES JURÍDICOS À TERCEIRIZAÇÃO

Karina Otaño de Araujo¹

RESUMO

Com o aumento da produção de bens e serviços em escala mundial e o avanço nas técnicas de produção, surge o fenômeno da terceirização, onde a empresa tomadora de serviços transfere a terceiro um serviço secundário ligado a sua atividade meio. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a forma encontrada pelo ordenamento jurídico para conter e limitar o avanço desse fenômeno, que, por um lado, inevitavelmente trouxe grandes benefícios e vantagens não só para a indústria e o comércio, como para a economia do país, e por outro lado, anulou direitos trabalhistas e precarizou as relações de trabalho. Num primeiro momento é abordada a relação de emprego, seus elementos característicos e seus sujeitos e, num segundo momento, é analisado o instituto da terceirização e os limites jurídicos impostos a este fenômeno, através da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Conclui-se que a Súmula nº 331 autoriza a terceirização em todas as situações, desde que sejam observados os seguintes preceitos: a atividade da prestadora de serviços deve ser especializada e relacionada à atividade meio da tomadora, ao mesmo tempo em que inexistam subordinação e pessoalidade dos empregados da prestadora com relação à tomadora de serviços. Presentes os requisitos, a terceirização será considerada lícita e autorizada pelo ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de emprego. Terceirização. Limites Jurídicos. Súmula nº 331 do TST.

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o tema dos limites jurídicos da terceirização e tem como finalidade demonstrar como, com a crescente necessidade de aumento da produtividade e da redução de custos da empresa, restou imprescindível a contratação de determinados serviços relacionados à atividade-meio.

Em decorrência disso, surgiu a necessidade de impor limites à terceirização, para conter abusos e proteger o trabalhador contra fraudes na sua contratação, evitando a falta de responsabilização dos tomadores de serviços quanto aos deveres trabalhistas.

A terceirização tem como definição a contratação de uma pessoa física ou jurídica, especializada na realização de determinado serviço, sem a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, como a subordinação e a pessoalidade.

Trata-se de uma técnica de planejamento e especialização da produção que permite às empresas dedicação exclusiva a sua atividade-fim, delegando a execução de outras atividades secundárias ou de suporte, a terceiros, nelas especializados, tendo como consequência a redução de custos e do tempo de produção (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p.79).

Para Wagner Giglio (2011, p.392) a terceirização tem perfeita justificação nos planos econômico e administrativo:

(...) o rendimento da atividade explorada tende a ser maior na medida em que se concentra na sua atividade precípua, pois não dispensaria tempo ou esforços em tarefas secundárias, para as quais não havia se especializado. É lógico, assim sendo, descartar-se de atribuições que outros pudessem desempenhar, reunindo

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Analista Judiciário do TRT da 4ª Região e Assistente de Diretor de Secretaria na Vara do Trabalho de Esteio-RS.

e somando esforços para a produção do seu objetivo final, sejam eles bens ou serviços rigorosamente delimitados.

Para uma melhor compreensão da matéria cabe a apresentação de uma breve evolução histórica das relações de trabalho e por fim a origem do instituto da terceirização.

Nos primórdios da humanidade o homem já se utilizava da força de trabalho para suprir suas necessidades básicas, como na busca por alimentos ou na fabricação de instrumentos para caça.

Com a evolução da espécie, o homem percebeu que seria mais viável a utilização da força de trabalho dos inimigos aprisionados, sob a forma de escravidão. Nesse caso, não se vislumbrava qualquer característica de uma relação de trabalho, uma vez que prestado sob a forma de exploração, sem qualquer tipo de remuneração ou recompensa.

A partir da Idade Média, época do feudalismo, a escravidão foi substituída pela servidão, pela qual os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, em troca de prestação de serviços em suas terras e sobras de produção (MARTINS, 2010, p.4).

Ainda na Idade Média, e com a revolta dos servos contra as péssimas condições de vida, surgiram as Corporações de Ofício, que eram organizações de trabalhadores especializados em determinada profissão, que tinha como objetivo controlar o mercado e impedir a concorrência (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p.2). As corporações eram compostas pelos mestres, que detinham os meios de produção e pelos companheiros e aprendizes, que trabalhavam para os mestres em troca de salário.

A Revolução Francesa, que trouxe ideais de liberdade, de igualdade e de fraternidade, extinguiu no ano de 1791 as Corporações de Ofício, através da Lei de Chapelier, e abriu caminho para as relações de trabalho baseadas na vinculação contratual entre patrões e empregados, consagrando a liberdade de profissão e de contratação.

Os indivíduos adquiriram, com sua vontade, o poder para realizar toda a classe de atos jurídicos, os quais passaram a ter força de lei entre as partes.

Nesse momento histórico, a sociedade passava por enormes modificações, sendo que a mais importante foi o surgimento da máquina, que revolucionou o modo de produção da época. Iniciava-se a Revolução Industrial.

Com o advento da Revolução Industrial, o trabalho artesanal foi substituído pelas máquinas e os camponeses migraram em massa para as grandes cidades, diminuindo a oferta de empregos e aumentando as condições degradantes de trabalho. O empregador era quem fixava as normas da relação de trabalho, por deter os meios de produção e capital, sem interferência do Estado, o que gerou a opressão dos mais fracos.

Diante dessa realidade, a classe operária passou a se organizar e reivindicar melhores condições de trabalho através da criação dos sindicatos e associações de trabalhadores.

Com o excesso de exploração do operário, o Estado passou a intervir na relação de trabalho criando as primeiras leis de proteção ao empregado.

Em 1802, na Inglaterra, foi criada a Lei de Peel, que disciplinou e restringiu a utilização do trabalho de menores, limitando a jornada de trabalho. Em 1824, foram reconhecidos os sindicatos na Inglaterra. Na França, o Direito de greve foi reconhecido em 1864. Assim, seguiram-se leis que aos poucos foram reconhecidas como legislação trabalhista.

A partir do século XIX, algumas Constituições passaram a proteger os trabalhadores em seus textos. A primeira a fazê-lo foi a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar de 1919.

É a partir da 2ª Guerra Mundial que surge o instituto da terceirização nas relações de emprego. Com a necessidade do aumento da produção de armas, verificou-se que as atividades de suporte deveriam ser delegadas a terceiros, como forma de aprimorar o produto e as técnicas

de produção.

Nessa época, merece destaque a alteração do modo de produção do fordismo para o Toyotismo.

O Fordismo, que predominou desde a segunda Revolução Industrial, se caracterizava como um modo de produção em massa de bens padronizados, com a exigência de normas operatórias, tarefas e disciplina no seu cumprimento. A produção era estocada e o trabalho verticalizado, havendo o controle, pela empresa, de todas as áreas e fases de execução, desde a matéria prima até o transporte dos produtos (CADIDÉ, 2010, p.567).

Com o aumento dos custos de produção, houve um desgaste do modo fordista e o surgimento do modelo Toyotista. Este modo de produção é embasado num conjunto de técnicas de organização e produção, onde as empresas são horizontalizadas, terceirizando e subcontratando a maior quantidade possível de setores de produção (CADIDÉ, 2010, p.568).

Assim, o modelo de produção denominado fordismo, o qual concentrava todas as fases de produção num único local, deu lugar ao toyotismo, o qual desconcentrou a indústria, dividindo e delegando as etapas de produção, fazendo com que a empresa se dedicasse apenas a sua atividade-fim, terceirizando as demais atividades.

No Brasil, que passou a reconhecer a relação de trabalho somente a partir da abolição da escravatura, em 1888, observou o surgimento da terceirização a partir de 1950, trazida pelas multinacionais.

O Brasil, até então, dispunha de poucas leis que dispusessem sobre esse novo fenômeno.

A própria CLT (Consolidação das leis do Trabalho) elaborada em 1943, fez menção a apenas duas formas de terceirização: a empreitada e a subempreitada (art.455).

O fenômeno da terceirização passou a ser mencionado pelo ordenamento jurídico, num segundo momento, somente no final da década de 1960 e início de 1970, mesmo assim estava relacionado ao segmento público – administração direta, indireta da União, Estados e Municípios, através do decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70 (DELGADO, 2009, p.408).

Na década de 1970 o Brasil criou um diploma que tratava especificamente da terceirização: a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74).

Nos anos 80 surge a Lei nº 7.102/83, dirigida aos trabalhadores da segurança bancária, mesma década em que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) fixa a Súmula 256, a qual excetuava as hipóteses de contratação terceirizada.

A Súmula 256 do TST dispunha:

Salvo os casos previstos nas leis nº 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 de serviços.

Tal súmula apenas autorizava a terceirização de trabalhadores temporários ou de segurança bancária, considerando-a ilegal em qualquer outro caso e tendo como consequência a formação do vínculo empregatício direto com o tomador dos serviços.

Em face dessa rigidez e da evolução dos meios de produção, na década de 1990 o Tribunal Superior do Trabalho revisou a Súmula nº 256 e a substituiu pela Súmula nº 331, ampliando as possibilidades de contratação de serviços terceirizados, mas impondo limites jurídicos à expansão.

A análise da súmula nº 331, que traz os limites jurídicos à expansão da terceirização, ao mesmo tempo em que possibilita a ampliação das suas hipóteses, é o principal objetivo da presente pesquisa.

O método utilizado para a elaboração da presente pesquisa é exclusivamente bibliográfico, analisando todas as informações e elementos obtidos a partir da leitura de livros de doutrina, de revistas especializadas em direito do trabalho, de artigos jurídicos pesquisados

na internet e a pela legislação vigente.

A presente pesquisa tratará num primeiro momento sobre a relação de emprego, distinguindo-a da relação de trabalho, seus elementos característicos e seus sujeitos. Num segundo momento, será realizada uma abordagem geral sobre o instituto da terceirização, finalizando com a análise dos limites jurídicos impostos a este fenômeno.

2. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

A edição da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que antes julgava apenas as ações oriundas da relação de emprego, passando a dirimir todas as controvérsias decorrentes das relações de trabalho.

A partir desse momento, passou-se a diferenciar conceitualmente a relação de emprego da relação de trabalho, expressões que antes da emenda constitucional mencionada eram consideradas, por muitos doutrinadores, como sinônimos.

Relação de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego é a espécie, sendo que esta é a principal relação de trabalho existente, tanto que a própria Constituição Federal de 1988, que tem como um dos seus princípios fundamentais o trabalho, elenca uma série de dispositivos protetores da relação de emprego em seu artigo 7º.

Aliás, em face do surgimento da relação de emprego é que se desenvolveu o Direito do Trabalho, como forma de garantir direitos mínimos aos trabalhadores, responsáveis pela circulação de riquezas do país, como bem ressalta Maurício Godinho Delgado (2009, p.266):

Passados duzentos anos do início de sua dominação no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico-social, quer sob a ótica jurídica. No primeiro plano, por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, desmarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho.

Quando se procura evidenciar a natureza jurídica da relação de emprego se destacam duas teorias: a contratualista e contratualista.

A primeira se baseia na negação do contrato, julgando irrelevante o papel da liberdade e da vontade na formação do vínculo empregatício. Essa corrente considera que a prestação material dos serviços seria o elemento essencial e gerador dos direitos e obrigações na ordem jurídica.

A segunda teoria defende que a natureza jurídica da relação de emprego é inequivocamente contratual porque é gerada pelo contrato de trabalho, onde a vontade das partes é a causa essencial dessa constituição.

O contratualismo é a teoria difundida pela legislação brasileira e por grande parte da legislação mundial.

Nesse sentido é a argumentação de Maurício Godinho Delgado (2006, p.314):

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento vontade essencial à configuração da relação de emprego. A presença da liberdade – e sua projeção na relação concreta, a vontade – é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.

No entanto, o fator vontade não é ilimitado, pelo contrário, as partes (empregado e empregador) devem observar uma série de normas jurídicas que surgiram para impossibilitar o desequilíbrio da relação contratual.

É o que afirma Pedro Paulo Teixeira Manus (2001, p.64):

(...) acreditamos ser a relação patrão-empregado de natureza contratual, mas tendo sempre em mente que, no regime brasileiro, tanto o Estado (por meio da lei) quanto as organizações sindicais (mediante as negociações coletivas) intervêm no campo da vontade individual, limitando aquela liberdade que caracteriza o contrato, a fim de garantir um mínimo tido como justo a ser assegurado ao empregado.

Assim, a relação de emprego pode ser conceituada como um contrato cujo conteúdo mínimo é a lei, tendo como sujeitos o empregado, que presta serviços, e o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma pessoal, não eventual, subordinada e onerosa (NETO; CAVALCANTE, 2004, p.205).

A partir desse conceito se verifica que será considerada existente a relação de emprego quando estiverem presentes todos os elementos exigidos por lei: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Ausente qualquer dos elementos ou mais de um, não haverá relação de emprego, e sim, relação de trabalho, como por exemplo, o trabalho autônomo, onde está ausente a subordinação, ou o trabalho voluntário, onde está ausente a contraprestação.

Ainda é preciso considerar, para que se possa concluir pela existência ou não de relação de trabalho, o que dispõe no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 8.078, de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), ou seja, haverá relação de trabalho sempre que inexistir um dos elementos caracterizadores da relação de emprego e sempre que não estiver configurada uma relação de consumo, nos termos do artigo supracitado:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. <grifo nosso>

Cabe destacar, ainda, que os sujeitos que compõem os dois tipos de relação são diversos: no caso da relação de trabalho são sujeitos o trabalhador e o tomador de serviços, já na relação de emprego são partes o empregado e o empregador, os quais serão apreciados no item seguinte.

2.1 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como já mencionado, a relação de emprego trata-se de um negócio bilateral, regido por um contrato, onde os sujeitos da relação são o empregado, que presta os serviços, e o empregador, para quem os serviços são prestados.

2.1.1 Empregado

Empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outrem serviços não eventuais, subordinados e assalariados (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p.63).

É o que dispõe o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

2.1.2 Empregador

Prevê o art. 2º da CLT, caput e § 1º, o conceito de empregador:

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

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

A eleição pela CLT da definição de empregador como empresa, e não como pessoa física ou jurídica, tem como objetivo destacar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Dessa forma, qualquer alteração na titularidade da empresa não será relevante para a continuidade da relação de emprego (DELGADO, 2009, p.372).

No mesmo sentido é o entendimento da autora Carmem Camino (2004, p.214): “A relação de emprego estabelece-se com a pessoa física ou jurídica que estiver na titularidade da empresa quando da admissão do empregado, pela elementar razão de que uma empresa não é sujeito de direitos e obrigações”.

O § 1º do art. 2º da CLT enquadra os profissionais liberais e as entidades sem fins lucrativos, que não empreendem atividade econômica, como empregadores por equiparação, com a responsabilidade de todos os encargos sociais daí decorrentes.

Conceituada a relação de emprego e analisados os seus sujeitos, passaremos a analisar os seus elementos formadores.

2.2 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Com base nas definições de empregado e de empregador são extraídos os elementos caracterizadores da relação de emprego: não eventualidade, subordinação, pessoalidade, onerosidade e riscos da atividade econômica.

2.2.1 Não eventualidade

Os serviços não eventuais são aqueles pertencentes à rotina de uma empresa e, por isso, necessários e permanentes, vinculados ao objeto da atividade econômica, não importando o lapso temporal da prestação. É o oposto dos serviços eventuais, que são circunstancialmente necessários, destinados ao atendimento de emergência, interessando à obtenção do resultado ou a realização de determinado serviço e não ao ato de trabalhar (CAMINO, 2004, p.188).

A não eventualidade não necessariamente implica em trabalho diário e contínuo. Ela poderá apresentar-se sob a forma de prestação de serviço descontínuo ou alternado, desde que seja relacionado à atividade normal da empresa (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p.64).

Nesse sentido também é o entendimento de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1999, p.364):

(...) o suporte fático mínimo supõe um espaço de tempo. A norma jurídica considerada isoladamente é estática, mas, influenciada pela realidade é muitas vezes modificada no decorrer do tempo ganhando dinâmica. Embora a continuidade ou não eventualidade seja, inegavelmente, um pressuposto temporal, não é totalmente vinculada ao fator tempo.

Nesse contexto, se vislumbra que para a existência da relação de emprego é ne-

cessário que o trabalho seja prestado de forma contínua, de tal modo que gere expectativa da prestação em ambas as partes, não estando adstrita ao elemento temporal, haja vista que um serviço pode ser prestado uma vez por semana e ser contínuo, como é o caso de um médico que atende em determinado hospital apenas uma vez por semana e mesmo assim possui um contrato de emprego com a instituição.

Sendo inegável que a relação de emprego deve ser não eventual, para se comprovar a existência desse elemento devemos observar dois aspectos, um objetivo e outro subjetivo.

O primeiro leva em consideração que o trabalho para ser não eventual deve estar inserido nas atividades habituais da empresa. O segundo sugere que essa não eventualidade depende da vontade das partes em se vincular continuamente.

Nesse sentido, existentes os dois critérios, presentes estariam os requisitos caracterizadores da não eventualidade do contrato de trabalho.

2.2.2 Subordinação

O elemento da subordinação é aquele que dá fisionomia à relação de emprego, é seu requisito fundamental, o qual permite distingui-lo dos contratos afins.

Podemos conceituar o trabalho subordinado como sendo aquele no qual o trabalhador, por sua vontade, transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se, como consequência, aos poderes de organização, controle e disciplina deste (NASCIMENTO, 2009, p.465).

Os autores Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2010, p.63/65) relatam em sua obra quatro formas de subordinação apontadas pela doutrina: econômica, técnica, hierárquica e jurídica.

A subordinação econômica leva em consideração que o empregado é dependente economicamente do empregador, pois necessita de sua remuneração para sobrevivência. Esse posicionamento é considerado insatisfatório pela doutrina, pois existem casos em que há subordinação econômica, mas não há relação de emprego, como, por exemplo, a dependência econômica entre o filho e o pai.

Na subordinação técnica o empregado dependeria dos conhecimentos técnicos do empregador para exercer sua atividade. Essa teoria não é muito aceitável porque, em determinados casos, o empregado deve ser altamente capacitado para exercer determinado serviço, em que o empregador não é especialista.

Na subordinação hierárquica o empregado seria subordinado ao patrão pelo simples fato de estar inscrito nos quadros funcionais da empresa em que o empregador ocupa a posição de comando. A doutrina faz restrições a essa tese.

Por fim, na subordinação jurídica, que é a justificativa mais aceita pela doutrina para a caracterização da relação de emprego, o empregado se sujeita a receber ordens do empregador por um vínculo jurídico contratual estabelecido voluntariamente entre as partes.

Esse é o entendimento de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p.233):

A natureza da subordinação é jurídica. O empregador detém o poder de direção sobre a prestação pessoal dos serviços de seus empregados. A subordinação e o respectivo poder de direção constituem os poderes atribuídos ao empregador que envolvem as faculdades de comando. Nesse ponto, temos as faculdades de direção, de controle e de punição.

A autora Carmem Camino (2004, p.191), considera que a natureza da subordinação é jurídica, pois depende do elemento volitivo das partes, resultando da obrigação personalíssima de trabalho, independentemente da qualificação profissional e da condição econômica e social

do prestador de serviço.

2.2.3 Pessoaalidade

A prestação de serviços, segundo o art. 2º da CLT, deve ser prestado exclusivamente por pessoa física, o que pressupõe que o empregado execute suas atividades de maneira pessoal, sem se fazer substituir, a não ser que seja de maneira eventual e com autorização do empregador.

Entende-se que o empregador, via de regra, procura escolher, dentre os candidatos ao emprego, aquele que melhor se enquadre na função oferecida, levando em consideração as características pessoais e de qualificação do trabalhador.

É pacífico na doutrina e jurisprudência que a figura da pessoaalidade incide somente sobre a pessoa do empregado, sendo irrelevantes para este as qualificações pessoais do empregador, importando tão somente a obtenção do emprego.

Prova disso, é que qualquer alteração jurídica que ocorra na estrutura ou na propriedade da empresa não pode afetar os contratos de trabalho.

É o que preveem os arts.10 e 448 da CLT:

Art.10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

[...]Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Existem alguns tipos de trabalho em que a pessoaalidade pode se manifestar de forma reduzida, mas jamais será considerada inexistente. É o que ocorre, por exemplo, nos trabalhos em domicílio, rural e temporário. No primeiro, não há como controlar quem executou o trabalho, pois foi realizado longe dos olhos do empregador, importando apenas o resultado. No segundo, o trabalhador rural, quando presta o serviço por tarefa, pode ser ajudado por terceiros, como familiares, sem o conhecimento do empregador. Já no terceiro, a escolha do trabalhador e a formação do vínculo de emprego se dão com o fornecedor da mão de obra, embora o trabalho seja prestado na empresa tomadora (SANTOS, 2010, p. 40).

O elemento da pessoaalidade deve ser observado tanto na formação do vínculo empregatício quanto na sua extinção, pois no caso, de óbito do trabalhador, o emprego não se transmite aos herdeiros, e sim, é extinto automaticamente (DELGADO, 2009, p.271).

Esse argumento deixa claro que a obrigação de trabalhar é intransmissível, ou seja, não pode ser realizado por outra pessoa. Pela mesma razão o contrato de trabalho não pode ser cedido, sendo que a substituição do empregado ensejaria a celebração de novo contrato.

Todavia, existem duas situações em que poderá haver a substituição do empregado, sem haver descaracterização da relação de emprego original: quando o trabalhador consentir com a substituição, por determinado período, ou nos casos definidos por lei, como licenças e férias.

2.2.4 Onerosidade

O empregado tem o dever de prestar serviços ao empregador em troca de remuneração.

Maurício Godinho Delgado (2009, p.277) assim conceitua o requisito da onerosidade: “ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, consubstanciada no conjunto salarial”.

A remuneração poderá ser paga em dinheiro ou em utilidades (in natura), que são aquelas que se destinam a atender às necessidades individuais do trabalhador, de tal modo que, se

não as recebesse, deveria despende parte do seu salário para adquiri-las, tais como alimentação e habitação, sendo vedada a remuneração exclusivamente em utilidades.

Se presentes os demais pressupostos da relação de emprego, como pessoalidade, subordinação e não eventualidade, a ausência de salário configura inexecução faltosa do empregador e não ausência de requisito para a caracterização da relação de emprego.

Esse é o entendimento de Rodrigo Coimbra Santos (2010, p.48):

Para que seja afastada a relação de emprego em casos em que não há o pagamento de salário, é necessário que a prestação do trabalhador esteja fundada num vínculo de natureza diversa, seja em voto religioso, seja por benemerência ou marcado por solidariedade como nos mutirões ou no trabalho voluntário.

Assim, a relação de emprego deve ser analisada considerando-se o objeto da prestação realizada, ou seja, se o trabalho tem caráter profissional ou se a atividade prestada é decorrência da identificação com a causa das entidades, como ocorre, por exemplo, no serviço voluntário.

O § 1º da Lei 9.608 de 1998 assim define o serviço voluntário:

(...) a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social (...).

Ao trabalho voluntário é exigido a celebração de termo de adesão entre as partes, que constitui prova do serviço voluntário. A ausência do termo implica no reconhecimento da relação de emprego.

2.2.5 Riscos da atividade econômica

Esse pressuposto está diretamente relacionado à figura do empregador que é quem suporta os riscos da atividade econômica dentro da relação de emprego.

Via de regra, o empregador também contribui com seu trabalho para a consecução dos fins da empresa, muitas vezes trabalhando junto com o empregado. No entanto há uma enorme diferença nas atividades de um e de outro: enquanto o empregado trabalha por conta alheia, o empregador trabalha por conta própria, bancando a atividade e auferindo os resultados. Em contrapartida, eventuais prejuízos também são apenas por ele suportados, sendo que ao empregado é devida apenas a contraprestação salarial, que independe dos resultados alcançados pela empresa (CAMINO, 2004, p.195).

Nesse sentido é o entendimento de Pedro Paulo Teixeira Manus (2001, p.82):

(...) sendo o empregador o dono do negócio, determina o legislador que ele e só ele há de assumir os riscos da atividade que exerce, de tal modo que resultam vedados quaisquer atos que impliquem onerar o empregado com eventual consequência de revés sofrido pela empresa.

Superada a análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego, passaremos a discorrer sobre o tema central desse trabalho que é a terceirização.

3. TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno pelo qual uma empresa contrata terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa, objetivando a diminuição dos custos e aumento da produção (MARTINS, 2010, p.10).

Alexandre Agra Belmonte (2009, p.1191) assim conceitua a terceirização: (...) terceirização significa a intermediação do trabalho por pessoa física ou jurídica, contratada pelo final tomador de serviços, na exploração de partes não essencial ou principal de uma atividade empresarial, exceto nos casos especificados e autorizados por lei.

Ao contrário da relação de emprego que se caracteriza por ser um negócio bilateral, na terceirização, sob o ponto de vista jurídico, devem estar presentes três partes: a empresa tomadora de serviços, a empresa prestadora de serviços e o trabalhador.

Entre a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora formar-se-á um contrato de natureza civil que poderá apresentar diversas formas, como por exemplo, de fornecimento de bens ou serviços, de empreitada, de concessão, de consórcio ou de locação de serviços.

Já entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador haverá a formação de um contrato de natureza trabalhista, com a existência do vínculo jurídico e todas as suas implicações.

Por fim, entre a empresa tomadora de serviços e o trabalhador haverá apenas uma relação de fato, onde o trabalhador presta materialmente seus serviços, sem a existência de vínculo jurídico, desde que a terceirização seja considerada lícita.

Alexandre Agra Belmonte (2009, p.1189) sintetiza muito bem o fenômeno da terceirização e a relação dos seus sujeitos:

(...) a terceirização significa a intermediação do trabalho utilizado no desenvolvimento de uma atividade empresarial. Ela provoca a formação de uma relação trilateral entre a empresa tomadora e a empresa prestadora. E, ao provocá-la, cria uma situação que, no plano individual, afasta o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o trabalhador arregimentado pela empresa prestadora, para a realização do objeto do contrato de prestação de serviços e, no plano coletivo, a caracterização da situação de emprego na mesma atividade econômica da tomadora, constitutiva da categoria profissional.

Conceituado o fenômeno da terceirização e indicados os sujeitos que a compõe, passamos a analisar as situações que tornam a terceirização lícita ou ilícita.

3.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A terceirização lícita é aquela que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, enquanto a terceirização ilícita é aquela que importa na locação permanente de mão de obra, podendo dar ensejo a fraudes e prejuízos aos trabalhadores (MARTINS, 2010, p.160).

Quanto à terceirização lícita é necessário estabelecer alguns elementos norteadores de sua caracterização.

Para que a terceirização seja válida é indispensável que não estejam presentes os elementos da subordinação e da pessoalidade entre a tomadora de serviços e o trabalhador.

Não haverá a existência de pessoalidade porque não interessa ao tomador quem está prestando o serviço. O objetivo é tão somente a realização da tarefa, não importando quem irá executá-la.

Igualmente, não haverá subordinação direta entre o tomador de serviços e o trabalhador, pois este não poderá estar duplamente subordinado. A subordinação se dá com apenas com a real empregadora que é a empresa prestadora de serviços, a qual mantém vínculo jurídico com o trabalhador.

Maurício Godinho Delgado (2006, p.164) lançou uma nova tendência de conceitu-

ação de subordinação que recebeu o nome de subordinação estrutural, a qual se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Nesse sentido, visualizada a subordinação estrutural entre o tomador dos serviços e o trabalhador, caracterizado estará o vínculo jurídico com aquele e, conseqüentemente, ilícita será a terceirização.

Embora ainda prevaleça, na doutrina e na jurisprudência, a conceituação de subordinação direta, é a subordinação estrutural que mais adéqua à realidade atual para caracterização de vínculo com a tomadora de serviços, tanto que já se observam alguns julgados nesse sentido:

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO - CONFIGURAÇÃO - SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - Restando evidenciada a presença dos pressupostos fático-jurídicos configuradores do liame laboral na relação havida entre as partes, além do fato de as atividades desenvolvidas pela autora relacionarem-se à dinâmica do hospital reclamado, forçosa a aplicação da Súmula 331, item I, do colendo TST. Seguindo a linha da subordinação estrutural, resta evidente que a obreira integrou o processo produtivo da ré e, tratando-se de terceirização ilícita, correto o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, nos moldes decididos na origem, por direta aplicação do art. 9º da CLT. (TRT/MG – RO 0066000-28.2009.5.03.0108 – 6ª Turma – Relator: Convocado Marcelo Furtado Vidal – J. 28/03/2011).

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. Depreende-se dos autos que o reclamante realizava atividades inerentes ao objeto social da tomadora dos serviços, motivo pelo qual está presente a subordinação estrutural ou integrativa. Está caracterizado o vínculo de emprego com a tomadora de serviços. Assim, impõe-se dar provimento ao recurso ordinário do reclamante. (TRT/RS – RO 0000863-05.2010.5.04.0701 – 9ª Turma – Relator: Juiz convocado André Reverbel Fernandes – J. 26/01/2012)

Além da inexistência de subordinação e pessoalidade do trabalhador com a empresa tomadora de serviços, para ser válida a terceirização, a empresa prestadora deve ser especializada na atividade que pretende prestar, do contrário, inexistindo tal especialização ou possuindo uma infinidade de objetos em seu contrato social, haverá indícios de intermediação ilegal, o que caracteriza a terceirização ilícita.

Nesse sentido é o entendimento de Rodrigo Coimbra Santos (2010, p.102/103):
É indispensável que a empresa prestadora de serviços tenha uma atividade definida e seja especializada nessa atividade. Cabe lembrar que a especialização dos trabalhadores terceirizados é apontada como uma das principais vantagens da terceirização de serviços, no que tange à administração de empresas, visando alcançar o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ofertado ao cliente, diminuindo, inclusive, as perdas e danos do processo produtivo.

Outro elemento caracterizador da terceirização lícita é que atividade desenvolvida pela prestadora de serviços não esteja ligada à atividade-fim da tomadora, podendo ser transferidas à prestadora apenas as atividades-meio.

Por atividade-meio entende-se aquela atividade secundária, que denota apoio à empresa, sem ligação com sua atividade principal, como serviços de limpeza e de vigilância, já a

atividade-fim coincide com os fins da empresa contratante, ou seja, com as atividades descritas no seu objeto social.

Segundo o entendimento da jurisprudência, haveria terceirização ilícita no caso de contratação de atividades relacionadas à finalidade da empresa, salvo nos casos previstos em lei, os quais autorizam a terceirização de atividades-fim no trabalho temporário, na subempreitada e nos serviços de telecomunicação.

Nesse sentido, caracterizada a terceirização de atividade-fim, caracterizado estará o vínculo jurídico entre o trabalhador e a empresa tomadora, conforme vasta jurisprudência:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR E DO PRESTADOR DOS SERVIÇOS. Respondem solidariamente pelos direitos trabalhistas sonogados ao empregado os copartícipes do ato ilícito configurado na contratação irregular de serviços ligados à atividade-fim do tomador mediante empresas interpostas de prestação de serviços. Inteligência do art. 942 do Código Civil. Provimento negado. (TRT/RS – RO 0052700-63.2009.5.04.0013– 8ª Turma – Relator: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo – J. 07/04/2011).

EMENTA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. É ilícita a terceirização de atividade-fim da empresa, na forma do entendimento expresso no inciso I da Súmula nº 331 do TST. Verificada tal situação, deve a tomadora dos serviços ser responsabilizada de forma solidária pela satisfação dos encargos decorrentes da relação laboral com a empresa prestadora de serviços deferidos na presente ação. (TRT/RS – RO 0134700-90.2009.5.04.0023– 6ª Turma – Relator: Beatriz Renck – J. 23/11/2011).

Isto posto, fica evidenciado que respeitados os elementos caracterizadores da terceirização lícita, que não por acaso representam os limites à terceirização, regulamentados pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), validada será a terceirização.

3.2 LIMITES JURÍDICOS À TERCEIRIZAÇÃO – ANÁLISE DA SÚMULA Nº 331 DO TST

A legislação brasileira há muito tempo carece de normatização acerca do fenômeno da terceirização. Sua precária regulamentação ocorreu, inicialmente, através de dois modelos restritos de contratação: o trabalho temporário, autorizado pela Lei nº 6.019 de 1974, e o serviço de vigilância bancária, regulamentado pela Lei nº 7.102 de 1983.

Em 1986, diante das várias possibilidades de intermediação de serviços e do risco de precarização das condições de trabalho, o TST editou a Súmula nº 256, que restringiu a contratação de trabalhadores por empresa interposta, limitando-se às situações abrangidas pelas Leis 6.019/74 e 7.102/83, nos seguintes termos: “Salvo os casos previstos nas leis nº 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 de serviços”.

Em 1993, atento às transformações econômicas e sociais, o TST cancelou a Súmula nº 256 e editou a Súmula nº 331, aumentando consideravelmente as possibilidades de terceirização, autorizando-a nas hipóteses de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador.

Assim dispunha a Súmula nº 331 do TST:

“I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

II – A contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não

gera vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta ou Funcional.

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

O inciso I da Súmula nº 331 considera ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo no caso de trabalho temporário, formando-se o vínculo diretamente com o tomador.

A figura da empresa interposta é típica das situações de fraude na contratação do trabalhador, onde o prestador apresenta-se apenas como intermediário, sendo o verdadeiro empregador a empresa tomadora (NETO; CAVALCANTE, 2004, p.410).

O referido inciso excetua o trabalho temporário, autorizando, nesse caso, a existência dos elementos da pessoalidade e da subordinação sem que se vislumbre o vínculo empregatício com o tomador, autorizando, ainda, a terceirização das atividades-fim, desde que seja realizado para as hipóteses de substituição de pessoal permanente ou nos casos de acréscimo extraordinário de serviços.

Assim sendo, com exceção do trabalho temporário, que tem como atividade-fim justamente o fornecimento de mão de obra de forma não permanente, as demais hipóteses de terceirização, para serem consideradas lícitas, devem, segundo a Súmula nº 331, constituir-se de serviços especializados vinculados à atividade-meio da empresa tomadora, com inexistência dos elementos da pessoalidade e da subordinação, característicos da relação de emprego.

Tipificada a terceirização ilícita, haverá a formação de vínculo jurídico diretamente com a tomadora de serviços e, conseqüentemente, ensejará a responsabilização solidária das empresas prestadora e tomadora de serviços. Nesse caso, não se aplica a responsabilidade subsidiária, porquanto esta está adstrita à terceirização lícita, como será analisado posteriormente.

A responsabilização solidária decorre da aplicação conjunta dos arts. 927 e 942 do Código Civil, autorizado pelo parágrafo único do art. 8º da CLT:

Art.927. Aquele que, por ato ilícito, 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.

[...] Art.942. 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 coautores e as pessoas designadas no art.932.

A conclusão que se chega é que quando caracterizada a terceirização ilícita as empresas contratante e contratada devem ser responsabilizadas solidariamente, porque está previsto em lei que aqueles que praticarem ato ilícito deverão ser responsabilizados, mesmo sendo omissa a Súmula nº 331 do TST no tocante.

Nesse sentido é a jurisprudência:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE AO INSTITUTO. Espécie na qual verificada a

completa ingerência da tomadora de serviços no trabalho desempenhado pelos empregados da prestadora, a qual realizava todo o processo produtivo da primeira, descaracterizando o instituto da terceirização e contribuindo para a precarização do trabalho, diante da fraude verificada ensejadora do reconhecimento, com base nos arts. 927 e 942 do Código Civil, da responsabilidade solidária da segunda reclamada sobre o devido em razão da ação. (TRT/RS – RO 0203000-33.2009.5.04.0661 – 3ª Turma – Relator: FLÁVIA LORENA PACHECO – J. 22/09/2011).

O inciso II dispõe que a contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Essa proibição de formação de vínculo jurídico entre o trabalhador e o órgão público decorre de dispositivo legal inserto do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, o qual dispõe:

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

[...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. <grifo nosso>.

Assim, o trabalhador que não prestou concurso público, não poderá formar vínculo de emprego com a administração pública, tendo em vista que esta está sujeita ao princípio da legalidade (MARTINS, 2010, p.150).

O inciso III da Súmula nº 331 do TST autoriza a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços, desde que não presentes os elementos da pessoalidade e da subordinação, bem como nas atividades de vigilância, conservação e limpeza.

Como já explanado no item 2.1 deste trabalho, a terceirização somente será considerada lícita se não estiverem presentes os elementos da pessoalidade e da subordinação, caracterizadores da relação de emprego, se a empresa prestadora for especializada na atividade que pretende prestar e se as atividades por ela prestadas não estiverem ligadas à atividade-fim da tomadora de serviços.

Quanto às atividades de vigilância, de conservação e de limpeza, entende-se que a expressão é autoexplicativa, razão pela qual não vamos nos deter no assunto.

O inciso IV da Súmula nº 331, dispõe sobre a responsabilização subsidiária da tomadora de serviços no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador, desde que tenha participado da relação processual e que também conste do título executivo judicial.

Entende-se que na hipótese de terceirização lícita, a tomadora será responsabilizada subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, desde que conste no polo passivo da relação processual, haja vista que a sentença só faz coisa julgada contra as partes que compuseram a demanda (MIRAGLIA, 2008, p.196).

A responsabilidade subsidiária do referido inciso está fundamentada na culpa in eligendo e na culpa in vigilando da empresa tomadora com relação à empresa prestadora de serviços.

Por culpa in eligendo se entende aquela atribuída a quem escolheu mal a pessoa

que praticou o ato e por culpa in vigilando se entende aquela imputada ao sujeito que descuidou de vigiar a conduta de outrem (SANTOS, 2010, p.191).

Nesse sentido a empresa tomadora de serviços será responsabilizada pelas obrigações trabalhistas do real empregador quando contratar empresa que não possua capacidade econômica ou idoneidade financeira para honrar com seus créditos (in eligendo) ou quando não fiscalizar os pagamento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora (in vigilando) (MIRAGLIA, 2008, p.197).

O inciso IV estabelecia, ainda, que os órgãos da administração pública também responderiam subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, de forma automática, assim como as empresa privadas, com base no § 6º do art. 37 da Constituição Federal:

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

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

Nesse caso, haveria um conflito entre o § 6º do art. 37 da Constituição Federal e o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), o qual isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade trabalhista, em razão de inadimplência de contrato, sob o fundamento de ter observado as regras de licitação:

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

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

Face ao flagrante conflito, o Superior Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16, em 24/11/2010, ajuizada pelo Distrito Federal, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, afirmando que a simples inadimplência da prestadora de serviços terceirizados não transfere à Administração Pública, de modo automático, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira.

Com base nessa decisão, em 24/05/2011, o TST alterou a redação do inciso IV da Súmula nº 331 e incluiu mais dois incisos:

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

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.”

A nova redação do inciso IV apenas retira a extensão da responsabilidade aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações e das sociedades de economia mista, mantendo-se, no restante, a redação que responsabiliza subsidiariamente o tomador dos serviços (empresa privada) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador, em caso de terceirização lícita.

O inciso V inclui a responsabilização da Administração Pública, nas mesmas condições do inciso IV, apenas quando evidenciada sua conduta culposa quanto à fiscalização da empresa prestadora de serviços, afastando sua responsabilização automática quanto às obrigações trabalhistas da real empregadora.

Assim discorrem Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (Mar/2011, p.291):

“(…) a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõe à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa in eligendo ou in vigilando”.

A jurisprudência já tem se manifestado nesse sentido:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. A responsabilidade subsidiária tem por fim resguardar os créditos trabalhistas, de natureza alimentar, de eventuais inadimplementos por parte do real empregador. Portanto, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. No caso dos entes integrantes da administração pública direta e indireta, estes também respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Inteligência da Súmula n.331, incs. IV e V, do TST. (TRT/RS – RO 0000325-45.2010.5.04.0403 – 5ª Turma – Relator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS– J. 04/08/2011).

Já o inciso VI surge para delimitar o alcance da responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, que passa a se referir a todas as verbas decorrentes da condenação, conforme já vem sendo aplicado pela jurisprudência:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTAS. A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços engloba um conceito amplo de “obrigações trabalhistas” referido na súmula 331 do TST, incluindo o FGTS e a multa do artigo 477 da CLT. O inciso VI da súmula referida dá amparo para a responsabilidade sobre todas as parcelas salariais e contratuais. (TRT/RS – RO 0001112-44.2010.5.04.0025– 6ª Turma – Relator: MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA– J. 25/01/2012).

Em suma, verifica-se que não tendo o legislador brasileiro se interessado em regularizar o fenômeno da terceirização através de leis específicas, o TST viu-se obrigado a editar Súmulas sobre o tema como forma de facilitar e uniformizar o julgamento das suas ações, devido ao fato de muitas empresas utilizarem-se do instituto de forma ilícita, com o intuito de burlar a legislação trabalhista.

Nesse sentido, a edição de Súmula nº 331 do TST teve como finalidade precípua regularizar o instituto, impondo limites jurídicos que nada mais eram do que requisitos autorizadores da terceirização lícita.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no decorrer do trabalho, o aumento da produção de bens e serviços em escala mundial causou o avanço nas técnicas de produção, que trouxe consigo o fenômeno da terceirização, o qual passou a incluir um terceiro personagem na relação de emprego, anteriormente restrita ao empregador e ao empregado.

A terceirização tem como objetivo a delegação de atividades para fornecedores especializados, sendo que a tomadora de serviços passaria a ser livre para concentrar seus esforços no seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo os custos e aumentando a concorrência.

No entanto, o crescimento desmedido da terceirização tornou precárias as condições de trabalho e reduziu os direitos sociais e trabalhistas.

Pensando em frear a terceirização, o legislador brasileiro criou algumas leis esparsas que versavam sobre casos específicos de terceirização: Lei nº 6.019/74 (Trabalho Temporário) e Lei nº 7.102/83 (terceirização da segurança bancária). Além desses diplomas, o Brasil não dispunha de legislação específica que regulamentasse todos os casos de terceirização.

Diante dessa falta de legislação específica para disciplinar o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou, em 1986, a Súmula nº 256, a qual restringia as possibilidades de terceirização a duas situações, as quais já dispunham de leis específicas: ao trabalho temporário e ao serviço de vigilância.

Em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho substituiu a Súmula nº 256 pela Súmula nº 331, que ampliou as possibilidades de terceirização, ao mesmo tempo em que impôs limites à multiplicação desmedida do fenômeno.

Nesse sentido, a referida Súmula passou a autorizar a terceirização em todas as situações desde que observados os seguintes preceitos: a atividade da prestadora de serviços deve ser especializada e relacionada à atividade meio da tomadora, ao mesmo tempo em que inexistia subordinação e pessoalidade dos empregados da prestadora com relação à tomadora de serviços.

Desse modo, desde que observados esses requisitos todas as terceirizações serão consideradas lícitas e representarão a fórmula perfeita para a elevação da produção, com redução de custos, e, por consequência o aumento das oportunidades de emprego, sem esquecer a manutenção dos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos, materiais e processuais da terceirização trabalhista. Revista LTr, v.73, nº 10, Outubro de 2009.

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicado no Diário Oficial da União em 9 de agosto de 1943.

BRASIL, Constituição Federal. Publicada no Diário Oficial da União, nº 191-A, em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 12 de setembro de 1990.

BRASIL, Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o serviço voluntário e

dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 19 de fevereiro de 1998.

CADIDÉ, Iracema Mazetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. Revista LTr, v.4, nº 5, Maio de 2010.

CAMINO, Carmem. Direito Individual do Trabalho. 4ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direito do Trabalho, ano 32, n. 123. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 2006.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. Revista LTr, v.75, nº 4, Abril de 2011.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho. 2ª Ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de Direito do Trabalho. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.n

SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações Terceirizadas de Trabalho. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais – A última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – Novos enfoques. Revista LTr, v.75, nº 3, Março de 2011.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e pressupostos. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1999.