

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

JOÃO RICARDO RIBEIRO MACHADO

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

M341.6
518t Machado, João Ricardo Ribeiro
Terceirização e o Direito do Trabalho / João
Ricardo Ribeiro Machado. -- Rio de Janeiro, 2017.
69 f.

Orientador: Ana Luisa Palmisciano.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Transformações no Direito do Trabalho. 2.
Introduzindo a Terceirização. 3. As Vantagens e
Desvantagens da Terceirização. 4. Dos Conflitos
Existentes Por Causa da Terceirização. I.
Palmisciano, Ana Luisa, orient. II. Título.

CDD: 341.6518

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com
os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JOÃO RICARDO RIBEIRO MACHADO

TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dr. Ana Luísa Palmisciano.

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

JOÃO RICARDO RIBEIRO MACHADO

TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dr. Ana Luisa Palmisciano.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

RESUMO

O objeto de estudo da presente monografia é o fenômeno da terceirização. Essa forma de contratação de serviços será analisada conforme a Súmula nº 331 do TST e da Lei nº 13.429/2017 que trouxe questionamentos sobre o tema referente qual atividade poderá ser alvo da terceirização. Para ser realizado o melhor debate, deverá ser estudado a evolução histórica do direito do trabalho, as consequências que podem trazer a globalização aos direitos sociais e a flexibilização das normas trabalhistas. Será estudado o conceito de terceirização e as vantagens e desvantagens que essa forma de contratação de serviço pode trazer aos trabalhadores, além disso, é importante focar na responsabilidade do tomador de serviço e a atuação da terceirização na administração pública para conceituar a terceirização lícita e ilícita, com simples objetivo de fraudar a CLT.

Palavras-chaves: Terceirização, CLT, TST, responsabilidade do tomador, lícita, ilícita, Administração Pública, globalização.

ABSTRACT

The object of study of this monograph is the phenomenon of outsourcing. This form of contracting of services will be analyzed according to the Precedent n° 331 of the TST and the Law n° 13.429 / 2017 that questions about the subject regarding which the activity can be the target of outsourcing. To be held the best debate, will be studied properly the historical evolution of labor law, the consequences that can bring a globalization to social rights and a relaxation of labor standards. It is studied the concept of outsourcing and the advantages and disadvantages that this form of contracting services can bring to the workers, moreover, it is important to focus on the responsibility of the service taker and the performance of the outsourcing in the public administration to conceptualize the legal and illicit outsourcing, That has the objective of defrauding the CLT.

Key words: outsourcing, CLT, TST, responsibility of the service taker, legal, illicit, globalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DO TRABALHO	5
1.1. Breve Histórico do Direito do Trabalho	5
1.2. Direito do Trabalho como um Direito Social	11
1.3. Os efeitos da Globalização no Direito do Trabalho	15
1.4. Flexibilização como Forma de Relativizar as Normas Trabalhistas	18
2. INTRODUZINDO A TERCEIRIZAÇÃO	23
2.1. Histórico da Terceirização e seu Surgimento no Brasil	23
2.2. Conceito e Natureza Jurídica da Terceirização	25
3. AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO	28.....
3.1. Terceirização como Melhoria para a Sociedade	28
3.2. Terceirização como Prejudicial aos Trabalhadores	30
4. DOS CONFLITOS EXISTENTES POR CAUSA DA TERCEIRIZAÇÃO	34
4.1. Súmula 331 do TST e a Lei nº 13.429/2017	34
4.2. Terceirização Lícita e Ilícita	41
4.3. Atividade-meio e Atividade-fim	43
4.4. Terceirização na Administração Pública	48
4.5. Responsabilidade Subsidiária e Responsabilidade Solidária	52
CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o tema dessa monografia é a terceirização, um fenômeno advindo de um sistema econômico globalizado que vem alcançando todo o mundo e principalmente o Brasil, que até pouco tempo não possuía uma lei que regulasse a terceirização, apesar de ser quase impossível não encontrar uma grande empresa ou um órgão da Administração Pública que não possua pelo menos um empregado terceirizado, ou seja, mesmo diante da ausência de uma legislação, a terceirização cresceu e se intensificou num processo de contratação de trabalhadores que dificilmente irá parar.

É importante debater o tema porque a terceirização atinge a vida de milhares de pessoas, seja o próprio trabalhador terceirizado, ou qualquer pessoa que é destinatária dos serviços advindos da terceirização. No ano de 2015, havia 12 milhões de trabalhadores terceirizados¹ e isso acarreta em um número gigantesco, haja vista que é mais de 5% de toda a população brasileira, o que demonstra que a terceirização é a cada dia mais comum.

Por isso, existe a importância de estudar o tema cuidadosamente analisando como surgiu o direito do trabalho e sua missão de proteger o trabalhador de uma relação desigual, portanto, debater a evolução histórica desse ramo do direito é de suma gravidade para entender como a terceirização deverá ser aplicada em nosso ordenamento jurídico em meio a flexibilização das normas trabalhistas para que o direito seja condizente com a realidade atual em que vivemos e não uma ciência ultrapassada.

É preciso entender que historicamente, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho foi contra a terceirização, por isso foi publicada a Súmula nº 256 que proibia a prática, salvo nas causas permitidas em lei, que eram no trabalho temporário e no serviço de vigilância, todavia, observando os dias atuais é perceptível que o TST perdeu essa guerra, haja vista que o próprio elaborou a Súmula nº 331 delimitando a terceirização apenas nas atividades-meio que não coadunam com o objetivo final da empresa.

¹GUTIERREZ, Felipe. “Número de Trabalhadores Terceirizados Cresce Mesmo Sem Lei Específica Sobre a Prática”. Disponível em: <http://classificados.folha.uol.com.br/empregos/2015/05/1629791-numero-de-terceirizados-cresce-mesmo-sem-lei-especifica-sobre-a-pratica.shtml>. Acesso em: 12/08/2016.

Em todo o caso, é importante mostrar como ocorreu a evolução da terceirização no Brasil iniciando-se com o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e o serviço de vigilância (Lei nº 7.102/83) e se espalhando pelas demais atividades com a ausência de uma lei que a regulasse, portanto, estudaremos a relevância da Súmula nº 331 do TST na consolidação da interpretação de inúmeros temas que precisavam de uma norma que trouxesse segurança jurídica de todos os trabalhadores que são alvos da terceirização.

A globalização ensejou o fenômeno da terceirização no Brasil? Como a flexibilização das normas trabalhistas podem resguardar os direitos do trabalhador em frente a terceirização? É permitida a terceirização em quais atividades após a Lei nº 13.429/2017? Essa lei recente permite a terceirização na Administração Pública? Quais são as responsabilidades do tomador de serviço? A terceirização é benéfica ou prejudicial ao trabalhador?

Para alcançarmos essas respostas é necessário entender que a globalização é um sistema econômico motivado pelas empresas transnacionais que visam fortalecer sua atuação em diversos pontos do globo, ademais, a terceirização nasce da globalização e por isso o discurso motivador dessa prática no Brasil se baseia que o país deve se adaptar a esse sistema globalizado que vem aplicando a terceirização em grande escala, portanto, é comum ouvir que legalizar a terceirização em qualquer atividade de uma sociedade empresária salvaguardaria a economia nacional da crise econômica que vem acontecendo atualmente.

O problema é que muitos criticam a globalização porque os países emergentes acabam se encontrando numa situação difícil, onde devem se adaptar ao mercado internacional ditado pelas grandes empresas transnacionais. Isso acaba por trazer supressão dos direitos sociais, no sentido que a participação do Estado em trazer o bem-estar aos indivíduos é suprimida e substituída por uma desigualdade que só vem a crescer dentro dos próprios países de primeiro mundo, onde sempre haverá aqueles muito ricos e outros muito pobres.

As críticas referentes a terceirização são muitas e parecidas com as críticas referentes a globalização porque sendo o direito do trabalho um direito social, a Lei nº 13.429/2017 que regulamenta a terceirização alteraria até mesmo o conceito de relação de emprego que possui apenas duas pessoas, o empregado e o empregador. Vários doutrinadores citam que a empresa tomadora de serviços é muitas vezes o verdadeiro empregador e que o Judiciário ao analisar

os vários litígios referentes ao tema, deveria ser cauteloso ao avaliar realmente se o caso em questão é uma fraude.

São muitas críticas que alcançam a terceirização como a redução de salários, a rotatividade no emprego e até mesmo condições análogas a escravidão. Por outro lado, são também muitas as vantagens, pois a empresa ao terceirizar a atividades-meio poderia se dedicar e se especializar na atividade-fim que é o seu propósito. Isso faria com que os produtos fornecidos aos consumidores fossem de melhor qualidade.

O fato é que entre vantagens e desvantagens, a lei que regulamenta a terceirização (Lei nº 13.429/2017) é recentíssima e foi omissa em dizer se é permitida a terceirização na atividade final das sociedades empresárias e se a terceirização pode ocorrer nos órgãos da Administração Pública, por isso nos encontramos numa situação de insegurança jurídica, pois não sabemos qual será a decisão do Judiciário nos litígios que chegarão a Justiça do Trabalho.

Como por exemplo, a Lei nº 13.429/2017 não diz se é permitida a terceirização na Administração Pública e também não enfatiza qual atividade é alcançada pela terceirização, portanto, o futuro desse tema ainda é muito incerto, no entanto, seja qual for a interpretação a ser aplicada, não se poderá nunca esquecer que o objetivo e função do direito do trabalho é proteger o trabalhador de uma relação desigual o colocando em pé de igualdade com o empregador. Se a interpretação do caso concreto não for nesse sentido, o próprio direito do trabalho sucumbiria com a evolução das relações econômicas.

A presente monografia tem a intenção de debater esses temas de forma objetiva e esclarecedora. O primeiro capítulo tratará da evolução do direito do trabalho e o seu conceito como um direito fundamental que busca a atitude comissiva do Estado para que o direito do trabalhador seja protegido e aplicado, além disso, perceberemos como a globalização é capaz de alcançar todo o planeta e como a flexibilização das normas trabalhistas protege a relação de trabalho sem que suas características sejam suprimidas. O segundo capítulo conceituará a terceirização e demonstrará como surgiu e alcançou o Brasil aos poucos até se tornar um fenômeno que não irá parar. O terceiro capítulo é destinado a mostrar quais as vantagens e desvantagens da terceirização, seja como um benefício aos consumidores que receberão um produto de mais qualidade, ou como um malefício aos empregados que serão vítimas da

rotatividade de emprego. O quarto capítulo demonstra a evolução das normas trabalhistas e da interpretação da jurisprudência ao aplicar o tema, desde a Súmula nº 256 que proibia a terceirização, até a Lei nº 13.429/2017 que supostamente a liberou de forma irrestrita.

1. TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Breve histórico do Direito do Trabalho

A força de trabalho sempre existiu e desde que os seres humanos passaram a formar relações uns com os outros a apropriação do trabalho estava presente como a exploração do homem pelo homem e o mais fraco pelo forte, contudo, o direito do trabalho é uma ciência social recente se considerarmos outros ramos do direito, pois é recente comparado ao direito civil que existe desde os tempos da antiguidade, porém, é inegável que a relação de trabalho em si é tão antiga quanto a propriedade e demais instituições que são estudadas desde áureos tempos do Império Romano.

Eneida Melo Correia de Araújo define que “*o trabalho é fonte primária de sobrevivência do homem e de desencadeamento no processo produtivo de uma nação*”. Além disso, a autora disserta que a atuação das regras do direito do trabalho tem o objetivo de resguardar a dignidade do homem sem prejuízo a livre iniciativa.² Exatamente por isso é necessário recordar como nasceu esse ramo do direito que tem suma importância em proteger o trabalhador que sempre estará numa situação de vulnerabilidade em relação ao empregador que explora sua mão-de-obra.

O liberalismo teve ensejo com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, prevendo a livre utilização das forças e faculdades do homem numa liberdade em que o Estado não faria parte das relações econômicas e conseqüentemente também não faria parte das relações do trabalho, dessa forma, apesar de ter fundamentos importantes para acabar com o feudalismo e as corporações de ofício, essa tal liberdade gerou desigualdades e explorações desumanas que cresceram em virtude da revolução industrial que fez com que o meio de sobrevivência por meio do trabalho praticamente ficasse impraticável pela ausência de dignidade conferida aos trabalhadores.

² ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As Relações de Trabalho: Uma perspectiva democrática*. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2003. P. 34 e 87.

Inicialmente, deve ser debatida a escravidão como a primeira forma de apropriação de trabalho e a forma mais nítida da exploração do mais forte pelo mais fraco, até mesmo porque o escravo perdia todos os direitos sobre si e era considerada mera coisa e não uma pessoa. Na antiguidade, a escravidão não era vista como aberração, era algo tão comum de se vislumbrar que Aristóteles admitia a escravidão, haja vista que ele concebia que a justiça se subdividia de acordo com os tipos de relações humanas que existiam na sociedade, portanto, haveria justiça igualitária entre os membros da posição em que a pessoa se encontrava.³

Todavia, com o advento do cristianismo a ideia da escravidão se tornou algo mal visto dentro da ideia que um cristão não poderia escravizar outro cristão e assim essa prática foi desaparecendo pela Europa para surgir outra forma de apropriação do trabalho.⁴ Dessa forma, surgiu o feudalismo que foi a forma de organização política, social e econômica dominante durante a Idade Média que teve como um de seus elementos os servos da gleba (camponeses) que existiam sob o domínio dos senhores feudais que lhes garantiam o sustento.

Os senhores feudais se constituíam numa pequena elite formada por nobres que juravam fidelidade ao rei que lhes concedia o direito de uso (não posse) de algum bem, chamado feudo, concedendo-lhe total poder. O nome desse juramento era vassalagem e na maioria das vezes o feudo era uma extensão de terra, onde o senhor feudal podia cobrar impostos e controlar a justiça. Com o tempo, os vassalos conseguiram que os feudos deixassem de ser uma concessão temporária e passassem a ser hereditários.

Os camponeses formavam a maioria da população de uma sociedade feudal que trabalhavam em terras que raramente eram suas, pois eram concedidas pelo senhor feudal em troca de alguma prestação de serviços ou parte da colheita. Os servos da gleba sofriam

3 KISTE, Stephan. Introdução a Filosofia do Direito. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 144.

4 Foi essa a ideia que fez com que a igreja permitisse a escravidão de negros e índios, pois eles não eram cristãos, logo, por formarem povos pagãos que acreditavam em outros deuses que não aquele da sociedade europeia, a escravidão era admitida e durou no Brasil até 1888 com a publicação da Lei Áurea.

impostos abusivos como a *corveia* que o obrigava a realizar serviços gratuitos durante alguns dias da semana nas terras de seu senhor; também havia a *banalidade* que consistia numa taxa em que os camponeses deviam pagar por usar as instalações do senhor feudal, como moinhos e fornos. Portanto, a relação de trabalho na Europa medieval se baseava na servidão.⁵

O feudalismo se assemelhava a escravidão, pois almejava a dependência abusiva do servo ao senhor feudal, haja vista que o camponês deveria reter para si somente o necessário para o seu sustento, o excedente deveria ser dado ao senhor feudal. Outro exemplo era que os servos da gleba eram sempre acometidos por impostos e taxas abusivas contraindo uma dívida que jamais poderia pagar ficando dessa forma preso a terra não tendo a liberdade de decidir o seu destino.

Por outro lado, nas cidades ao longe do campo, o comércio crescia vertiginosamente fazendo com que a ausência de leis a disciplinar a prática que realizavam os comerciantes (ou artesãos) motivasse a sua união para que fosse formada uma classe, uma corporação de mercadores ou corporação de ofício que se multiplicaram obtendo sucesso político e econômico, ao ponto de conquistarem a autonomia de alguns centros comerciais até se tornarem cidades mercantis. Rubens Requião salienta que “*diante da precariedade do direito comum para assegurar as relações comerciais, foi necessário que surgisse um direito costumeiro aplicado internamente na corporação por juizes eleitos pelas suas assembleias que deveriam julgar a disputa entre os comerciantes com base nos usos e costumes*”.⁶

Existiam diversas corporações de ofício destinadas cada uma a atividade que seria realizada, como por exemplo, existiam as corporações dos alfaiates, dos sapateiros, dos ferreiros, dos construtores e muitas outras. As regras de uma corporação só eram destinadas aos seus membros, pois surgia com a ideia de unir todos os trabalhadores ou artesão de uma

5 SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. História: Volume único. 1ª edição. São Paulo: Ática, 2005. P. 242.

6 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial: Volume I. 33ª edição revisada e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

mesma atividade, ou seja, seria vedado exercer uma atividade se não fizesse parte da referida corporação de ofício que eram organizadas pelos mestres que detinham experiência em seu trabalho, além disso, possuíam as ferramentas e a matéria-prima, assim, cabia aos mestres passarem seus conhecimentos aos aprendizes e escolherem entre eles os oficiais que passariam a receber salário por sua função.

Os oficias poderiam se tornar mestres se realizassem uma prova que só poderia ser realizada por quem possuía poder econômico porque era cara, por isso era quase impossível se tornar um mestre. Além disso, as corporações de ofício são comparáveis a escravidão porque o aprendiz, mesmo quando se tornava oficial, estava dependente aos mestres de forma abusiva, pois não possuía liberdade de realizar a atividade que conhecia de forma independente e também não recebia o equivalente pelo seu trabalho.

Imperioso esclarecer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão veio com os ideais libertários da revolução francesa para acabar com o absolutismo, por isso foi importante para extinguir o feudalismo e as corporações de ofício para que o homem tivesse a liberdade para empreender e trabalhar da forma que quisesse, além de reconhecer direitos e garantias fundamentais, entretanto, trouxe o liberalismo como ideia de afastar o Estado das relações humanas e econômicas e quando essa ideia é aplicada de forma generalizada, é capaz de produzir efeitos devastadores para a dignidade da pessoa humana.

Com o advento da revolução industrial, a situação da classe trabalhadora ficou alarmante, pois não eram oferecidas pelas fábricas condições dignas de trabalho, muito pelo contrário, pois alcançou a exploração de mulheres e crianças que igualmente aos homens trabalhavam em jornadas que caminhavam além de quinze e dezoito horas ininterruptas que geravam acidentes ocasionado pelo cansaço. Os historiadores Gislane e Reinaldo Seriacopi apontam que a revolução industrial afetou a saúde e a dignidade da parte mais pobre da população que não tinham opções de emprego:

As fábricas, por sua vez, não lhes ofereciam condições dignas de trabalho. Eram geralmente locais úmidos e quentes, desprovidos de ventilação adequada. A alimentação servida era insuficiente e de péssima qualidade. Por causa disso e das longas jornadas de trabalho, a expectativa de vida entre os operários era baixa e a incidência de doenças e acidentes de trabalho, muito alta. Por serem consideradas

mais dóceis do que os homens adultos, os patrões preferiam contratar mulheres e crianças – muitas delas com 4 ou 5 anos de idade. Segundo o historiador T.S. Ashton, dos 1.150 operários que trabalhavam nas três fábricas da cidade de Derbyshire, na Inglaterra, em 1789, dois terços eram crianças.⁷

Por causa dessa situação, houve muitas revoltas dos trabalhadores que realizaram greves e invadiam as fábricas para destruir as máquinas que consideravam as motivadoras do aumento do desemprego, pois tirava postos de trabalho. Os trabalhadores na Inglaterra começaram a criar formas de organização, como associações de auxílio mútuo que tinham o objetivo de criar fundos de reserva a ser utilizados nos momentos de necessidade. Gislane e Reinaldo Seriacopi enfatizam que foi o primeiro passo para a criação de sindicatos trabalhistas como entidades destinadas a lutar pelos direitos do proletariado.⁸

Eneida Melo Correia de Araújo enfatiza que a ideia do direito do trabalho como uma forma de exercer a função social nasceu com a orientação do Direito Internacional do Trabalho, mais precisamente com o advento do Tratado de Versalhes, celebrado em 25 de janeiro de 1919, determinando que seus países signatários deveriam se esforçar em assegurar condições de trabalho equitativas e humanas para o homem.⁹

O tratado alertava para o fato de que a justiça social era condição para a paz universal e realçava que deveriam ser abolidas formas de trabalho que gerassem injustiças, miséria, privações, pois assim não seria mantida a paz universal. Tal determinação era de suma importância após os períodos de conflito advindos da Primeira Guerra Mundial e exatamente por isso, a segunda seção, parte XIII do Tratado de Paz de Versalhes estabeleceu nove

7 SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. História: Volume único. 1ª edição. São Paulo: Ática, 2005. p. 243.

8 SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. História: Volume único. 1ª edição. São Paulo: Ática, 2005. p. 245.

9 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. As Relações de Trabalho: Uma Perspectiva Democrática. São Paulo: Ltr, 2003. p. 37

princípios básicos que deveriam ser adotados pelos países membros da Organização Internacional do Trabalho.

Eis os nove princípios:

- 1) O trabalho não deve ser tratado como uma mercadoria ou um artigo comercial;
- 2) A garantia do direito de associação para os trabalhadores e para os empregadores, considerando-se tão somente, a licitude dos fins;
- 3) O direito dos trabalhadores a um salário capaz de permitir-lhes um nível de vida condigna;
- 4) A adoção de uma jornada de trabalho de oito horas por dia ou quarenta e oito semanais;
- 5) A fixação de um descanso para os trabalhadores de um por dia por semana, no mínimo e, de preferência, aos domingos;
- 6) A proibição do trabalho para as crianças e a obrigação de limitar-se o trabalho dos menores de ambos os sexos, a fim de que lhes seja assegurado o desenvolvimento físico, psicológico e moral e permitido o prosseguimento de seus estudos;
- 7) A consagração do princípio da isonomia salarial, independentemente de sexo;
- 8) A obrigação de serem criadas normas jurídicas por parte dos países, no sentido de conferir tratamento igual a todos os trabalhadores que legalmente residam em seus territórios;
- 9) A formação dos serviços de inspeção de regras de trabalho, os quais deverão ser integrados por homens e mulheres, a fim de ser obtido o cumprimento das leis e dos regulamentos de proteção de todos os trabalhadores.

Em síntese, o Tratado de Versalhes enseja a interferência do Estado nas relações de emprego, no sentido de criar regras que protegem as relações econômicas de produção ao mesmo tempo em que protegem a vida, a saúde, a dignidade e a própria sobrevivência do trabalhador, portanto, o conceito de liberalismo que antes existia é diminuído, pois é afastado o princípio geral de igualdade entre as partes buscando proteger aquele que seria o hipossuficiente, pois o direito do trabalho não tem o objetivo de fazer com que os empregados tenham mais direitos que os empregadores, muito pelo contrário, ele reconhece que a relação de emprego é desigual e coloca o empregado em igualdade com o empregador.

Carlos Henrique Bezerra Leite enfatiza que “*o Tratado de Versalhes foi determinante para a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cabendo a este organismo*

internacional universalizar as normas da proteção ao trabalho humano”. O Brasil foi um dos Estados-membros fundadores e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde a sua primeira edição.¹⁰ A partir desse momento histórico, vários países elaboraram leis e adaptaram o seu ordenamento jurídico criando normas que protegessem os trabalhadores de uma relação desigual, fortalecendo assim o direito do trabalho.

Carlos Henrique Bezerra Leite defende que a história do direito do trabalho no Brasil se divide em três fases: A primeira foi do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda se refere a proclamação da república até a campanha política da Aliança Liberal; a terceira nasceu na Revolução de Trinta e dura até os dias atuais. Dessa forma, nas duas primeiras ainda não existia o Direito do Trabalho como uma disciplina autônoma, dessa forma, enfatiza o autor que a evolução desse ramo do direito nasceu de uma luta que durou anos, pois:¹¹

Já em 1870, existiam no nosso país as Ligas Operárias que marcaram o início do sindicalismo brasileiro. O Decreto 1.313, de 1891, proibiu o trabalho noturno dos menores de 15 anos, limitando a jornada a 7 horas. Há quem afirme ser a Lei 4.682, de 20.01.1923, a chamada Lei Elói Chaves, que insistiu a caixa de aposentadoria e o direito à estabilidade para os ferroviários que completassem 10 anos de serviço, a primeira lei verdadeiramente trabalhista do Brasil. A Lei 4.982, de 25.12.1925, disciplinava o direito de férias anuais remuneradas. Lei 62, de 1935, assegurava aos empregados de indústria e do comércio o recebimento de indenização por rescisão injustificada do contrato de trabalho e o direito à estabilidade após dez anos de efetivo serviço no mesmo estabelecimento.

Com a Revolução de Trinta, a Justiça do Trabalho foi criada e com ela surgiu o Ministério Público do Trabalho. Em 01/05/1943 foi decretada, por Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis de Trabalho que sistematizou as leis esparsas existentes na época, acrescidas de novos institutos criados pela comissão de juristas que a elaboraram. A CLT se tornou o texto legislativo básico do direito do trabalho brasileiro tendo suma importância em seu estudo que deve ser interpretado condizentemente com as determinações da Constituição Federal de 1988 que estabelece os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um

10 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 31

11 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p.32

princípio fundamental (Inciso IV do art. 1º da CRFB/88) e consagra o direito do trabalho como um direito social e o coloca no título alusivo aos Direitos e Garantias Fundamentais.¹²

1.2 O direito do Trabalho como um Direito Social

Imperioso iniciar o tema enfatizando que a positivação dos direitos fundamentais iniciou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com a revolução francesa. Anteriormente já havia acontecido dessa forma com a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos, em 1791, quando foi declarada a sua independência da Inglaterra, portanto, é evidenciado que nos dois momentos históricos os direitos fundamentais vieram para impor limites e controles aos atos praticados pelo governante reforçando, assim, a liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado.¹³

Portanto, os direitos fundamentais possuíam o intuito de restringir a atuação do Estado em favor da liberdade do indivíduo, logo, ensejava uma conduta omissiva para que ninguém fosse vítima de abuso de poder. Com a evolução dos tempos, foram reconhecidos os direitos fundamentais de segunda dimensão, no século XX, dessa forma, foram alcançados os direitos sociais, culturais e econômicos que seriam a conduta comissiva do Estado em favor do bem-estar do indivíduo, ou seja, inicialmente a preocupação era em afastar o Estado porque suas atuações eram abusivas, todavia, com o tempo a participação do Poder Público se tornou imprescindível para a manutenção da dignidade das pessoas e para a manutenção de seus direitos, como exemplo, o próprio Direito do Trabalho.¹⁴

12 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 34

13 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. Página 90. Os autores recordam que muitos dizem que os direitos fundamentais tiveram início com a Magna Carta Inglesa de 1.215, todavia, entendem que as normas ali estabelecidas não visavam garantir uma esfera irredutível de liberdade aos indivíduos, mas, sim, essencialmente, a assegurar poder político aos barões mediante a limitação dos poderes do rei.

14 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Obra citada. p. 90.

É importante salientar que o Título II da Constituição Federal de 1988 refere-se aos direitos e garantias fundamentais que deverão ser assegurados pelo ordenamento jurídico. As diferentes categorias foram divididas na seguinte ordem: Direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua existência e organização (Capítulo V).

Os direitos do trabalhador são direitos sociais, pois, o art. 6º da CRFB/88 estabelece um rol de direitos sociais em que o trabalho faz parte. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino defendem que os direitos sociais “*constituem liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo como objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes para ser reforçada a igualdade social*”, por isso, são direitos fundamentais de segunda geração.¹⁵ Além disso, estão incluídos como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.¹⁶

Inicialmente, é imperioso recordar que os direitos dos trabalhadores já estavam no rol dos direitos humanos desde o Tratado de Versalhes e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, após a Segunda Guerra Mundial, porém, não é qualquer trabalho que deve ser considerado direito humano e fundamental, mas apenas o trabalho que dignifique a pessoa humana, pois o importante é que o trabalho seja digno.

Os direitos sociais relacionados às relações de trabalho dividem-se em duas vertentes, sendo que a primeira é a proteção ao trabalhador pessoa física que está tipificado no art. 7º da CRFB/88 pertinente tão somente ao direito individual do trabalho. É protegida a relação de emprego quanto à dispensa arbitrária, é garantido o seguro-desemprego em caso de

15 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Obra citada. p. 215.

16 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Obra citada. p. 215

desemprego involuntário e também o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o salário mínimo nacionalmente unificado, a irredutibilidade do salário, a licença-maternidade, o direito a férias com adicional de 1/3, o décimo terceiro salário e muitos outros direitos de suma importância que garante a dignidade dos empregados urbanos, rurais e domésticos.

Os direitos sociais dos trabalhadores também possuem uma segunda vertente relacionado ao direito coletivo do trabalho tipificado nos artigos 8º a 11 da Constituição Federal que estipulam a livre criação de sindicatos e obrigatoriedade a sua participação nas negociações coletivas de trabalho, além disso, é assegurado o direito de greve (art. 9º da CRFB/88), a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses sejam objetos de discussão (art. 10 da CRFB/88) e é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores em empresas que contenham mais de duzentos empregados (art. 11 da CRFB/88).

Carlos Henrique Bezerra Leite defende que “*a Constituição Federal de 1988 reúne em sua essência um conjunto de valores que harmonizam a passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito*”, haja vista que os problemas e litígios referentes as relações de poder e exercício de direitos sejam examinados e solucionados com observância aos princípios e objetivos fundamentais positivados no Título I (princípios fundamentais) e Título II (direitos e garantias fundamentais) da CRFB/88, até mesmo porque a norma constitucional é plenamente condizente com as normas internacionais, pois o autor defende que:

A bem ver, a atual Constituição Brasileira encontra-se em perfeita sintonia com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em New York, a 19.12.1966, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24.04.1992. Esse tratado internacional considera, em linhas gerais, que os direitos sociais, culturais e econômicos são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, só pode ser concretizado à medida em que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.¹⁷

17 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 50.

Conseqüentemente, o legislador deve sempre regulamentar esses direitos sociais para que os mesmos sejam possíveis de serem praticados pelos trabalhadores. Quanto a isso existe o *princípio da proibição do retrocesso social* que apesar de não ser tipificado na Constituição Federal, é amplamente defendido pela doutrina, haja vista, que consiste no fato que o legislador não pode voltar atrás nas conquistas oriundas das normas constitucionais que o mesmo havia concedido as pessoas, ou seja, o mesmo legislador que havia garantido o direito de greve não pode elaborar uma lei que prejudique o exercício de greve.¹⁸

Esse princípio de vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstruir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado.¹⁹

Sendo assim, os direitos sociais devem ser mantidos pelos legisladores que não podem retroceder socialmente elaborando uma lei que impossibilite o exercício desses direitos que são de suma importância em reafirmar a atuação do Estado para garantir o bem-estar do indivíduo, porém, será tratado adiante a problemática referente a globalização que poderia promover a supressão desses direitos em favor das empresas transnacionais que promoveriam um sistema econômico equivalente em todo o mundo.

1.3 Os efeitos da globalização no direito do trabalho

Importante debater a globalização, haja vista que se trata de um modelo econômico que se dirige principalmente a produção de bens e consumo de forma unificada em todo o globo terrestre. Um exemplo da globalização é a própria terceirização surgiu nos Estados Unidos e se espalhou pelo mundo tornando-se um fenômeno e é exatamente esse o argumento de quem

18 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Obra citada. p. 223.

19 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Obra citada. p. 223.

defende essa nova forma de contratação de serviços, pois se ela é aplicada em diversos países, porque não no Brasil? O mundo vem se unindo a cada dia para ser criada uma produção econômica única, mas essa situação cria diversos questionamentos se essa evolução globalizada da estabilidade econômica afetaria os direitos sociais como o próprio direito do trabalho que foi conquistado após muitos anos de luta da classe trabalhadora.

Globalização é um fenômeno econômico recente reconhecido praticamente em todas as partes do mundo decorrente de uma crise generalizada, que aponta no sentido de união de esforços para a supressão de deficiências locais.²⁰ Ou seja, economicamente a globalização tem o intuito de unir diversos pontos do planeta objetivando a produção maciça de capitais permitindo o deslocamento de mercadorias, serviços e trabalhadores, assim, simplesmente pode se interpretar como uma união a permitir o desenvolvimento econômico para o bem das grandes empresas transnacionais.

Celso de Albuquerque Mello enfatiza que a palavra globalização é recente, sendo utilizada na década de 1990 até os dias de hoje pelas grandes empresas transnacionais que não querem sofrer limitações em suas ações por diversos pontos do globo, dessa forma, a noção de soberania é afetada porque muitos países – especificamente países em desenvolvimento – devem se adaptar ao mercado globalizado. O interesse ao lucro é tão forte que há fragilização dos direitos sociais, pois a globalização é realizada somente no interesse de poucas potências econômicas que passam a agir em todo o planeta tendo em vista as suas conveniências que passam a sobrepor a conveniência dos mais fragilizados.²¹

Eneida Melo Correia Araújo define que a globalização seria um novo sistema econômico que vem substituir a regulação de cada Estado de sua própria economia não favorecendo uma economia livre, pois os mercados nacionais são obrigados a se adaptar ao

20 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 290.

21 MELLO, Celso de Albuquerque. Artigo “Aspectos jurídicos-políticos da globalização”. Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro: Vol.1, n.1. Nov. 1995. p. 7-29.

perfil globalizado, portanto, a autora realiza forte crítica referente ao sistema globalizado no sentido de que o Estado passa a interferir minimamente na atividade econômica e política, com séria ameaça ao exercício da cidadania e da realização dos direitos humanos da população.²² A autora não observa nenhum ponto positivo desse novo sistema econômico que só vem trazer desigualdade fomentada pelos interesses econômicos de uma minoria na sociedade formada por uma elite dominante, pois:

Seus paradigmas mais evidentes são: a concentração de riquezas; a redução nos investimentos educacionais; a diminuição da rede de seguridade social; ausência de emprego; privatização das atividades fundamentais normalmente conferidas ao Estado; declínio de participação democrática dos indivíduos na sociedade e nas decisões do país e restrição da soberania das nações. (Araújo, 2003: 91)

A autora enfatiza que há um processo crescente de investimentos tecnológicos sem igualitário acréscimo de número de empregos, portanto, o avanço da tecnologia tende a eliminar vários postos de trabalho que foram substituídos pela própria tecnologia.²³

Além disso, a crítica referente à globalização é forte no sentido de que este fenômeno visa primariamente o crescimento econômico decorrente de diminuição de direitos sociais. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos²⁴ defende que a globalização almeja uma estabilidade econômica que advém da não observação dos impactos inflacionários nos salários dos trabalhadores impedindo a indexação aos salários com o que se equivale ao custo de vida, ou seja, o salário não acompanha a inflação e os empregados acabam formando uma nova espécie de pobreza globalizada.

22 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Obra citada. p. 90-91.

23 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Obra citada. p. 123.

24 SANTOS, Boaventura de Souza. Os Processos de Globalização. In. Santos, Boaventura de Souza (org.) A globalização e as ciências sociais. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 35.

Carlos Henrique Bezerra Leite salienta que a globalização gera desigualdade que não se encontra apenas entre os Estados ricos e pobres, “*pois a desigualdade existe até mesmo dentro dos Estados*”.²⁵ Boaventura de Souza Santos alega ainda que por causa desse fenômeno mundial, a concentração de riqueza se tornou muito mais comum, sendo que apenas uma pequena parte da população obtém praticamente toda a fortuna de um país aumentando ainda mais a alarmante desigualdade.²⁶

Os historiadores Gislane e Reinaldo Seriacopi apontam que após a queda da União Soviética, o mundo passou a ter uma única superpotência, os Estados Unidos, que não tiveram mais um rival para se opor ao neoliberalismo econômico, o que acabou contribuindo em acelerar o processo de globalização integrando a economia mundial sob o comando das grandes corporações dos países desenvolvidos. Com o fim da Guerra Fria, o planeta havia deixado de ser dividido sob uma ordem bipolar formada pelos socialistas do leste e capitalistas do oeste para serem divididos entre os países desenvolvidos do hemisfério norte e os países pobres e em desenvolvimento do hemisfério sul, pois a desigualdade havia aumentado de forma devastadora, haja vista que dos “*6,3 bilhões dos habitantes da Terra no ano de 2005, quase 5 bilhões (80 por cento) viviam em países da periferia apresentando piores Índices de Desenvolvimento Humano – IDH*”. Entre vários motivos, o grande motivador foi a globalização que não beneficia a todos de forma igualitária.²⁷

Enfim, o direito do trabalho defende a participação do Estado nas relações laborais porque se trata de uma relação demasiadamente desigual entre os empregados e empregadores, todavia, a globalização vem crescendo a cada dia conforme o conceito liberal de que o Estado não deve participar tão ativamente para não afetar a livre iniciativa do mercado. Uma das críticas referentes a globalização é a terceirização que se trata uma

25 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 293.

26 SANTOS, Boaventura de Souza. Obra citada. p. 34.

27 SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. Obra citada. p. 514.

modalidade diferenciada na contratação de serviços que advém de um sistema globalizado gerando críticas muito parecidas com o que se vê acima, pois supostamente beneficiaria apenas o empregador e o sistema empresarial que não se preocuparia com os trabalhadores que passariam a enfrentar novos desafios como a perda da garantia de emprego.

A realidade é que o Brasil está enfrentando uma crise econômica devastadora e a flexibilização e supressão de direitos trabalhistas é uma salvaguarda para a economia do país e é exatamente por isso existe a relevância em debater esses assuntos de forma esclarecedora em toda a sociedade. O presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.429/17 que autoriza a terceirização no país, haja vista que apesar de ser praticada em grande escala ainda faltava de uma norma que a regulasse e isso adveio de uma tentativa de melhorar a economia em proveito das grandes empresas e talvez da sociedade.

1.4 Flexibilização como forma de relativizar as normas trabalhistas

Flexibilização no direito do trabalho significa reconhecer que a sociedade está em constante mudança e que a realidade fática pode ser alterada sempre que possível, dessa forma, o direito por ser uma ciência social deve acompanhar essas transformações para se enquadrar a sociedade. Sergio Pinto Martins enfatiza que “*o direito do trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do direito que vem sendo modificado constantemente para resolver os problemas entre o capital e o trabalho*”.²⁸

Portanto, o direito do trabalho, mais do que qualquer outro ramo da ciência jurídica, sofre influência direta das mudanças e transformações no campo econômico, social e político.²⁹ Devemos recordar que a Consolidação das Leis do Trabalho nasceu na década de 1940 e que desde essa época se passaram quase 80 anos em que a realidade da sociedade brasileira se alterou significativamente, portanto, as normas trabalhistas devem evoluir sem

28 MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. .p.37.

29 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 299.

perder seu preceito fundamental de proteger o empregado de uma relação desigual, dessa forma, a flexibilização tem o intuito de conciliar o direito do trabalho com a realidade preservando a continuidade da empresa e a continuidade do emprego.

Continuar a empresa no sentido de que sem o interesse econômico não há postos de trabalho suficiente para todos e continuar o emprego no sentido de manter a dignidade e sobrevivência da classe trabalhadora. Sociedade empresária e emprego andam lado a lado da mesma forma que a economia e o direito do trabalho, por isso a importância de conciliar essas duas esferas tão próximas e distantes ao mesmo tempo, entretanto, é uma missão praticamente impossível porque o conflito e o litígio sempre existirão dificultando uma solução em que as duas partes fiquem satisfeitas.

Imperioso salientar que dessa flexibilização surge a terceirização, pois a relação de emprego como foi concebida anteriormente permitia apenas duas figuras contratando uma prestação de serviço. Com essa nova forma de contratação, surge uma terceira pessoa nessa relação e com ela surgem inúmeros questionamentos sobre a responsabilidade dos encargos comum ao emprego. Por muito tempo não houve uma lei que regulamentasse a terceirização e para isso foi necessário que o Tribunal Superior do Trabalho elaborasse a súmula nº 331 para que fosse uma forma eficaz de ensejar o fim de inúmeros conflitos que surgiram por causa dessa prática ainda nova no país.

Sergio Pinto Martins enfatiza que a terceirização é uma nova forma de flexibilização laboral, haja vista que “*compatibiliza a eficácia econômica com novos métodos de gestão de mão-de-obra e inovações tecnológicas*”. Conforme o autor, a flexibilização teria surgido na Europa por volta de 1973, em função do choque dos preços do petróleo, dessa forma, nessa época a terceirização se expandiu por todo o mundo fazendo que houvesse o risco de muitos direitos serem perdidos como a carteira assinada e a garantia de emprego, justamente por isso a participação do sindicato de categoria profissional se torna fundamental como forma de adaptar essa nova realidade da terceirização a uma forma que não prejudique os direitos do

trabalhador e dos empregados terceirizados, haja vista, que a flexibilização é uma realidade que pode ser observada em diversas situações, como exemplo: ³⁰

Já se verifica uma série de procedimentos de flexibilização no Direito do Trabalho brasileiro. Poderíamos elencar a subempregada, a locação de mão-de-obra, que pode ser prevista para a vigilância bancária (Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983), o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), o trabalho em domicílio (art. 6º e 83 da CLT), o contrato por prazo determinado (art. 443, § 2º da CLT), o contrato de aprendizagem (Decreto nº 31.546, de 6 de outubro de 1952), o contrato de técnico estrangeiro (Decreto-lei nº 691, de 18 de julho de 1969), o contrato de safra (art. 14 e seu parágrafo único da Lei nº 5.889/73) e o estágio.

Eneida Melo Correia de Araújo defende que a flexibilização é um fenômeno decorrente da globalização surgido na Europa da década de 1980 para se adaptar a economia de mercado advinda do movimento neoliberal que afasta o Estado das relações humanas, principalmente quanto às relações de emprego.³¹ Exatamente por isso, a flexibilização do Direito do Trabalho se tornaria uma nova forma de regulamentação das leis trabalhistas para atender as exigências oriundas da economia.

A autora salienta que ao ser adotado um movimento de flexibilização, é necessário um conjunto normativo de regras jurídicas estatais de medidas proporcionais a salvaguardar o atual estado social da classe trabalhadora, pois existem princípios advindos de uma luta histórica que preservam a liberdade e igualdade. Sendo assim, seria necessário que o direito positivo permitisse *“flexibilizar as normas sem afetar a proteção a vida, a saúde e a dignidade referente a continuidade do salário e a proteção física e moral do trabalhador”*.³²

Para continuar existindo os direitos do trabalhador, a flexibilização deveria ser acompanhada das negociações coletivas por intermédio dos sindicatos de categorias

30 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 37 e 38.

31 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Obra citada. p. 122.

32 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Obra citada. p. 125.

profissionais e econômicas. As negociações coletivas seriam a melhor maneira de ser realizada uma flexibilização atendendo aos interesses de ambas as partes e menos prejuízos a classe trabalhadora, pois conforme o pensamento de Eneida Melo Correia de Araújo:³³

Nas bases dessas negociações também poderiam estar regras provendo novas contratações; mecanismos de compreensão de horas de trabalho; cláusulas sobre as despedidas coletivas; instrumentos que justifiquem as terminações dos contratos; adoção de planos de seguro-desemprego complementar por parte da empresa; maleabilidade no desempenho de funções, entre outras.

Portanto, é facilmente possível concluir que a flexibilização é definida como uma adequação das normas de tutela à realidade social atual, sem que seja destruído todo um sistema de garantias sociais conquistado após muita luta e o melhor caminho para isso seriam as negociações coletivas que são admitidas pela Constituição Federal.

Carlos Henrique Bezerra Leite aduz que a adoção da flexibilização como forma de adaptar as regras trabalhistas “*vem encontrando forte resistência por parte da Justiça do Trabalho, cuja missão continua voltada para os princípios tradicionais do direito do trabalho, que marcam o caráter nitidamente tutelar em prol do trabalhador*”.³⁴ Consequentemente deveria o direito evoluir conciliando a flexibilização com os seus princípios gerais, entretanto, a Constituição Federal de 1988 somente admite três hipóteses excepcionais de flexibilização dos direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva com participação direta do sindicato de categoria profissional.

O artigo 7º, inciso VI da CRFB/88 defende o princípio da irredutibilidade salarial, todavia, aduz que a convenção e o acordo coletivo de trabalho podem prever a diminuição do salário. O artigo 7º, inciso XIII da CRFB/88 disserta que a jornada de trabalho é em 8 horas diárias e 44 horas semanais, mas também salienta a possibilidade da compensação de jornada mediante acordo coletivo. Igualmente, o artigo 7º, inciso XIV da CRFB/88 resguarda que a

33 ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Obra citada. p. 143.

34 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 301.

jornada de trabalho em casos de turno ininterrupto de revezamento é de 6 horas diárias, mas novamente uma exceção seria o acordo coletivo.

À vista disso, a própria norma constitucional permite a flexibilização das normas trabalhistas no sentido de permitir a redução do salário e alteração da jornada de trabalho por meio das negociações coletivas. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas gera a criação de um direito não estatal decorrente das necessidades sociais que vem fazer um balanceamento entre sociedades empresárias e classe de trabalhadores, todavia, a legislação pátria coloca um rol muito pequeno em que a negociação coletiva flexibiliza as normas trabalhistas. Essa situação é boa no sentido de garantir os direitos do trabalhador, mas ruim no sentido que é muito difícil flexibilizar as normas trabalhistas.

Seria uma falácia pensar que a negociação coletiva é o meio eficaz e solucionar todos os conflitos entre a economia e a força de trabalho. A legislação pátria permite a relativização de poucos direitos até mesmo para garantir a saúde e dignidade do trabalhador. A terceirização é um exemplo de flexibilização que não é regulamentado pelos acordos e convenções coletivas, pois é um fenômeno da globalização que vem alcançando todo o mundo que atingirá a nossa realidade quer queira a sociedade ou não.

Negar a terceirização seria um erro porque ela já nos alcança, por isso a luta deveria ser voltada a flexibilização para que esse fenômeno globalizado seja aplicado a nossa realidade sem afetar as garantias fundamentais dos trabalhadores. Seria necessário flexibilizar a terceirização para que seja benéfica para ambos os lados, entretanto, como a relação de emprego é desigual, provavelmente seria muito difícil aplicá-la de forma igualitária entre as sociedades empresárias sem a presença dos sindicatos e das centrais sindicais que lutam pelos direitos da classe trabalhadora.

2. INTRODUZINDO A TERCEIRIZAÇÃO

2.1. Histórico da terceirização e seu surgimento no Brasil

Novamente, cabe ser salientado que a terceirização surge de um sistema econômico globalizado que tem o intuito de unificar a forma de produção de bens e consumo em todo o mundo. A terceirização é um fenômeno que atinge a vida de milhares de pessoas em todas as esferas da sociedade, por isso é necessário debater esse assunto desde o início.

Carlos Henrique Bezerra Leite salienta que por ser a competitividade a palavra de ordem da globalização, diversas empresas passaram a ver a terceirização como única forma de reduzir custos referentes a encargos sociais objetivando, dessa forma, diminuir o número de empregados e contar cada vez mais com colaboradores autônomos e empresários.³⁵

Sergio Pinto Martins defende que a terceirização surge “*quando há desemprego na sociedade e quando acontece uma crise econômica*”, em que é necessário que os empresários diminuam os seus custos. Além disso, o autor aponta que a terceirização poderia ter nascido no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda, portanto, delegaram serviço a terceiros que seriam contratados para dar suporte ao aumento da produção os armamentos que seriam utilizadas durante o combate, ou seja, seria a primeira vez que o empregado seria um terceiro entre um acordo comercial entre duas sociedades empresárias.³⁶

Ao debater como surgiu a terceirização, é necessário ter em mente que o seu conceito está intimamente ligado ao trabalho temporário. Sergio Pinto Martins³⁷ relata que a primeira

35 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 301-302.

36 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 16.

37 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 17

empresa de trabalho temporário foi a Man Power que surgiu nos Estados Unidos quando o advogado Winters se viu obrigado a apresentar um recurso de 120 laudas datilografadas à Suprema Corte, mas sua secretária havia adoecido, portanto, acabou contratando Mary que havia sido indicada por um amigo. Importa ser enfatizado que Mary era casada e se dedicava ao lar, mas poderia querer um dinheiro extra e exatamente por isso realizou o serviço datilografando as 120 laudas, assim, o recurso foi apresentado ao tribunal tempestivamente.

Com o ocorrido, o advogado Winters percebeu que muitas pessoas poderiam ter o mesmo problema e vislumbrando que poderia ser lucrativo, fundou a Man Power visando trabalhos inesperados e de curta duração. Essa foi a primeira empresa destinada a oferecer trabalho temporário e talvez a primeira que colocou o empregado como um terceiro entre um contrato comercial entre duas pessoas jurídicas.

Portanto, pode ser considerado que esse foi o início da terceirização, pois a empresa especializada em oferecer trabalho temporário também reafirma o empregado como um terceiro numa relação entre duas sociedades empresárias. No Brasil, o trabalho temporário foi regulado pela Lei nº. 6019/74 e indiretamente essa é a primeira lei que regulou a terceirização, no entanto, deve ser lembrado que a terceirização chegou ao Brasil por multinacionais estrangeiras da indústria automobilística na década de 1950, assim, contratavam a prestação de serviço de terceiros para a produção de componentes do automóvel reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo a montagem final do veículo. Sergio Pinto Martins aponta que as peças do automóvel são todas fabricadas por terceiros cabendo a indústria montar o veículo, o que seria a terceirização de atividade-fim da empresa “*que ninguém disse até hoje que é ilícita*”.³⁸

Além disso, anteriormente a Lei do Trabalho Temporário, a terceirização já era permitida no sentido de que os Decretos-lei nº 1.212/66 e nº 1.216/66 permitiram que os

38 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 24. O autor aponta que a terceirização de atividade fim existe desde meados de 1950 na indústria automobilística, mas ninguém defende que essa prática é ilícita, muito pelo contrário, aliás, por existir a mais de 60 anos, essa prática já é aceita na sociedade.

bancos pudessem dispor de serviço de vigilância prestado por empresas particulares, gerando a prestação de serviços por empresas de segurança bancária. Posteriormente, surgiu a Lei nº 7.102/1983 que tratou da segurança nos estabelecimentos financeiros permitindo a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores por empresa interposta.

Obviamente, a ascensão da terceirização no Brasil surgiu com o serviço de vigilância nas instituições financeiras. Também no serviço de limpeza, pois essas duas atividades são atividades-meio que nada tem haver com o objetivo principal da atividade empresária. Dessa forma, a terceirização alcançou o Brasil tendo a ausência de uma lei que se dedicasse exclusivamente a ela, o que gerou a necessidade da jurisprudência resolver conflitos que surgiram nesse tempo ensejando a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

A Lei nº 13.429/2017 foi sancionada pelo presidente Michel Temer finalmente regulamentando a terceirização, todavia, foi omissa em relação a sua atuação na administração pública e também em diferenciar atividade-meio e atividade-fim, o que ocasionou diversas correntes e posições que não se coadunam. O curioso é que apesar do texto da referida norma não definir se é permitida a terceirização na atividade final das sociedades empresárias, o Portal do Palácio do Planalto,³⁹ ao noticiar que o presidente sancionou a nova lei, afirmou que *“as empresas poderão contratar trabalhadores terceirizados para exercerem cargos na atividade fim, que é as principais funções da empresa”*, o que demonstra que essa é a intenção do Poder Executivo.

2.2. Conceito e natureza jurídica da terceirização

Terceirização é uma palavra nova na língua portuguesa, portanto seria um neologismo que teria alcançado força por causa das transformações decorrentes das relações empresariais. O fato é que a terceirização acontece quando uma sociedade empresária contrata serviços de outra sociedade para a realização de suas atividades que não são vinculadas ao seu objetivo

39 PLANALTO. “Presidente Temer Sanciona Lei da Terceirização”. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/03/presidente-temer-sanciona-parcialmente-lei-da-terceirizacao>. Acesso em: 17/05/2017.

principal, como exemplo, há o serviço de vigilância e faxina que apesar de serem importantes para o funcionamento da atividade empresarial quase nunca são ligados ao seu objetivo final.

Sergio Pinto Martins aponta que alguns autores utilizam o termo terceirização porque o setor terciário na atividade produtiva seria o setor de serviços. Além disso, a terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas, portanto, no caso atual, o terceiro seria o empregado em meio à relação contratual entre duas sociedades empresárias.⁴⁰ Carlos Henrique Bezerra Leite define a terceirização como um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e dilatar a sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente por seus empregados.⁴¹

Importa salientar que ainda existe o termo quarteirização, ou terceirização gerenciada, que acontece quando uma empresa especializada se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas. Essa sociedade empresária especializada gerencia os fornecedores da sociedade prestadora de serviços pelo fato de haver muita demanda. A quarteirização ainda não é muito comum no Brasil, mas há posicionamento que com o advento da Lei nº 13.429/2017, sua prática estaria legitimada.

Importante enfatizar que muitas sociedades empresárias e organizações econômicas observam a terceirização como um resultado de um crescimento e desenvolvimento de suas áreas estratégicas e operacionais, dessa forma, é buscado eficiência, redução de custos, geração de valor e otimização do tempo para melhorar a qualidade do serviço. Adriana Giovanela e Suzan Mara Haerthel apontam que a terceirização “*é uma técnica administrativa que busca novas parcerias criando uma visão empresarial moderna*” em que as sociedades empresárias se preocupariam mais “*com a competitividade, agilidade da decisão, eficiência e*

40 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 19.

41 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 303.

eficácia, o que acaba resultando na permanência de clientes e consumidores”. Esse seria um dos pontos positivos da terceirização.⁴²

Portanto, a terceirização tem como objetivo trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à atividade empresarial. Também pode ser salientada a redução de custos, pois a sociedade empresária ao contratar outra empresa prestadora de serviço para a realização de determinada atividade-meio, acaba reduzindo as despesas com os encargos trabalhistas que pertencem somente à sociedade prestadora de serviços.

A procuradora federal Carla Izolda Fiuza Costa Marshall define a terceirização como uma relação triangular, pois há três envolvidos alterando o conceito clássico de relação de emprego que havia apenas dois envolvidos, pois isso a terceirização acabaria variando os elementos da relação de emprego como a subordinação. A autora aponta a dificuldade para reconhecer quem é o verdadeiro empregador, pois apesar das poucas normas sobre o tema apontarem como sendo a empresa prestadora de serviço, há o caso de fraude e simulação, em que o verdadeiro empregador é o tomador de serviço, haja vista que ele exerce a subordinação direta sobre o empregado, assim, nascem muitos litígios sobre o tema.⁴³

Quando se fala em terceirização, deve ser observado que há dois contratos a serem realizados. O primeiro é o contrato de trabalho entre a empresa prestadora de serviço (empregadora) e o empregado. O segundo contrato é entre a empresa prestadora e a tomadora de serviço, em que ambas as partes possuem direitos e obrigações nos moldes do Direito Civil, o que faz reforçar que o tomador de serviço não possui vínculo algum com trabalhador,

42 GIOVANELA, Adriana; HAERTHEL, Suzan Mara. Artigo: “*Terceirização: Vantagens e Desvantagens. Percepção dos colaboradores e gestores na empresa de tecnologia de informação (TI)*”. Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.3, n.4, p. 488-511, Sem II 2009. Temática TCC.

43 MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Artigo “*Serviço Público: Terceirizar ou não?*”. Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro: Vol.1, n.1. Nov. 1995. p. 83-94.

porém, a Lei nº 13.429/2017 e a jurisprudência define que sua responsabilidade pelas verbas trabalhistas é subsidiária, o que dá mais segurança aos empregados.⁴⁴

Consequentemente, a natureza jurídica da terceirização é contratual, porque ela acontece por meio de um contrato de prestação de serviços terceirizados em que uma das partes é uma pessoa jurídica de direito privado que fornece serviços a outros. No âmbito da Administração Pública o contrato estabelecido entre ela e a empresa privada é um contrato administrativo advindo de um processo licitatório, portanto, o contrato será uma concessão ou permissão.

44 MARSHALL, Carla Izolda Fiuza. Obra citada. p. 86.

3. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

3.1. A terceirização como melhoria para a sociedade

Sergio Pinto Martins demonstra que a terceirização pode ser vista como otimização do empreendimento, pois assim a sociedade empresária realiza apenas atividades referentes à sua especialidade não precisando se dedicar a outras atividades intermediárias. Para o autor, isso é maravilhoso para o mundo empresarial, haja vista que não é necessário muito capital para ser iniciada uma atividade empresária, assim, pode ser apontado que acabaria melhorando a forma de empreender no país permitindo a possibilidade que muitos se tornem empresário e empreendedores, o que ocasionaria uma melhora de vida para todos, haja vista que mais empresas significam mais empregos e postos de trabalho.⁴⁵

Além disso, o autor vislumbra que existem outras vantagens não só ao empregador como também a toda a sociedade, pois a terceirização permite que determinadas empresas se especializem numa determinada atividade que não seria feita de forma geral por uma só sociedade empresária, dessa forma, existiria a vantagem que os produtos e serviços vendidos estariam em melhor qualidade, pois existiria melhor qualidade até mesmo dentro das empresas, melhorando a oferta e a procura. Isso é um benefício ao consumidor.

O fato é que Sérgio Pinto Martins demonstra ser muito otimista com o advento da terceirização nas relações de emprego e acaba caindo num paradoxo porque ele reconhece que é do interesse dos administradores acolherem essa nova forma de contratação de empregados para diminuir os encargos trabalhistas e previdenciários,⁴⁶ todavia, o autor enfatiza que isso gera desburocratização na estrutura organizacional da empresa trazendo benefícios para incrementar a produtividade melhorando a qualidade do produto ofertado ao consumidor e

45 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 42.

46 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 42.

também melhora nas condições laborais e ambientais, pois reduziria o número de pessoas no mesmo local reduzindo acidentes de trabalho, assim, protegendo ainda mais o trabalhador.

Outra vantagem é que aumentaria o número de arrecadação de impostos como o ISS (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza), ou seja, a terceirização poderia trazer vantagens ao próprio governo que veria aumento em suas receitas, porém, o melhor argumento é que a terceirização traria emprego e isso é muito importante numa sociedade que vem enfrentando o desemprego como obstáculo a qualidade de vida, portanto, esse fenômeno advindo de um mundo globalizado traria vantagem para o mundo empresarial e para os trabalhadores, pois é do pensamento de Sergio Pinto Martins que:⁴⁷

Na verdade, os empresários pretendem, na maioria dos casos, a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, com a utilização da terceirização, podendo ocasionar desemprego no setor, mas não é essa a causa preponderante do desemprego. Existem notícias de que para cada emprego perdido na empresa há criação de três novos na atividade terceirizada. Proporciona, também, a terceirização a possibilidade de o funcionário trabalhar por conta própria, passando a realizar o sonho do negócio próprio e de ser patrão. Incrementa ainda, a produtividade e a qualidade na produção, originando competitividade no mercado, o que pode baratear o preço dos produtos. (MARTINS, 2000: 24)

Sergio Pinto Martins apresenta uma vantagem ao trabalhador muito interessante que é a implementação do sonho de adquirir e trabalhar em seu próprio negócio, inclusive conta um caso em particular em que era advogado de um banco, mas havia sido demitido, todavia, em pouco lapso de tempo passou a prestar serviços jurídicos para a mesma instituição como advogado autônomo. O autor ainda disserta que muitos ex-empregados não querem voltar a serem empregados, preferem montar o próprio negócio para se tornar patrão.⁴⁸

47 MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 4ª edição. São Paulo: Atlas. p. 43.

48 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 24

Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz⁴⁹ define que a terceirização gera desburocratização; alivia a estrutura organizacional; proporciona melhor qualidade na prestação de serviços, contribuindo para a melhoria do produto final; produz mais especialização na prestação de serviços; proporciona maior eficácia empresarial; aumenta a flexibilidade nas empresas; proporciona mais agilidade decisória e administrativa; e simplifica a organização; incrementa a produtividade. O autor só demonstra vantagens as sociedades empresárias porque é especialista em administração de empresas.

Adriana Giovanela e Susan Mara Haerthel⁵⁰ são professoras e estudiosas em administração de empresas, portanto, realizaram uma pesquisa empírica observando como o fenômeno da terceirização era aplicado numa grande atividade empresarial, sendo o objeto da pesquisa a sociedade empresarial Tecnologia de Informação (TI), especializada em fornecimento de serviços. As autoras afirmaram que se tratava de uma grande empresa que continha mais de 11 mil funcionários, 2.400 clientes, um faturamento de US\$ 650 milhões no ano de 2008 e com duas bases instaladas, sendo uma nos Estados Unidos e outra no México, porém, uma de suas filias se encontra na cidade de Gaspar, em Santa Catarina, que possuía 115 funcionários. Foi justamente nessa unidade que se passou a pesquisa que concluiu que 52% dos empregados consideravam a terceirização boa e 23% a avaliaram como regular, além disso, 13% dos empregados a analisavam ótima e apenas 12 % a consideraram de forma ruim ou péssima. Outra conclusão foi que 65% dos empregados pensavam que a terceirização trazia mais vantagens e somente 34% a viam como uma prejudicial. Com isso, a avaliação foi que os empregados viam a terceirização de forma positiva porque trazia maiores oportunidades de trabalho e emprego.

3.2. Terceirização como prejudicial aos trabalhadores

49 QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. Manual de Terceirização: Onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação de projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo: STS, 1998. p. 50

50 GIOVANELA, Adriana; HAERTHEL, Suzan Mara. Artigo: “Terceirização: Vantagens e Desvantagens. Percepção dos colaboradores e gestores na empresa de tecnologia de informação (TI)”. Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.3, n.4, p. 488-511, Sem II 2009. Temática TCC.

Sergio Pinto Martins demonstra muitas vantagens que a terceirização pode trazer a sociedade, mas também apresenta fatores que podem prejudicar o trabalhador que “*perderia os benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria*”, até mesmo porque essa nova forma de contratação poderia ensejar a contratação de empregados por salários inferiores, haja vista que num país de desempregados é muito fácil alguém se sujeitar a salários baixos, aceitando trabalho precário e em tempo parcial.⁵¹

Também aponta Sergio Pinto Martins existe o risco da sociedade empresária “*contratar uma empresa terceirizada que não tem idoneidade financeira*”, ou seja, sem condições de cumprir os encargos trabalhistas por não ter suporte financeiro para isso. Tal situação ensejou muitos questionamentos a respeito da responsabilidade do tomador de serviços na relação de emprego e hoje existe a conclusão que sua responsabilidade é subsidiária.

Outra problemática a ser discutida se refere aos sindicatos de categoria profissionais que não são simpatizantes da terceirização, muito provavelmente porque pode provocar a perda de suas receitas baseadas na contribuição sindical, haja vista que ocorre uma desagregação dos filiados da categoria, todavia, essa crítica é solucionada com o fato que os empregados terceirizados podem ser realocados a outro sindicato que poderá formar uma nova categoria, assim, a proteção que a força sindical confere aos trabalhadores não se extinguirá por causa da terceirização. Inclusive podem surgir novos sindicatos de categoria econômica formado por sociedades terceirizadas demonstrando que o ocorre realmente é uma realocação de mão-de-obra e recursos e não a supressão de uma categoria.

O problema é que o próprio sentido de “classe” é alterado com a terceirização e os sindicatos têm a perder porque dentro de uma atividade empresarial podem existir diversas classes que não coadunam porque existirão aqueles que são contratados pelas próprias empresas tomadoras e outros contratados por diversas empresas prestadoras. O fato é que a

51 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 44.

força sindical quase se tornará inexistente com a terceirização porque os trabalhadores se dividirão em vários grupos que poderão se rivalizar entre si.

Valdete Souto Severo⁵² define a terceirização como “*uma técnica empresarial que promove o enxugamento da empresa, através do repasse de parte das atividades*”, dessa forma, a terceirização apenas mascara o vínculo de emprego que continua o mesmo, haja vista, que o tomador de serviços é o verdadeiro empregador. A autora demonstra que é comum que os empregados terceirizados sejam contratados sucessivamente por várias prestadoras de serviços e que isso acarreta em ausência de férias. Também enfatiza a autora que remuneração costuma voltar ao estágio inicial porque quando termina o contrato com uma prestadora se inicia outro que maliciosamente não tem nada haver com o primeiro, mesmo que o empregado continue na mesma atividade que era realizada anteriormente.

A autora aponta que a terceirização já acontece na atividade-fim da empresa e que o discurso afirmando que a terceirização na atividade-meio não é prejudicial é falacioso, pois ainda assim é uma situação nociva e precarizante porque quebra a noção de relação de trabalho que a Constituição Federal e a CLT defendem, haja vista que deveria ser uma relação jurídica entre duas partes. Portanto, a terceirização seria uma fraude porque contrata pessoas como se fosse empresa, o que traz consequências desastrosas como a escravidão, ou o trabalho análogo ao escravo, até mesmo porque a terceirização está vinculada às piores condições de trabalho que acarretam até a morte.⁵³

52 SEVERO, Valdete Souto. “Terceirização: O perverso discurso do mal-menor”. Disponível em: <file:///C:/Users/joaor/Desktop/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>. Acesso em: 15/05/2017. página 3.

53 SEVERO, Valdete Souto. “Terceirização: O perverso discurso do mal-menor”. Disponível em: <file:///C:/Users/joaor/Desktop/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>. Acesso em: 15/05/2017. página 12. Como forma de corroborar a ideia que a terceirização induz a escravidão, a autora dá o exemplo do que ocorreu em 2013, quando três fábricas de uma loja de roupas femininas foram surpreendidas mantendo cativos trabalhadores bolivianos. A diretora da empresa havia assumido a responsabilidade pelo caso, fazendo registro e regularizando o pagamento de encargos de todos os trabalhadores. Ao regularizar os trabalhadores, a empresa fez questão de esclarecer que não sabia o que estava ocorrendo porque tratavam-se de trabalhadores quarteirizados.

É do pensamento de Valdete Souto Severo que:⁵⁴

A relação entre acidentes e doenças do trabalho e a “técnica da terceirização” vem demonstrada em inúmeras pesquisas. No setor elétrico, o número de mortes dos trabalhadores que perderam a vida em serviço revela a perversidade da terceirização. Em 2013, 79 trabalhadores morreram durante atividades no exercício de seus trabalhos. Desses, 61 eram terceirizados. Na construção civil, de um total de 135 trabalhadores mortos em acidentes de trabalho, 75 eram terceirizados. Nas áreas de terraplenagem, ocorrem 19 mortes, das quais 18 eram terceirizados. Nos serviços especializados, 30 em 34 óbitos envolveram terceirizados.

Além disso, a autora ainda demonstra que a terceirização implica na redução de salários e precariedade de vínculo de emprego porque os contratos tendem a serem mais curtos, o que fomenta a rotatividade no trabalho. Deve-se lembrar que a terceirização é baseada em dois contratos, sendo o primeiro trabalhista e o segundo um contrato comercial (no âmbito privado) ou administrativo (na Administração Pública), ora, essa última modalidade tem prazo certo para terminar e apesar da possibilidade da prorrogação, ainda assim trata-se de negócio jurídico a termo, ou seja, na maioria dos casos quando o contrato estabelecido entre as empresas termina, o contrato de trabalho tende a terminar junto, haja vista, que pelo fato do tempo de serviço ter sido curto, não é dispendioso ao empregador demitir alguém sem justa causa, pois as verbas rescisórias referentes as férias, décimo terceiro salário e multa de 40% de FGTS só tornam-se uma quantia alta e vantajada quando o empregado trabalha por muitos anos na empresa. Quem sofreria era a Seguridade Social porque o número de seguro-desemprego tende a aumentar.

54 SEVERO, Valdete Souto. Obra citada. p. 14

4. DOS CONFLITOS EXISTENTES POR CAUSA DA TERCEIRIZAÇÃO

4.1. Súmula 331 do TST e a Lei nº 13.429/2017

Por muito tempo não houve uma lei que se dedicasse exclusivamente a terceirização. Até existiam dispositivos legais que tratavam o tema de forma indireta como a Lei nº 7.102/83 que permitia a prestação de serviço de vigilantes por meio de empresas interpostas e também a Lei nº 6.019/74 que tratava de mesmo modo o trabalho temporário, porém, até pouco tempo não houve uma lei que proibisse ou permitisse a terceirização nas outras atividades que não estavam amparadas por uma legislação

Portanto, nunca houve uma lei que realmente proibisse a terceirização, por isso essa nova forma de contratação se realizou e se alastrou pela nossa realidade e se tornou um fenômeno que é utilizado em grande escala por diversas sociedades empresárias pelo país, porém, esse assunto já foi debatido diversas vezes no Tribunal Superior do Trabalho que chegou a publicar a Súmula 256 defendendo que “*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*”, ou seja, a terceirização seria aplicada excepcionalmente nas atividades que eram permitidas por lei.

O objetivo da referida jurisprudência foi condenar a locação permanente de mão-de-obra, em desrespeito a lei, como ocorre com contrato celebrado com empresa de trabalho temporário além do tempo permitido por lei, que na época era de três meses, porém, ao observar a Súmula 256 do TST é perceptível que ela não poderia ser seguida a risca, pois violava o princípio da legalidade e da livre iniciativa.

O princípio da legalidade é previsto no art. 5º, inciso II da CRFB/88 que define que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, ora, as súmulas do TST não têm efeito vinculante, ou seja, não tem força de lei, portanto, não

poderia o Tribunal Superior do Trabalho proibir a terceirização porque não cabe ao Poder Judiciário proibir que alguém deixe de fazer algo, a isso cabe ao Poder Legislativo.

Sergio Pinto Martins recorda que uma das referências para a edição da referida súmula foi a Convenção Internacional nº 122 da OIT (Decreto-lei nº 66.499/70) que trata da política de emprego, todavia, não trata de terceirização e nada veda sobre o assunto, conseqüentemente, a súmula 256 não teria base legal e seria originada erroneamente com base na violação ao princípio da legalidade.⁵⁵

Além disso, a Súmula 256 também violaria o princípio da livre iniciativa que está previsto no art. 1º, inciso IV e art. 170 da Constituição Federal de 1988 como um princípio fundamental que visa incentivar a exploração da atividade empresarial pelos particulares sem a interferência abusiva do Estado, portanto, à primeira vista, todas as atividades empresariais são lícitas, não dependendo de autorização dos órgãos públicos, desde que cumpridas as formalidades legais.⁵⁶

Isso quer dizer que não cabe ao Tribunal Superior do Trabalho proibir a terceirização, pois quem tem competência para isso é o Poder Legislativo, dessa forma, pela ausência de uma lei que seguisse esse entendimento, a terceirização cresceu de forma vertiginosa criando inúmeros conflitos entre empregados e empregadores. Para solucioná-los foi necessário que o TST publicasse outra súmula consolidando a interpretação desse órgão em diversos pontos.

A Súmula 331 do TST foi aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993, tendo sido publicada no Diário da Justiça da União de 21 de dezembro de 1993. Ela veio para revisar a Súmula 256 que deixou de ser válida pelo novo dispositivo que trouxe profunda interpretação sobre o tema da terceirização como a definição de qual tipo de

55 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 106.

56 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 109.

atividade seria permitida a nova forma de contratação e também qual seria a responsabilidade do tomador de serviços.

Eis a Súmula 331 como foi publicada:

Contrato de prestações e serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

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 3-1-74);

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 Constituição da República);

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta;

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

A Súmula nº 331 do TST foi de suma importância para pacificar a interpretação a diversos temas específicos da terceirização. Carlos Henrique Bezerra Leite aponta no sentido que o posicionamento do TST continuou no sentido que a terceirização continuou ilegal no Brasil,⁵⁷ mas fez ressalvas em relação a diferenciar atividade-meio que passou a ser permitida e atividade-fim que continuou a ser abolida, dessa forma, continuou sendo permitida a terceirização no trabalho temporário e no serviço de vigilância, mas também nos serviços de limpeza e qualquer outro serviço especializado que não esteja ligado ao objetivo final do tomador, contando que não haja a subordinação direta deste para com o empregado.

Outro ponto importante foi a consolidação interpretativa no sentido de que a terceirização não gera vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional porque o art. 37, inciso II da CRFB/88 exige aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, entretanto, não tratou da sua

57 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 308.

responsabilidade em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas porque a Súmula 331 não foi clara se era possível ou não haver terceirização nesses casos.

Quanto a responsabilidade do tomador de serviços, a Súmula 331 havia estipulado que seria subsidiária em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, o que deu mais segurança aos empregados terceirizados, todavia, como aduzido anteriormente, não tratava da responsabilidade dos órgãos da Administração Pública e por isso, no ano de 2011, após a Ação Direta de Constitucionalidade 16, a Súmula 331 do TST passou por uma revisão dilatando o seu conteúdo.

Eis a nova redação da Súmula 331 do TST:

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, com a nova redação, a interpretação ficou pacificada no sentido que é sim permitida a terceirização nas atividades-meio dos órgãos da Administração Pública sem que isso leve ao vínculo de emprego, haja vista a ausência de concurso público, porém, a sua

responsabilidade é subsidiária somente quando há comprovada culpa que nasce principalmente pela ausência de fiscalização e violação as normas da Lei nº 8.666/93 que especifica as obrigações do Estado nos contratos que realiza. Essa alteração também trouxe a consolidação da interpretação no sentido que a responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas trabalhistas no período da prestação laboral.

Guilherme Krueger evidencia que a terceirização é um assunto que está longe de ser pacificado e mesmo as jurisprudências do TST não foram suficientes para consolidar uma interpretação pacificada.⁵⁸ Isso se dava por causa da ausência de um dispositivo legal que estabelecesse critérios genéricos de identificação da atividade-meio da tomadora de serviços, haja vista que toda atividade é importante para o funcionamento da empresa, por exemplo, um hospital jamais funcionaria sem uma faxineira ou recepcionista. Importa recordar que o autor afirmou dessa forma anteriormente a publicação da Lei nº 13.429/17, no entanto, nem mesmo a lei foi capaz de pacificar o assunto.

Obviamente, foi da intenção do Congresso Nacional e do Presidente da República possibilitar que a terceirização atingisse a atividade-fim das sociedades empresárias, aumentando os efeitos da terceirização em diversas esferas, porém, o texto é bastante genérico afirmando apenas que essa nova forma de contratação de serviços é válida, o que pode surgir inúmeras interpretações quanto ao tema.

A Lei nº 13.429/17 trata de dois temas muito importantes, sendo o primeiro o trabalho temporário, assim, a referida lei dilatou o prazo do contrato de trabalho temporário que antes era apenas em 90 dias para 180 dias. Queria o Congresso Nacional que o contrato fosse prorrogado até 270 dias por meio de negociação coletiva, no entanto, o Presidente da República vetou essa determinação da lei.

O segundo ponto da Lei nº 13.429/17 se refere à terceirização e veio com a intenção de tão somente legitimar uma prática que já era realizada há muitos anos, mas sofria com a

⁵⁸ KRUEGER, Guilherme. *Cooperativa de Trabalho na Terceirização*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 288.

ausência de uma lei que a legitimasse. O jornalista Gustavo Uribe Bruno Boghossian⁵⁹ afirmou que o Presidente da República queria sancionar a lei no dia 12 de abril, em um evento no Palácio do Planalto com a presença de parlamentares e empresários, mas foi aconselhado a antecipar o dia para dia 31 de março, assim, haveria menos retaliações quando fosse votada a reforma da previdência e a reforma trabalhista que possuem críticas em diversos setores da sociedade que enxergam as mudanças das leis trabalhistas como meio de beneficiar os grandes empresários em prejuízo dos trabalhadores.

A Lei nº 13.429/17 altera dispositivos da Lei nº 6.019/74 (Trabalho Temporário) que com a publicação da nova norma legislativa, também passa a tratar da terceirização, pois o art. 2º da Lei nº 13.429/17 acrescenta vários artigos a antiga lei apenas sobre esse novo tema, dessa forma, a Lei do Trabalho Temporário passou a ter os artigos 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C que versam tão somente sobre a terceirização.

Enfim, o artigo 4º-A da Lei nº 6.019/74 define que a empresa prestadora de serviços é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar a terceiros serviços determinados e específicos, portanto, é inegável que a empresa prestadora deve ser uma pessoa jurídica e jamais pessoa física. O parágrafo primeiro do artigo 4º-A permite e legitima a terceirização porque defende que a empresa prestadora de serviços pode subcontratar outras empresas para realizar os serviços a que se propôs. O parágrafo segundo do artigo 4º-A reforça a ideia que a terceirização não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços.

O artigo 4º-B da Lei nº 6.019/74 exemplifica quais são os requisitos da empresa prestadora de serviços. É necessário que possuam Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), registro na Junta Comercial e capital social compatível com o número de empregados nos seguintes parâmetros: Empresas com até dez empregados devem ter capital mínimo de R\$ 10.000,00; empresas com mais de dez e até vinte empregados devem ter capital mínimo de R\$ 25.000,00; empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados devem ter capital mínimo

59 BOGHOSSIAN, Gustavo Uribe Bruno. “Temer Sanciona Lei de Terceirização com Pouca Proteção ao Trabalhador”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1871722-para-evitar-retaliacoes-temer-sanciona-proposta-que-regulamenta-a-terceirizacao.shtml>. Acesso em: 15/05/2017.

de R\$ 45.000,00; empresas com mais de cinquenta e até cem empregados devem ter capital mínimo de R\$ 100.000,00; e empresas com mais de cem empregados devem ter capital mínimo de R\$ 250.000,00. Enfim, essa determinação é importante para garantir que a sociedade empresária prestadora de serviços tenha capital suficiente a quitar os encargos trabalhistas, portanto, é uma tentativa de evitar a sua inadimplência nas obrigações com os seus empregados e trabalhadores.

O artigo 5º-A da Lei nº 6.019/74 é destinado a conceituar o tomador de serviço. Dessa forma, seria ele é a “*pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos*”. O parágrafo primeiro do artigo 5º-A defende que é proibido que o empregado terceirizado exerça outra função da qual foi contratado; o parágrafo segundo define que o trabalho pode ser exercido no estabelecimento do tomador, ou em outro lugar se houver conformidade entre as partes; o parágrafo terceiro sintetiza que é responsabilidade do tomador garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato; o parágrafo quarto defende que é facultativo ao tomador estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado; e o parágrafo quinto defende que a responsabilidade do tomador de serviço é subsidiária, ou seja, ele só deveria pagar os encargos trabalhistas se a empresa prestadora fosse insolvente ou falisse.

O art. 5º-B da Lei nº 6.019/74 especifica como será o contrato de prestação de serviços terceirizados que deverá conter a qualificação das partes, especificação dos serviços que serão prestados, prazo para a realização do serviço, quando for o caso e o valor do contrato. O art. 19-A defende que o descumprimento das referidas normas sujeita a lei infratora acarreta multa conforme a Consolidação das Leis do Trabalho. O art. 19-B enfatiza que essas normas não são aplicadas aos serviços de vigilância porque tem lei própria (Lei nº 7.102/83) e o art. 19-C determina que os contratos em vigência poderão ser adequados aos termos da nova lei.

Enfim, a Lei nº 13.429/17 é objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão sendo tramitadas no Supremo Tribunal Federal. Uma delas foi proposta pelo partido

político Rede Sustentabilidade (REDE), outra pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e a última pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Todas elas questionam uma terceirização sem limites que viola o princípio da dignidade da pessoa humana defendido pela Constituição Federal e a própria relação de emprego que é defendida como um direito e garantia fundamental. Seja qual for a decisão do Supremo nessas ações, a sua interpretação será importante para suprimir a insegurança jurídica que vem acontecendo, pois existem muitos pontos que não tem um entendimento consolidado, portanto os litígios que forem ao judiciário podem ser alvo de diversas sentenças que não se coadunam.

4.2. Terceirização lícita e ilícita

Sergio Pinto Martins defende que a terceirização lícita ou legal é aquela que observa os preceitos da legislação trabalhista não pretendendo fraudá-la corrompendo a relação de emprego, portanto, a terceirização ilícita ou ilegal se refere a locação de mão-de-obra que dão ensejo a fraudes e prejuízos aos trabalhadores.⁶⁰ Carlos Henrique Bezerra Leite defende que quando for constatada a terceirização lícita, o vínculo de emprego acontece com a empresa tomadora de serviços que é o empregador dissimulado.⁶¹

Antes da Lei nº 3.429/2017, era o entendimento que a terceirização seria lícita em casos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74); o serviço de vigilância (Lei nº 7.102/83); os serviços de conservação e limpeza e demais atividades-meio que não se confundam com o objetivo principal da atividade empresarial (Inciso III da Súmula 331 do TST); a prestação de serviços (art. 593 e seguintes do Código Civil); a empreitada (art. 610 e seguintes do Código Civil); e o estágio como forma de complementação de ensino (Lei nº 11.788/08). Após a Lei nº 3.429/2017, existe o entendimento que é lícito a terceirização em qualquer atividade da empresa tomadora de serviço, mas isso é questionável.

60 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 139.

61 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 220.

Para estudar a história da terceirização no Brasil, foi importante saber diferença atividade-meio e atividade-fim, portanto, a Súmula 282 do Tribunal Superior do Trabalho foi importante em admitir indiretamente como lícita a prestação de serviços médicos por empresa conveniada porque tem a seguinte redação: “*ao serviço médico da empresa ou ao mantido por esta última mediante convênio compete abonar os primeiros 15 (quinze) dias de ausência ao trabalho*”. Com essa interpretação, estaria pacificado que é permitido terceirizar serviços médicos e ambulatoriais, mesmo sendo atividade-fim de serviço de saúde.

Um dos requisitos para que a terceirização seja considerada lícita é a necessidade que a remuneração do empregado seja condizente com o trabalho a ser exercido, pois o item II do Enunciado nº 16 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho aconselha que “*os empregados da empresa prestadora de serviço, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercem função similar*”, dessa forma, é buscado evitar desigualdades no ambiente de trabalho, porém, a referida jornada é um entendimento da doutrina e não tem força de lei.

Para que a terceirização seja lícita, a subordinação direta deve ser exercida pela empresa prestadora, pois a relação de emprego acontece tão somente entre ela e o empregado. Não deverá o tomador de serviços e nem seus empregados e prepostos exercerem a subordinação sobre o terceirizado, entretanto, Sergio Pinto Martins⁶² ressalva a diferenciação entre a subordinação jurídica e técnica. A subordinação jurídica ocorre somente com a empresa prestadora (empregador aparente) e a subordinação técnica ocorre com o tomador de serviço (empregador oculto) que deverá dar ordens de como o serviço deve ser prestado, ou seja, a ordem técnica deveria ser exercida pelo tomador de serviço porque o ambiente de trabalho se dá em seu estabelecimento. Com isso, concluímos que é da competência da empresa prestadora de serviço admitir, demitir, controlar a frequência, dar suspensão e advertência em determinados casos se for necessário, mas é da competência do tomador de serviço dar as ordens referentes a realização do trabalho, pois é em seu estabelecimento que ele se realizará.

62 MARTINS, Sergio Pinto. Obra Citada. p. 140.

A terceirização ilícita é baseada na fraude, quando o empregador utiliza dessa forma de contratação para reduzir os encargos trabalhistas. Obviamente seria fraudulento a demissão proposta por uma sociedade empresária para contratar seus empregados novamente de forma terceirizada, ou que uma empresa terceirizada só fornecesse serviços exclusivos a uma sociedade empresária, ou seja, a terceirização ilícita ocorre quando a empresa prestadora de serviço é apenas uma manobra para que haja diminuição das verbas trabalhistas enquanto a subordinação direta continua a ser exercida pela suposta tomadora de serviços.

Sergio Pinto Martins pensa que:⁶³

É possível fazer uma síntese de que a terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão-de-obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da relação de emprego, e também a escolha de parceiros inadequados, quando inidôneos financeiramente. Já na terceirização lícita, nota-se que a empresa dedica-se a um número menor de atividades, há menor desperdício no processo de produção, desconcentração de mão-de-obra, o que importa, muitas vezes, até condição vital de sobrevivência para a empresa, com a diminuição de custos, porém inexistente relação de emprego, visto que o elemento subordinação não está presente. (MARTINS, 2000, p. 143).

Guilherme Krueger enfatiza que a terceirização quase sempre é confundida com o *merchandage* que é a contratação de mão-de-obra para a atividade-fim da empresa e que por isso essa nova forma de contratação é tão criticada. O autor diferencia as duas modalidades afirmando que o Tribunal Superior do Trabalho permitiu apenas a terceirização na atividade-meio porque concorrem para a elaboração do produto que a tomadora de serviço produz, ou seja, para ele o referido *merchandage* ainda não estava sendo aplicado no país porque não seria permitida a atividade-fim, mas a atividade-meio especializada.⁶⁴

Portanto, o que defendia Guilherme Krueger pode ser alterado pela Lei nº 13.429/2017, haja vista que existe o entendimento atual que a terceirização é permitida em

63 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 143.

64 KRUEGER, Guilherme. Cooperativas de Trabalho na terceirização. 2ª edição. Belo Horizonte, Del Rey, 2014. p. 286-287.

todas as atividades. Se essa interpretação for correta, o *merchandage* seria permitido no Brasil e não seria mais configurado como terceirização ilícita.

4.3. Atividade-meio e Atividade-fim

É de suma relevância discutir a terceirização na atividade-meio e atividade-fim porque essa discussão acaba levando ao questionamento: Até onde pode ser alcançada a terceirização? Até pouco tempo não seria aplicada em qualquer tipo de atividade, haja vista que a força de trabalho não é mercadoria, até mesmo porque permitir a terceirização em qualquer ocupação seria o mesmo que ver a força laboral sendo resumida a mero interesse econômico das sociedades empresárias. Mas esse entendimento se tornou obscuro com a publicação da Lei nº 13.429/2017 que não diz claramente em qual tipo de atividade será alcançada pelo fenômeno da terceirização.

Infelizmente, podemos encontrar no futuro um local de trabalho em que os enfermeiros de um hospital, professores de uma escola, o bancário e o vendedor de uma loja sejam terceirizados fazendo com que a sociedade empresária tomadora de serviço quase não tenha empregados contratados em seu nome. Essa discussão possui um lado muito mais impactante quando se é tratado a terceirização na administração pública porque existe a ideia que poderia ocorrer a supressão dos concursos públicos, o que seria inconstitucional pela violação ao art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

É justamente nessa discussão que Sergio Pinto Martins passou a caracterizar a terceirização em três estágios: O estágio inicial quando a terceirização não alcança atividades preponderantes ou necessárias, ou seja, limpeza, conservação, vigilância, assistência contábil e jurídica; o estágio intermediário quando a terceirização alcança atividades indiretamente ligadas à atividade principal da sociedade empresária, como manutenção de máquinas e usinagem de peças; e o estágio avançado quando a terceirização alcança atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, ou seja, terceirização de atividade-fim da empresa.⁶⁵ O

65 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 25.

autor também classifica as áreas terceirizadas como atividades acessórias (limpeza, alimentação, transporte de funcionários, vigilância e outros), atividades-meio (departamento de pessoal, manutenção de máquinas e contabilidade) e atividade-fim (produção, vendas, transporte dos produtos e outros).⁶⁶

O que era permitido no Brasil era a terceirização de atividade-meio para que as sociedades empresárias possam realizar a atividade-fim que se propôs com maior perfeição, pois é o objetivo do estabelecimento. Terceirizar uma atividade que a sociedade empresária se propõe a produzir seria arrendamento do próprio negócio e considerar o trabalho como mercadoria e com a publicação da Lei nº 13.429/2017, a interpretação deve continuar a mesma porque a norma não diz que é permitida a terceirização na atividade-fim.

Sergio Pinto Martins salienta que:⁶⁷

Na prática, as empresas têm terceirizado atividades de vigilância, limpeza, conservação, manutenção predial, montagem, fornecimento e entrega de cestas básicas, previdência privada, assistência jurídica e contábil, assistência médica, seleção de pessoal e recursos humanos, treinamento de funcionários, auditoria, fornecimento e preparação de alimentos a funcionários (restaurantes), transportes de funcionários, informática, seguros, gráfica etc., atividades, essas, que não correspondem a sua atividade-fim, mas a atividade-meio. As atividades a serem terceirizadas pela empresa deveriam ser, à primeira vista, apenas as subsidiárias, as atividades-meio. O que será difícil admitir é a terceirização da atividade-fim do empreendimento, pois aí a empresa não estaria prestando serviços, mas fazendo arrendamento do próprio negócio. (MARTINS, 2000, p. 46)

Imperioso evidenciar que quando se estuda administração de empresa, é aprendido que o *dumbsourcing* é o processo inicial da terceirização, em que se terceiriza apenas atividades que não constituem o objeto-fim da sociedade empresária. Também é estudado que o *smartsourcing* é o estágio mais avançado da terceirização, no qual a parceria entre terceirizada e terceirizado.⁶⁸

66 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 46.

67 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 46.

Pela ausência de uma lei a regular o tema, a jurisprudência do TST foi fundamental para ser respondida muitas questões que poderiam surgir por causa da terceirização. É o exemplo da Súmula 257 do TST que define que “*o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas terceirizadas, não é bancário*”. Tal pressuposto é importante porque a categoria dos bancários possui regras próprias em relação às normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho, mas também abre espaços para ser debatida a terceirização. O fato é que vigilante não se confunde com o vigia, pois tem lei própria (Lei nº 7.102/83) que define que o vigilante possui funções semelhantes à polícia, dessa forma, tem natureza paramilitar e possui requisitos especiais como aprovação em curso próprio de formação de vigilante.

A Lei nº 7.102/83 assinalou a necessidade de ter serviço de vigilância nas instituições financeiras que deveriam contratá-los pessoalmente ou contratar uma empresa especializada. Portanto, a Súmula 257 só vem a confirmar que a atividade das empresas prestadoras de serviço de vigilância e transporte de valores é lícita, até mesmo porque se trata de atividade-meio a ser realizada pelas instituições financeiras e outras espécies de sociedades empresárias.

Outro caso que necessitou do auxílio da jurisprudência foi em relação às empresas de processamento de dados que prestam serviço a instituições financeiras. A Súmula nº 239 do TST defende que “*é bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros*”, dessa forma, esse dispositivo foi importante para coibir muitas fraudes, haja vista que era comum bancos criarem empresas especializadas em processamento de dados para todo o grupo bancário com o intuito que seus empregados prestem serviço em jornada de 8 e não 6 horas equivalente a categoria dos bancários.

Todavia, é plenamente possível que essa empresa de processamentos de dados também preste serviço a empresas do mesmo grupo econômico que não seja um banco, ou a terceiros

que nada tenham em comum com o grupo econômico, assim, é facilmente compreendido que não há fraude no caso, logo, o empregado da referida empresa de processamento de dados não é considerado bancário. É plenamente lícita a terceirização no serviço de processamento de dados se não for realizada como o intuito de fraude.

Eis o que pensa Sergio Pinto Martins sobre o tema: ⁶⁹

Trata-se, na verdade, o serviço de processamento de dados, de uma atividade-meio, para a consecução de um fim, que para o caso dos bancos implica atividades inerente a eles, ou seja, prestação de serviço a clientes. Mesmo na atividade de uma empresa que se dedica especificamente à computação eletrônica pode, ainda, ser considerado uma atividade-meio, em que a atividade-fim é a prestação de serviço a terceiros. Por isso, não pode haver equiparação dos empregados de uma pessoa física ou jurídica aos empregados prestadores de serviço de computação eletrônica, que devem se enquadrar sindicalmente como pertencentes à atividade-fim da empresa de processamento de dados, jamais podendo ser equiparados aos empregados de quem contratou serviços. (MARTINS, 2000, p. 98).

O inciso III, da Súmula 331 do TST obteve o cuidado de consolidar a interpretação no sentido que não há formação vínculo de emprego a terceirização na atividade de conservação e limpeza, bem como qualquer outra atividade-meio, desde que inexistam a pessoalidade e subordinação direta. Com essa conclusão era fácil entender ser plenamente possível a terceirização se não consistir em atividade que coincide com o objetivo principal da sociedade empresária tomadora de serviços como, por exemplo, é o que acontece no serviço de vigilância, processamento de dados, serviço de limpeza e qualquer outra atividade-meio, porém, é do pensamento de Sergio Pinto Martins que a terceirização na atividade-fim da empresa é lícita e o contrário a isso desvirtuaria o princípio da livre iniciativa que é protegido pelo art. 170 da Constituição da República, ou seja, para o autor cabe ao empresário definir quais áreas pretende terceirizar.⁷⁰

69 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 105.

70 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 122.

Os advogados Cássia Pizzoti e Henrique Soares Mello⁷¹ defendem que com o advento da Lei nº 13.429/2017, a terceirização passou a alcançar todas as atividades da tomadora de serviço, além disso, afirmam que essa lei é de suma importância porque existia uma defasagem das leis trabalhistas que mal tratavam do tema da terceirização. Para os autores, a ausência de uma legislação específica apenas beneficiou aqueles que pretendiam desvirtuar o instituto “*prejudicando inúmeros trabalhadores e tornando cada vez mais abalroada de processos a justiça do trabalho que, somente no ano de 2016, recebeu 3 milhões de novas ações*”, portanto, reafirmar que a terceirização é permitida na atividade-fim seria benéfico para acabar com inúmeras ações fiscalizatórias e procedimentos perante o Ministério Público do Trabalho, dessa forma, a justiça seria mais célere.

Por outro lado, o procurador federal Fernando Maciel⁷² pensa em sentido oposto, haja vista que vislumbrar uma terceirização irrestrita traria gravíssimas consequências para a classe trabalhadora, como por exemplo, a redução e a precarização dos direitos trabalhistas, a consequentemente a redução salarial e um maior número de acidentes e doenças ocupacionais, em virtude do menor investimento em medidas de saúde e segurança do trabalho. Pela omissão da Lei nº 13.429/2017, o entendimento deveria ser que a terceirização irrestrita cabe tão somente ao trabalho temporário por causa do silêncio eloquente do legislador, portanto, deve ser aplicada a Súmula nº 331 do TST.

4.4. Terceirização na Administração Pública

Sergio Pinto Martins salienta que o Estado poderia se beneficiar da terceirização reduzindo a burocracia estatal, pois destinaria a atividade que não lhe é essencial a outras pessoas mais competentes para a realização do serviço, sendo que isso traria um menor custo

71 PIZZOTI, Carla; MELLO, Henrique Soares. “Lei nº 13.429/2017 e o futuro da terceirização no Brasil”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-no-13-4292017-e-o-futuro-da-terceirizacao-no-brasil/>. Acesso em: 15/05/2017.

72 MACIEL, Fernando. “Projeto Permite Terceirização Irrestrita Apenas no Trabalho Temporário”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita-apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 14/02/2017.

ao Poder Público que poderia realocar receitas para o cumprimento das reais responsabilidades como a saúde e a educação.⁷³ O autor defende que tal pensamento é plenamente condizente com a legislação atual porque o § 7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200, de 1967, reafirma o entendimento que a Administração Pública poderá procurar 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. Sendo assim, é permitido que o Estado contrate uma sociedade empresária para a realização de uma atividade que não seja privativa da máquina estatal.

Todavia, tal discussão está longe de ser pacificada porque o art. 37 da Constituição Federal de 1988 declara ser essencial a realização de concurso público para investidura em cargo público e isso é aplicado até mesmo às empresas públicas e de economia mista que fazem parte da Administração Pública Indireta, ou seja, é necessário concurso para serem contratados empregados públicos. Carlos Henrique Bezerra Leite salienta que “*a aprovação prévia em concurso público constitui condição sine qua non, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei*”,⁷⁴ porém, a própria norma constitucional faz ressalvas porque o inciso XXI do art. 37 da CRFB/88 permite a contratação de serviço de terceiros pela Administração Pública, desde que exista lei específica prevendo licitação e regras contratuais, além disso, o art. 175 da CRFB/88 defende que o Estado preste o serviço diretamente ou por meio de terceiros, mediante concessão ou permissão, desde que haja licitação.

Importa especificar que mesmo a terceirização ilícita não traz vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta porque para investidura em cargo ou emprego público é necessário concurso e isso é imprescindível. Sergio Pinto Martins enfatiza que a primazia da realidade não ria sobrepor a norma constitucional, pois o art. 3º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro enfatiza que ninguém pode alegar a ignorância da

73 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 124.

74 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 311.

lei.⁷⁵ Isso não significa uma injustiça, haja vista que o § 2º do art. 37 da CRFB/88 defende que a ausência do concurso público implica a nulidade do ato e punição da autoridade responsável, ou seja, quem deu ensejo a essa situação deverá ser punido e a doutrina majoritária entende que o trabalhador deverá receber o saldo de salário dos dias trabalhados as demais verbas rescisórias como se fosse um empregado celetista.

Cabe ser salientado que a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDB-1 do Tribunal Superior do Trabalho defende que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções, portanto, é pensamento do TST que o empregado não deverá ser prejudicado se for constatado que o serviço que realiza nasceu de uma terceirização ilícita, pois ele deverá receber tudo o que foi acordado.

Sergio Pinto Martins defende que não deve ser atribuída a Administração Pública qualquer responsabilidade referente às verbas trabalhistas, pois apesar do § 6º do art. 37 da Constituição Federal defender que *“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”*, o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 disserta que a inadimplência das obrigações trabalhistas não transfere a Administração a responsabilidade por seu pagamento, dessa forma, a norma do § 6º do art. 37 refere-se a responsabilidade civil e não trabalhista.⁷⁶

Alega o autor que a responsabilidade objetiva defendida pela Constituição Federal se aplica tão somente as pessoas jurídicas de direito público que exercem serviço público, ou pessoas jurídicas de direito privado, quando exercem serviço público. Portanto, não seria

75 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 129.

76 MARTINS, Sergio Pinto. Obra citada. p. 131.

serviço público a prestação de serviço de faxina, o que seria serviço privado, consequentemente, sua responsabilidade ainda é subjetiva. Serviço público exercido por uma pessoa jurídica de direito privado seria a coleta de lixo, por exemplo.

Importante é a colocação da procuradora federal Carla Izolda Fiuza Costa Marshall que salienta que quando o Estado realiza a terceirização em suas atividades, está se colocando em uma relação de direito privado, em igualdade de condições com o particular, além disso, a terceirização nos órgãos da administração pública devem apenas atingir a atividade-meio porque há atividades próprias e típicas do Estado que não podem ser transferidas a terceiros. Além disso, a escolha da empresa prestadora de serviços só pode ser feita mediante processo licitatório, até mesmo porque o contrato a ser estabelecido é um contrato administrativo.⁷⁷

A autora defende veementemente que o Estado não deve ser responsável pelas verbas trabalhistas com base no art. 61, § 1º do Decreto-Lei nº 2.300/86 e o art. 71 da Lei nº 8.666/93 que o isentam completamente de ser responsável por essas obrigações que cabem tão somente à empresa prestadora de serviço, ou seja, *“não foi da intenção do legislador atribuir qualquer espécie desse tipo de obrigação aos órgãos da administração pública”*, nem solidária e nem subsidiária e extamente por isso, a autora critica alguns órgãos do Poder Judiciário que generalizam a sua responsabilidade fazendo que *“somente o Estado pague pelas verbas trabalhistas ocasionando um flagrante bis in idem porque ele já havia pagado essas obrigações à empresa prestadora que tinha a obrigação de repassar aos empregados”* e não o fez, portanto, condenar o Estado beneficiaria as empresas privadas que reteriam o dinheiro pago pela Administração Pública e não seria penalizada por não pagar os direitos dos empregados, fomentando ainda mais a má-fé do verdadeiro empregador.⁷⁸

Imperioso ressaltar que muitos consideram o preceito do art. 71 da Lei nº 8.666/93 inconstitucional porque prevê um tratamento não isonômico entre as pessoas comuns e os

77 MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Obra citada. p. 89.

78 MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Obra citada. p. 91.

entes da Administração Pública, o que violaria o *caput* do art. 5º da Constituição Federal que prevê o princípio da igualdade. O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula 331 do TST, que contrariando a Lei de Licitações, poderia responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública Direta ou Indireta pelas verbas trabalhistas do empregado terceirizado, dessa forma, foi do pensamento dos ministros do STF que o art. 71 era sim constitucional e que o TST não poderia mais generalizar todos os casos, portanto, deveria ser investigado com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público.⁷⁹

Após o julgamento da ADC 16, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Súmula nº 331 no sentido que a Administração Pública Direta ou Indireta só responderia subsidiariamente se houver culpa, seja pela não observância das normas da Lei nº 8.666/93 ou pela ausência de fiscalização trabalhista. Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que o inciso IV da Súmula nº 331 do TST pretendeu, inequivocadamente, amenizar a posição jurídica do tomador que, subsidiariamente, só responde pela dívida quando esgotado o patrimônio da empresa prestadora, ademais, o autor recorda a impossibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada por obrigação de fazer como anotação da CTPS e reintegração ao serviço, já que esta obrigação é exclusiva do empregador formal, portanto, os órgãos da Administração apenas seriam condenados a obrigação de pagar as parcelas constantes do título executivo judicial.⁸⁰

Além disso, é importante fazer algumas considerações sobre a Lei nº 8.666/93, haja vista a necessidade de concorrência pública para ser escolhida a empresa prestadora de serviço. O inciso II, do art. 6º da referida lei dá a definição exemplificativa do serviço como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração como a demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-

79 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 312.

80 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Obra citada. p. 313-314.

profissionais, dessa forma, a terceirização na Administração Pública é feita na forma de execução indireta de obras e serviços.

Enfim, é importante conceituar a concessão e permissão, pois é assim que acontecerá a terceirização na Administração Pública, conseqüentemente, a concessão é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público delega a outro a execução de um serviço, obra pública, ou concede o uso de um bem público para que execute um serviço por sua conta e risco mediante remuneração, assim, é necessário processo licitatório para ser efetuado, todavia, a Lei nº 8.666/93 faz algumas ressalvas em serviços que a licitação é facultativa. Já a permissão é ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito e oneroso pelo qual a Administração delega ao particular a execução de um serviço ou a utilização de um bem público, sendo necessária licitação para escolher a pessoa jurídica que o realizará.

4.5. Responsabilidade Subsidiária e Responsabilidade Solidária

Definir a responsabilidade do tomador de serviço como subsidiária é fundamental para incentivá-lo a contratar pessoas jurídicas idôneas como empresa terceirizada, pois o empregado pode ajuizar ação contra as duas sociedades empresárias em hipotética ação, o que dá maior segurança aos trabalhadores terceirizados.

O Tribunal Superior do Trabalho foi bastante correto em definir a responsabilidade do tomador de serviço como subsidiária porque o incentiva a contratar uma empresa que não tenha histórico de mau pagador com diversas ações na Justiça do Trabalho, mas tal interpretação também é inteligente porque a solidariedade não se presume e só é admitida em virtude de lei. Importa recordar que o § 2º do art. 2º da CLT defende que a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é solidária entre as empresas do mesmo grupo econômico, portanto, quando a terceirização ocorre entre sociedades empresárias de um determinado grupo econômico, sua responsabilidade é solidária em virtude de lei.

Como dito anteriormente, a legislação pátria é omissa em muitos pontos referentes a terceirização e para isso foi necessário que a jurisprudência e a doutrina tentasse pacificar

muitos pontos sobre o tema. O Enunciado nº 10 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho defende que a terceirização só seria admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculadas das necessidades permanentes das empresas, mantendo-se, de todo modo a responsabilidade solidária, não subsidiária, entre as empresas. É necessário recordar que a referida jornada ocorreu em Brasília-DF, em novembro de 2007, muitos anos depois da elaboração da Súmula nº 331 do TST, o que confirma que a interpretação ainda não está pacificada quanto ao tema.

Além disso, o Enunciado nº 44 da referida jornada defende que a responsabilidade entre a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora será solidária em casos de acidente de trabalho. Tal entendimento tem base no art. 932, inciso III do Código Civil que define que será responsável pela reparação civil o empregador por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, além disso, o art. 933 defende que nesse caso a responsabilidade será objetiva, sem a necessidade de provar culpa. Por fim, o art. 942 do Código Civil enfatiza a responsabilidade será solidária quando mais de uma pessoa concorrer com a realização do dano.

Apesar dos enunciados da Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho não possuírem efeito vinculante, ou seja, força de lei, essa interpretação tem suma importância em ser mantida a dignidade do trabalhador porque o ambiente de trabalho em que o serviço será exercido pertence a empresa tomadora, portanto, considerar que sua responsabilidade é subsidiária ou inexistente seria absolutamente irracional porque obviamente ele concorreu diretamente com o acidente de trabalho ocorrido em seu estabelecimento e a empresa prestadora pouco concorreu com o resultado.

Para ser debatida a responsabilidade das partes, é importante recordar que a terceirização está vinculada ao instituto da prestação de serviços regulado pelo Código Civil, ora, a terceirização exige um contrato comercial entre duas pessoas, sendo que uma delas é uma pessoa jurídica que oferece mão-de-obra, dessa forma, o trabalhador seria mero terceiro nesse acordo, todavia, a prestação de serviço não se confunde em nenhuma forma com contrato de trabalho.

Nelson Rosenvald⁸¹ salienta que o contrato de prestação de serviços tem incidência residual porque sempre acontecerá quando não houver uma lei especial regulando determinada atividade humana, portanto, nada tem haver com a empreitada e o contrato de trabalho que tem a sua própria legislação, além disso, assevera o autor que a prestação de serviço não gera relação de emprego porque não há subordinação nessa relação jurídica, ou seja, dependência de uma parte a outra.⁸²

Atualmente, a terceirização é regulada por lei, mas essa nova legislação não especifica minuciosamente como será o contrato estabelecido entre a empresa prestadora de serviços e o tomador de serviços, dessa forma prevalecerá os preceitos do Código Civil, enfim, a Lei nº 13.429/17 acrescentou o art. 5º-B a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) que passa a especificar como será o contrato de prestação de serviço, sendo obrigatório conter a qualificação das partes, especificação dos serviços e prazo para a realização do serviço, portanto, trata-se de um contrato a termo com prazo para terminar. Fora dessas peculiaridades, o contrato deverá ser seguido os parâmetros do Código Civil.

O contrato de trabalho e a prestação de serviço praticada por pessoa física até podem se confundem no sentido que a primeira tem como elemento a personalidade que significa que aquele que presta serviço deve ser sempre pessoa física que não se pode fazer substituir em nenhuma hipótese, ora, a prestação de serviços até admite que seja realizada por pessoa jurídica, mas o prestador de serviço não pode se fazer substituir porque trata-se de obrigação personalíssima, salvo se ambas as partes concordaram.

Apesar disso, as duas modalidades de contrato não se confundem porque ainda faltam outros elementos da relação de emprego como habitualidade e subordinação. Portanto, é fácil

81 ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência: Lei 10.406, de 10.01.2002: Contém o Código Civil de 1916. PELUSO, Cezar (coordenador). 8ª edição. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 599.

82 ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência: Lei 10.406, de 10.01.2002: Contém o Código Civil de 1916. PELUSO, Cezar (coordenador). 8ª edição. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 599.

concluir que a prestação de serviços quando praticado por pessoa física coaduna ao trabalhador eventual e autônomo, como por exemplo, o dentista, o médico e o advogado.

Nelson Rosenvald assevera que a terceirização “*é uma prestação de serviço realizada por uma pessoa jurídica interposta para disponibilizar mão-de-obra para outra empresa, em uma atividade de interposição para fins de apoio empresarial*” que pode ser considerada uma relação de emprego se for abrangida a atividade-fim da empresa.⁸³ Enfim, não há terceirização quando o prestador de serviço é uma pessoa física, mas há quando o prestador de serviço é pessoa jurídica, ou seja, a prestação de serviços não se confunde com contrato de trabalho, mas se confunde com a terceirização.

Além disso, deve ser debatida a empreitada que pode ser realizada por meio de terceirização, mas tem a sua particularidade referente a responsabilidade do dono da obra, pois apesar do inciso IV da Súmula 331 do TST defender que a responsabilidade do tomador de serviços é subsidiária, quando se fala em empreitada, o dono da obra não responde pelos encargos trabalhistas, haja vista que é instituto completamente diferente da prestação de serviços referente ao art. 593 do Código Civil.

A empreitada tem o intuito de entregar uma obra pronta e acabada e se for o caso, também o fornecimento de materiais. Nelson Rosenvald⁸⁴ conceitua no sentido que “*a empreitada é o negócio jurídico pelo qual uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra ou comitente) à realização de uma obra, por si ou com o auxílio de terceiros, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação*”. Portanto, se diferencia da prestação de serviço que tem como objetivo a atividade humana sem um resultado previamente acertado, ao contrário da empreitada que vislumbra a atividade humana como meio para a obtenção do resultado desejado, que é a entrega da obra contratada.

83 ROSENVALD, Nelson. Obra citada. p. 606-607.

84 ROSENVALD, Nelson. Obra citada. p. 610-611.

Conseqüentemente, não há responsabilidade ao dono da obra pelos encargos trabalhistas pelo pensamento do Tribunal Superior do Trabalho que consolidou sua interpretação pela Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 que defende que “*diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora*”, dessa forma, a jurisprudência foi importante porque o art. 455 da CLT defendia que havia responsabilidade subsidiária do dono da obra em caso de subempreitada, quando uma empreiteira contrata outra empreiteira para a realização de uma obra, entretanto, nada tratava da empreitada simples, o que gerava muitas interpretações.

Enfim, a terceirização pode utilizar institutos do direito civil para ser realizada, geralmente a empreitada e a prestação de serviços. As duas modalidades de contratos não ensejam uma relação de emprego, haja vista que o empreiteiro e o prestador de serviço realizam suas atividades de forma autônoma e sem subordinação, entretanto, podem possuir empregados que realizam a obra ou prestam um serviço ao tomador que não tem vínculo de emprego com esses empregados, mas podem responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, salvo no caso da empreitada simples.

CONCLUSÕES

Com o que foi exposto, é fácil entender que a terceirização é um fenômeno que não vai parar e seja para o bem ou para o mal essa forma de contratação de serviços se tornará tão comum que em poucas décadas será difícil ver algum trabalhador que não seja terceirizado e isso é muito preocupante, haja vista que a sensação de ser um terceiro num acordo comercial e trabalhar num estabelecimento ao qual não se tem vínculo traz inseguranças profundas à dignidade do trabalhador que será vítima da rotatividade de emprego que prejudicará o seu gozo aos direitos de férias e um salário ascendente com a continuidade do emprego.

Percebemos que a globalização é um sistema econômico e político que visa o intuito e benefício às grandes empresas transnacionais fomentando as desigualdades. Quantos são os ricos e os pobres de um país? Encontraremos muitos pobres e poucos ricos, é certo. O direito do trabalho, sendo um direito social, exige a participação comissiva do Estado nas relações de emprego, para evitar os costumeiros abusos de um empregador numa relação desigual, mas o neoliberalismo pensa no sentido oposto, pois a participação do estado prejudicaria a livre iniciativa que significa a proteção aos empreendimentos e atividade comercial de uma atitude abusiva e irresponsável do Estado.

O fato é que o poder econômico e a classe de trabalhadores sempre estarão numa disputa e a única coisa que poderá fazer com que ambos os lados se sintam satisfeitos, ou que um lado não seja demasiadamente prejudicado, é a flexibilização das normas trabalhistas. A Constituição Federal permite e incentiva a elaboração de negociações coletivas com a participação dos sindicatos de categoria profissional que possuem suma importância em acordar com os empregadores vantagens em meio a uma desvantagem inevitável.

Esses assuntos são de suma importância porque a terceirização aparece como um fenômeno, que apesar de ter chegado ao Brasil na década de 1950 com a indústria automobilística, ainda nos aparece como uma surpresa. Importa esclarecer que as primeiras leis sobre o tema foram a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) e a Lei dos Vigilantes (Lei nº 7.102/83). O Tribunal Superior do Trabalho tentou coibir essa prática ao elaborar a

Súmula nº 256 que permitia a terceirização apenas nas atividades permitidas por lei, mas que com o tempo se viu obrigado a dilatar o seu conteúdo com a elaboração da Súmula nº 331 que permitia a terceirização em qualquer atividade-meio especializada.

A terceirização na atividade-meio pode ser menos prejudicial porque restringe a terceirização em determinadas atividades que não é o objetivo principal da empresa. São atividades intermediárias que não tem uma ligação forte com o propósito do tomador de serviços e caberia aos órgãos trabalhistas coibirem que a terceirização alcançasse qualquer atividade porque isso seria vislumbrar o trabalhador como mera mercadoria. A responsabilidade do tomador é considerada subsidiária, bastando a inadimplência da empresa prestadora de serviço, seja por insolvência ou falência da mesma.

Quando se fala em Administração Pública, o art. 71 da Lei nº 8.666/93 veda qualquer responsabilidade aos seus órgãos pelas verbas trabalhistas, sejam eles entes públicos, autarquias, fundações e empresas públicas e de economia mista. Portanto, Por essa norma considerada constitucional pela ADI nº 16, a Administração Pública não é responsável pelas verbas trabalhistas em nenhuma hipótese, salvo se tiver concorrido dano com culpa, seja pela ausência de fiscalização trabalhista ou pela não observância das normas licitatórias.

O que importa ser esclarecido é que a terceirização não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços, mas no âmbito privado, se for constatado a terceirização ilícita, há sim o vínculo de emprego. Porém, quando falamos em Administração Pública, mesmo que seja constatada a terceirização ilícita não haverá vínculo de emprego pela ausência de concurso público (art. 77, II da CRFB/88), mas é do pensamento da doutrina que o empregado receberá as verbas consoantes ao seu trabalho que foi realizado. Terceirização ilícita é aquela que tem o objetivo de fraudar a lei e prejudicar o empregado em proveito ao empregador, ocorre, por exemplo, quando a subordinação direta é exercida pelo tomador de serviço que é mero pretexto para que a diminuição dos encargos trabalhistas.

A ausência de uma lei sobre o tema fez com que a jurisprudência fosse seguida como uma lei, mesmo não tendo efeito vinculante. Foi importante para dar segurança jurídica ao trabalhador até o surgimento de uma lei que regulasse o tema, todavia, a recente Lei nº

13.429/2017 foi omissa em afirmar se é permitido ou não a terceirização na atividade-fim da empresa e na Administração Pública. O fato é que muitos consideram que a terceirização passou a ser irrestrita e ilimitada, aliás, obviamente foi essa a intenção do Presidente da República ao sancionar a lei, mas há quem defenda que na omissão a terceirização continuará seguindo os parâmetros da Súmula nº 331 que prevê só ser permitida a terceirização no trabalho temporário, haja vista, que a lei não diz em sentido contrário.

O fato é que as súmulas e demais jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho trouxeram segurança jurídica para o trabalhador e também para o empregador que poderia ser prejudicado pela ausência de uma norma. Mesmo não tendo efeito de lei, a jurisprudência foi capaz de sanar muitas lacunas no ordenamento jurídico referentes aos litígios que chegavam a Justiça do Trabalho. O curioso é que finalmente com a elaboração de uma lei sobre o tema, a terceirização se tornou alvo de uma insegurança causada pelo próprio Congresso Nacional e pelo Presidente da República, irresponsabilidade de ambos.

Porque a lei não esclarece se é permitida a terceirização na Administração Pública? Porque não fala se é permitida a terceirização na atividade-fim? Provavelmente, para evitar maiores confrontos com a sociedade que é contra as reformas trabalhistas. Simplesmente, a Lei nº 13.429/2017 é uma bomba na vida de qualquer empregador e empregado porque não sabemos qual será o resultado de uma ação judicial, ora, um juiz pode decidir uma coisa, mas outro juiz pode decidir outra completamente diferente porque a lei, infelizmente, abre espaço para muitas interpretações.

O fato é que a referida lei é alvo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam justamente se é possível a terceirização na atividade-fim das sociedades empresárias e na Administração Pública, portanto, até o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidir e julgar o tema, nós viveremos em eterna insegurança jurídica, onde não poderemos afirmar com exatidão os efeitos que a terceirização poderá ocasionar ao país, todavia, se os preceitos do direito do trabalho forem seguidos, a interpretação correta a ser aplicada é a não possibilidade da terceirização ilimitada e irrestrita, pois violaria o princípio da vedação ao retrocesso social, que tem o objetivo de proteger os direitos sociais de uma lei que impossibilite que os mesmos direitos sejam aplicados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Do Trabalho. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Eneida de Melo Correia de. As Relações de Trabalho: Uma Perspectiva Democrática. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os Processos de Globalização. In. Santos, Boaventura de Souza (org.) A globalização e as ciências sociais. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

MELLO, Celso Albuquerque de. Artigo “Aspectos jurídicos-políticos da globalização”. Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro: Vol.1, n.1. Nov. 1995. p. 7-29.

MARTINS, Sergio Pinto Martins. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

ROSENVOLD, Nelson. Código Civil comentado: Doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002: Contém o Código Civil de 1916. In. PELUSO, Cesar (coordenador). 8ª edição. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 511-645.

KISTE, Stephan. Introdução a Filosofia do Direito. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. História: Volume único. 1ª edição. São Paulo: Ática, 2005.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Artigo “Serviço Público: Terceirizar ou não?”. Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro: Vol.1, n.1. Nov. 1995. p. 83-94.

KRUEGER, Guilherme. Cooperativa de Trabalho na Terceirização. 2ª edição revisada e ampliada com comentários à Lei 12.690/2012. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de cinco de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidações das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre organização da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Brasília: Congresso Nacional, 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Lei do Trabalho Temporário. Brasília: Congresso Nacional, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300/86, de 21 de novembro de 1926. Revogada. Dispunha sobre licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12300-86.htm.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado 331. Contrato de Prestação de Serviço. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado 239. Bancário. Empregado de empresa de processamento de dados (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado 256. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada) - res. 121/2003, dj 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256

GIOVANELA, Adriana; HAERTHEL, Suzan Mara. Artigo: “*Terceirização: Vantagens e Desvantagens. Percepção dos colaboradores e gestores na empresa de tecnologia de informação (TI)*”. Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.3, n.4, p. 488-511, Sem II 2009. Temática TCC.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. Manual de Terceirização: Onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação de projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo: STS, 1998.

PLANALTO. “Presidente Temer Sanciona Lei da Terceirização”. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/03/presidente-temer-sanciona-parcialmente-lei-da-terceirizacao>. Acesso em: 17/05/2017.

BOGHOSSIAN, Gustavo Uribe Bruno. “Temer Sanciona Lei de Terceirização com Pouca Proteção ao Trabalhador”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1871722-para-evitar-retaliacoes-temer-sanciona-proposta-que-regulamenta-a-terceirizacao.shtml>. Acesso em: 15/05/2017.

CONJUR, Consultor Jurídico. “Temer Sanciona Lei que Libera Terceirização em Atividade-fim”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-31/temer-sanciona-lei-libera-terceirizacao-atividade-fim>. Acesso em: 17/05/2017.

ESPOSITO, Ivan Richard. “Com Vetos, Temer Sanciona Lei que Permite Terceirização na Atividade-fim”. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/temer-sanciona-lei-que-permite-terceirizacao-em-atividade-fim-das-empresas>. Acesso em: 17/05/2017.

PIZZOTI, Carla; MELLO, Henrique Soares. “Lei nº 13.429/2017 e o futuro da terceirização no Brasil”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-no-13-4292017-e-o-futuro-da-terceirizacao-no-brasil/>. Acesso em: 15/05/2017.

SEVERO, Vaudete Souto. “Terceirização: O perverso discurso do mal-menor”. Disponível em: <file:///C:/Users/joaor/Desktop/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>. Acesso em: 15/05/2017.

MACIEL, Fernando. “Projeto Permite Terceirização Irrestrita Apenas no Trabalho Temporário”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita-apenas-trabalho-temporario>. Acesso em: 14/02/2017.

GUTIERREZ, Felipe. “Número de Trabalhadores Terceirizados Cresce Mesmo Sem Lei Específica Sobre a Prática”. Disponível em: <http://classificados.folha.uol.com.br/empregos/2015/05/1629791-numero-de-terceirizados-cresce-mesmo-sem-lei-especifica-sobre-a-pratica.shtml>. Acesso em: 12/08/2016.

BRASIL. Decreto nº 66499, de 27 de abril de 1970. Convenção Internacional nº 122 da OIT. Dispõe sobre política de emprego. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=119769>