

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MARIA SHEYLLA CAMPOS DE LIMA

A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Campina Grande – PB

2016

MARIA SHEYLLA CAMPOS DE LIMA

A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela referida Instituição.

Orientador (a): Prof. Esp. Jardon Maia

**Campina Grande – PB
2016**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

L732t Lima, Maria Sheylla Campos de.
A terceirização no direito do trabalho brasileiro / Maria Sheylla Campos de
Lima. – Campina Grande, 2016.
66 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR -
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
Orientador: Profº. Esp. Jardon Souza Maia.

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Terceirização do Trabalho. I. Maia,
Jardon Souza. II. Título.

CDU 349.2(81)(043)

MARIA SHEYLLA CAMPOS DE LIMA

A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Especialista – Jardon Souza Maia –
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR – (Orientador)

Prof.(a) Ms. Caroline C. Bezerra
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR (1º Examinador)

Prof.(a) Ms. Phillipe Cupertino Salloum e Silva
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR (2º Examinador)

Ao meu Deus todo poderoso e glorioso, aos meus pais Carlos e Gorete, aos meus queridos e sempre lembrados avós maternos Antônio “vô Pitanga” e Luzia “vó Dedice” *In Memoriam*, aos meus filhos amados, Lucas, Artur e Luiza, ao meu querido e companheiro marido Carlos Alberto e aos meus fiéis amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu Deus, Pai Celestial criador do céu e da terra, do qual nunca mim desamparou, sempre iluminou meu caminho na força única de minha fé.

Aos “meus pais Carlos e Gorete, sempre exemplos de garra e luta, ao meu avô Pitanga “in memoriam” e à minha avó Dedice” *in memoriam*” meus irmãos, Carlos Antônio Jr, Kaline e Mônica que sempre apoiaram e deram a força necessária para continuar e nunca desistir desta tortuosa, porém gratificante caminhada.

Aos meus queridos e amados filhos, Lucas, Artur e Luiza, por sempre serem compreensíveis nos vários momentos que precisei ausentar-me para os estudos, agradeço por todos os dias embelezarem e deixarem a minha vida mais alegre e bela.

Ao meu querido e amado marido Carlos Alberto pela paciência e incentivo para o processo de produção deste trabalho e conclusão do glorioso curso, sei que não foi fácil, mais agradeço a confiança e lealdade a mim dedicadas.

Ao meu honrado e ilustre orientador, Prof. Esp. Jardon Maia pelo apoio e firmeza em sua orientação em todo o processo de produção deste trabalho. Agradeço a confiança e respeito que a mim sempre prestou, pela paciência dos vários questionamentos e dúvidas surgidas durante todo o processo de produção. Aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à FARR, pelo apoio institucional.

Aos meus eternos amigos de sala de aula do amado curso de Direito, cujo laços de amizade serão eternizados pelo companheirismo, apoio e sinceridade, a vocês desejo toda a felicidade possível e imaginável nesta longa caminhada.

RESUMO

O Trabalho de conclusão do Curso destina-se ao estudo do fenômeno da terceirização de mão-de-obra, no que se refere às atividades do setor privado. Para este trabalho, destacamos a evolução histórica da terceirização no Direito do Trabalho, bem como flexibilização das normas trabalhistas que impulsionaram o aumento da utilização do trabalho terceirizado bem como a forma de contratação da relação trabalhista tradicional bilateral que passou a ser triangulada mediante as modificações das relações laborais. A lacuna da lei sobre o fenômeno em comento oferece ao empregador a liberalidade de contratar sem haver para este os efetivos encargos trabalhistas de um contrato saudável ao trabalhador. A ausência de regulamentação legislativa acerca dos serviços que podem ser terceirizados aumenta a prática da terceirização na forma ilícita, contrariando o entendimento consolidado pela jurisprudência através do enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que pode ser considerada como a única ferramenta do empregado, atualmente, para garantia dos seus direitos. Foi analisado o projeto de lei PL 4330/04 hoje, PLC 30/2015, vulgo “PEC da Terceirização”, que hoje tramita no Senado que pretende entre várias mudanças no serviço terceirizante a ampliação irrestrita da atividade-fim, proporcionando ao obreiro brasileiro insegurança jurídica no ambiente laboral. Ponderou-se que não se trata de proibir a prática da terceirização, mas sim de instituir regras e leis baseadas em princípios trabalhistas que garanta ao trabalhador o que lhe é de direito, um trabalho digno em consonância com a dignidade humana.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Flexibilização. Terceirização.

ABSTRACT

The Work of completion of the course is designed to study the phenomenon of outsourcing of labour, as regards the activities of the private sector. For this work, we highlight the historical evolution of outsourcing on employment law, as well as easing of labor standards that boosted the increased use of outsourced work as well as the form of hiring of traditional bilateral working relationship which went on to be triangulated by the industrial relations changes. The gap of the law about the phenomenon in comment gives the employer the liberality of hire without to this effective labor incumbencies a healthy contract worker. The absence of legislative regulation concerning the services that can be outsourced increases the practice of outsourcing in surreptitiously, contradicting the consolidated by jurisprudence understanding through the utterance of Precedent 331 of the Superior Labor Court, which can be considered as the only employee tool, currently, to guarantee their rights. Was analyzed the Bill PL 4330/04 today, PLC 30/2015, aka "PEC of outsourcing", which today is in the Senate that seeks to between several changes in terceirizante service the unrestricted expansion of end-activity, providing the Brazilian worker legal insecurity in the workplace. It has appeared that it is not to prohibit the practice of outsourcing, but to establish rules and principles-based labor laws guaranteeing to workers what is right, decent work in line with human dignity.

Keywords: labour law. Flexibility. Outsourcing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	13
1.1 Evolução histórica normativa da terceirização no Brasil	17
CAPÍTULO 2 - ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS.....	23
2.1 Diferenças entre a flexibilização e desregulamentação nos contratos laborais: apontamentos dos reflexos da flexibilização na relação terceirizante	25
2.2 Flexibilização na aplicabilidade regulamentar nas relações de emprego terceirizante	31
CAPÍTULO 3 - CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO:	36
3.1 Terceirização e suas subdivisões	39
3.2 Terceirização no direito comparado: breve análise	40
3.3 Conceito de Contrato de trabalho: Análise conceitual do Clássico ao Contemporâneo	42
3.4 Da Responsabilidade nos contratos terceirizados.....	45
CAPÍTULO 4 - A TERCEIRIZAÇÃO NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	51
4.1 Projeto de Lei 4330/2004 – PLC 30/2015: o que muda para o trabalhador?	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
Anexo	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar a análise reflexiva e conceitual do fenômeno da terceirização em nosso país, em conformidade com a vertente constitucional de proteção do trabalho humano em consonância com a Consolidação das Leis Trabalhistas e princípios constitucionais de nossa Carta Magna.

Tal produção apresenta os desdobramentos em análise histórica deste processo no Direito brasileiro até suas projeções no que concerne a elaboração da relação laboral e a constituição do contrato de trabalho, perpassando sobre a consequência fática da flexibilização do trabalho e suas diretrizes, bem como esboçando um cenário de ausência regulamentar normativa em nosso ordenamento jurídico pátrio ao fenômeno em comento.

A terceirização é o resultado de um processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de produção em nosso país, que se estendeu com ênfase no ano de 1970 e eclodiu de forma desenfreada nos anos 90.

A terceirização é o fenômeno através do qual uma empresa contrata um trabalhador para prestar seus serviços à outra empresa (tomadora de serviços), esta empresa se beneficia da mão-de-obra, mas não cria vínculo de emprego com o trabalhador.

Ao pensarmos na relação de trabalho “clássica” a terceirização pode causar desconfiança, mesmo assim, é fórmula largamente aplicada por empresas que buscam reduzir custos com mão-de-obra, ou que precisam de determinado serviço que não diz com seu ramo econômico.

Porém, necessário evidenciar que, por mais convincentes que sejam as teses argumentativas em favor do processo da Terceirização, não se pode negar que o modelo atualmente vem promovendo considerável precarização das relações de trabalho, justamente por não haver regulamentação legal que a sustente e oriente nos viés de sua promoção, bastando aduzir que apenas uma Súmula 331 do TST de 1993 que a regulamenta.

E nas trilhas deste caminho pela busca do reconhecimento do trabalho terceirizado inserido de valores essenciais à dignidade da pessoa, cristaliza-se a defesa da não liberação da atividade-fim no serviço terceirizado e, doravante, a equidade salarial dos empregados terceirizados aos empregados “originais” da empresa tomadora e a responsabilidade solidária dos polos em que compõem o controle do contrato laboral, qual sejam, a tomadora de serviços (empregadora oculta) e a prestadora de serviço (empregadora aparente), bem como a devida sindicalização ausente nesse processo.

Neste ínterim se reconhece a dinamicidade do Direito em procurar por alternativas, institutos e caminhos para uma melhor adequação da convivência social no enraizamento ramificado do capitalismo globalizado, no qual nossa sociedade está inserida.

O trabalho é integrado por quatro capítulos organicamente vinculados ao objeto central de estudo, a terceirização na iniciativa privada.

No primeiro capítulo trataremos da análise histórica da terceirização no Brasil, sendo esse estudo considerado como “noviço” em nossas doutrinas e no próprio ordenamento jurídico pátrio, partindo do contexto de inserção do modelo toyotista de produção dado a conjuntura de matriz capitalista neoliberal que se firmou em nosso país.

Analisaremos o estudo da evolução histórica normativa da terceirização nas análises dos decretos e leis que regulamentam o fenômeno na evolução legislativa em nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo abordaremos à análise da flexibilização do trabalho na elaboração do contrato laboral, este que se mostra uma importante ferramenta de efetivação de direitos e garantias do trabalhador, abordando ainda o estudo da diferença do conceito e do uso da flexibilização e da desregulamentação na relação laboral.

No terceiro capítulo abordamos o conceito da terceirização na sua raiz etimológica e conceitual, havendo a exposição solar da transformação da matriz bilateral clássica da relação laboral para uma modelo triangular ou trilateral resultado do fenômeno da terceirização.

Subsequentemente, daremos continuidade aos estudos aprofundado da terceirização onde abordaremos as subdivisões do fenômeno supracitado, em seguida faremos um paralelo no seio do Direito Comparado no que diz respeito à terceirização nos distintos sistemas jurídicos estrangeiros.

Será no mais, demonstrado neste capítulo a terceirização diante da responsabilidade dos polos que formam esta relação contratual de prestação de serviço, partindo da reflexão do conceito clássico ao contemporâneo do contrato, com base na doutrina do Direito Civil e do Direito do Trabalho.

No quarto capítulo finaliza-se pela exposição do fenômeno da terceirização nas trilhas de construção da jurisprudência embasados na prática das ações da própria sociedade apoiadas ao Direito nesse processo de adequação jurídica da terceirização.

O Tribunal Superior do Trabalho com relato do atual presidente do TST, o Ministro Ives Gandra Martins Filho e o ex-presidente do TST o Ministro Barros Levenhagen, defende a urgente regulamentação normativa do fenômeno da terceirização, bem como a atual postura

do TST em não aceitar de forma veemente a liberação da atividade-fim para a terceirização no PLC 30/2015, que amplia irrestritamente esse fenômeno.

Dando continuidade a este capítulo analisaremos as reflexões do projeto de lei 4330/2004 atual PLC 30/2015, conhecido como a “PEC da Terceirização”, explicitando este a legitimação da subcontratação de todos os serviços de uma empresa, ou seja, a total permissão da contratação da empresa tomadora de serviço para a atividade-fim, expoente ora negado pela Súmula 331 do TST.

Em sede de considerações finais serão evidenciados pontos de conclusão da problemática abordada, além de fomentar a contínua e aprofundada discussão e reflexão sobre a terceirização no universo das flexibilizações das normas laborais no Direito do Trabalho.

Para a elaboração do presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, pois se aprofunda na análise da lei geral racionalista, partindo de princípios reconhecidos, fazendo uso de pesquisa bibliográfica, conceitos e entendimentos de renomados doutrinadores, além de análises de Leis e Decretos inerentes ao tema.

O presente trabalho se debruça na centralidade da proteção do trabalhador brasileiro, não aceitando quaisquer teses que possam lhe suprimir a segurança jurídica dos seus direitos, na contrapartida do progresso econômico e competitivo que o próprio mercado exige.

Dentro desse novo quadro socioeconômico, em que se pode observar a fragmentação do mercado de trabalho para a necessidade da adaptação da legislação trabalhista para atender as necessidades atuais da economia globalizada, o trabalhador não pode ser esquecido.

Podemos suscitar que a realidade da relação do trabalho brasileiro hoje é um pouco mais humana, pois oferece ao trabalhador condições de trabalho mais justas, sendo visíveis as significativas mudanças nessas relações, tendo a CLT como guardiã incansável pela proteção dos direitos dos obreiros, destarte, verifica-se ainda que o Estado esteja intervindo com menos frequência nas relações laborais. O que tal fato não pode e nem deve ser aceito.

CAPÍTULO 1 – ANÁLISE HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A evolução da história no Brasil do fenômeno da Terceirização, segundo Delgado (2016) é estudo novíço dentro das relações laborais, destarte, apenas nas últimas três décadas que tal fenômeno ganhou força e espaço no mercado laboral.

Em plena análise histórica deste fenômeno, a autora Gabriela Neves Delgado (2014) relata que a terceirização em nosso país resulta de forma clara de um processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de produção no país, que se estendeu com ênfase no ano de 1970, com a inserção dos “círculos de controle de qualidade” nas grandes empresas (DELGADO apud DRUCK, 2014, p. 11).

Ao procedermos à análise do contexto da terceirização em nosso país, é necessário analisarmos sua gênese e seu desenvolvimento no linear histórico de embasamento social, político e econômico.

A terceirização, em sua essência, surgiu durante a Segunda Guerra Mundial (1945), quando as empresas produtoras de armamento bélico nos EUA encontravam-se com sua capacidade produtiva sobrecarregada com o excesso de demanda, verificaram que poderiam transferir e delegar serviços e produções acessórias para terceiros.

Logo tal modelo de produção fora repensado dentro das grandes empresas americanas e difundidas em todo mundo, tendo assim uma concentração maciça na atividade-fim, sendo utilizado o suporte terceirizado temporário das atividades-meio, ou seja, atividades acessórias para manutenção do objeto finalístico de produção.

Expõe Martinez (2014) que no mercado produtivo internacional com o declínio do modelo taylorista/fordista (padrão verticalizado de produção) de organização de trabalho, foi motivado por uma “concepção flexibilizadora dos processos produtivos”, surgindo o intitulado toytismo (padrão horizontal de produção), sendo abandonada a produção de massa, característicos dos modelos anteriores, emergindo pelos fins da redução de custos, a produção vinculada à demanda.

Primazia ao fato de surgimento de empresas periféricas que começaram a contratar trabalhadores pouco qualificados para operações de curto tempo (trabalho temporário), Martinez (2014) ainda ratifica que a função das empresas centrais seria mais para operação e fiscalização do processo produtivo final, surgindo assim uma relação contratual de serviço, objeto deste trabalho, a terceirização.

Isso permitiu o surgimento de inúmeras empresas de pequeno porte que tinham por escopo justamente a prestação da atividade-meio, atividade esta que viria a complementar o ciclo produtivo das grandes empresas.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2016), a terceirização assumiu clareza estrutural no país apenas a partir da década de 70. Segundo o autor, quando a CLT foi elaborada em 1943, o fenômeno não tinha a abrangência e tão pouca disseminação ramificada nos contratos e moldes das relações laborais, então, apenas assumida nos últimos trinta anos, sendo assim nem sequer merecia atenção especial no período.

A partir de então, a técnica da terceirização difundiu-se de maneira desenfreada por todo território nacional, com maior e notória ênfase na década de 90.

Porém, necessário evidenciar que, por mais convincentes que sejam as teses argumentativas em favor do processo da Terceirização, não se pode negar que o modelo atualmente vem promovendo considerável precarização das relações de trabalho, justamente por não haver regulamentação legal que a sustente e oriente nos viés de sua promoção.

Como consequência do ritmo da globalização irreversível, obreiros tiveram seus empregos perdidos devido à informatização do mercado produtivo e à migração das empresas para países subdesenvolvidos, neste o poder estatal começou a perder força para a economia de mercado cedendo às pressões do capitalismo e liberalismo econômico retrocedendo as conquistas sociais alcançadas ao longo de muitas décadas pelos trabalhadores.

Origina-se desta forma a uma política “flexibilizadora” das normas trabalhistas, que se produziu para atender às determinações de um processo de globalização impactante que possuía em seu escopo a prosperidade econômica e a abertura de diversos postos de trabalho com diminuição dos encargos trabalhistas.

Deste modo, o neoliberalismo promoveu um enxugamento do Estado, nascendo à doutrina da desregulamentação e da flexibilização dos direitos trabalhistas, relaxando as normas trabalhistas para que houvesse uma adequação capaz de atender a dinâmica do mercado, enquadrando a relação de trabalho ao novo cenário mundial de concorrência.

Seguindo esta diretriz, acredita-se que a flexibilização da legislação trabalhista representa um retrocesso, uma supressão dos direitos laborais conquistados ao longo da história, afirmando que apenas uma lei revolucionária e protetiva seria suficiente para solucionar os problemas consequentes à terceirização e logo exigir uma atuação estatal mais eficaz.

Devemos nos atentar que para conceituarmos desregulamentação e flexibilização nesta interpretação conjuntural do Direito do Trabalho, temos que analisar a explicação de Gustavo Felipi Barbosa Garcia (2015), pois os conceitos interpretativos são bem distintos.

Segundo Garcia (2015b) a “flexibilização é uma forma de amenizar o rigor ou rigidez de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho”, enquanto que para a desregulamentação:

“[...] refere-se ao fenômeno de se suprimir determinadas normas jurídicas, principalmente estatais, pertinentes à regulação das relações de trabalho, passando os próprios atores sociais a estabelecer a regra aplicável” (GARCIA, 2015, p.42).

Podemos ratificar positivamente a negativa de aceitação no que concerne a prática da desregulamentação dos direitos laborais alicerçados no ordenamento jurídico pátrio, mesmo que estes possam aparentemente proteger o trabalhador, ao contrário da flexibilização onde esta encontra respaldo jurídico de aplicabilidade no consoante preceito trabalhista constitucional inserido na Constituição Federal na interpretação do artigo 7º, inciso V, na negociata de redução do salário de acordo com convenção ou acordo coletivo, por exemplo.

Há a alusão de que a flexibilização seria apenas um fundamento ideológico empresarial para precarizar as relações de trabalho e desonerar os custos, segundo Cassar (2016) a terceirização seria uma das várias formas que os empresários/empregadores buscam para minimizar gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros, doravante nossa legislação brasileira não proíbe nem regula estas formas de exteriorização de mão-de-obra, sendo que ao passar dos anos essas práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso do direito.

Entretanto há quem afirme que a flexibilização laboral seja necessária para acompanhar as mudanças advindas em nome do “progresso” econômico e social, tendo como benéfica consequência a criação de novos postos de empregados ou “sub-empregos”¹.

Diante deste novo cenário as normas trabalhistas não acompanharam tais modificações, tendo o Estado por muito tempo intervindo nas normas trabalhistas, sendo considerado como um “empecilho” esta intervenção estatal nas relações contratuais de emprego, para um crescente e luzente desenvolvimento econômico do país permitindo que o Direito acompanhasse o progresso e costumes que molduram as relações empregatícias.

¹ Subemprego é a ação e o efeito de subempregar. Este verbo significa empregar alguém num posto inferior àquele que lhe corresponderia tendo em conta as suas qualificações. Leia mais: [Conceito de subemprego - O que é, Definição e Significado](http://conceito.de/subemprego#ixzz4AGV7WHod) <http://conceito.de/subemprego#ixzz4AGV7WHod> >> Acesso em 25 de maio de 2016.

O Direito do Trabalho representou avanço nas relações sociais, humanizando-as, por outro lado, a Terceirização, ampla sem critério, sem regulamentação, implica degradação do nível de relacionamento entre empregado e empregador, isolando os trabalhadores em suas lutas, desestruturando as categorias e enfraquecendo o movimento sindical, onde este processo que tem em sua essência apenas na aplicação atividade-meio.

O Brasil tratou especificamente sobre o Direito do Trabalho em 1934 com sua Constituição Federal na época, instituindo a garantia da liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, a proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e as férias anuais remuneradas.

Porém, devido ao excesso de normas espaçadas sobre os mais diversos assuntos trabalhistas, o Brasil viu a necessidade de sistematizar essas regras, editando e aprovando em 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho, consolidando a legislação já existente na época.

E a partir da CLT, houve o surgimento de novos direitos trabalhistas, podemos destacar o repouso semanal remunerado, a instituição do 13º salário, a lei dispendo sobre o trabalho dos empregados domésticos, a lei sobre trabalhador rural, e a lei tratando do trabalhador temporário.

Delgado (2014) apresenta a explicação realista de que nosso país possui uma das maiores taxas de desemprego em todo o mundo, não devemos assim aceitar maculas no que concerne o vínculo laboral ou até mesmo sua negação, com quem é seu verdadeiro empregador.

A terceirização foi uma exceção que virou regra, sem que houvesse nenhum controle estatal diretivo e legal. E aos efeitos jurídicos oriundos deste fenômeno até hoje temos dois aspectos merecedores de toda a nossa atenção, pois de um lado temos um empregador *aparente* e do outro lado temos um empregador *oculto*, que nas sábias palavras de Delgado (2016) necessita de um “corretivo jurídico aplicável a tais situações, ou seja, o reconhecimento do vínculo com o empregador oculto” quando necessário for (DELGADO, 2016 p. 505).

A temática, como já aduzido, sustentará nos estudos a seguir, em prol de uma postura jurídica guardiã aos direitos dos trabalhadores e em total consonância com as bases constitucionais de nossa Carta Magna e da CLT.

1.1 Evolução histórica normativa da terceirização no Brasil

A consolidação das Leis Trabalhistas faz menção à apenas duas formas de subcontratação de mão-de-obra, sendo elas a empreitada e subempreitada (artigo 455 CLT)² e pequena empreitada (artigo 652, “a”, III, CLT)³:

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

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

[...]

Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: (Vide Constituição Federal de 1988)

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice. (BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943).

Por boa parte do tempo esta era a única hipótese de terceirização prevista em nosso ordenamento jurídico. Sendo a primeira terceirização prevista devidamente no artigo 455 da CLT que permite a subcontratação de operários pelo empreiteiro principal, dono do empreendimento, sendo que nos casos de não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do intermediador (subempreiteiro) responderá o empreiteiro principal, sendo a responsabilidade tanto solidária quanto subsidiária dependendo do caso concreto vigente.

No entendimento de Cassar (2016) o subempreiteiro pode ser pessoa física ou jurídica que contratam empregados e os coloca a disposição de um empresário, de quem recebe ordens, sua responsabilidade encontra-se respaldada em boa parte da doutrina, com finco de proteção aos trabalhadores por futuras fraudes trabalhistas.

² Artigo 455 do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943

³ Artigo 652 do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943

Ademais, de acordo com o Código Civil artigo 186, Vólia Bomfim Cassar ratifica o texto legal ora em comento no que concerne que o aquele que causa dano a outrem dever ser responsabilizado por isso.

Cassar (2016) também apresenta a jurisprudência minoritária, defendendo que a responsabilidade é solidária, sob o argumento de que e preferência de ordem ocorre na fase contratual, quando a demanda chega ao Judiciário o subempreiteiro já está inadimplente, não havendo mais preferência de ordem.

Deve-se atentar que o dono da obra não responde juntamente com o empreiteiro se não explorar a atividade econômica ligada à construção civil. Neste sentido temos a OJ 191 da SDI-I do TST:

OJ 191 da SDI-I do TST. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal, o contrário de empreiteira entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidaria ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporada. (BRASIL. OJ 191 da SDI-I do TST).

O artigo 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200/67 que amplia a descentralização das atividades da Administração Pública⁴:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67).

Doravante, a sua regulamentação só se deu pelo artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/70⁵, que segue o mesmo sentido:

⁴ Decreto Lei nº 200 de 25 de Fevereiro de 1967 - Observa-se que o escopo do trabalho apresentado concerne na terceirização do setor privado, expomos brevemente a terceirização na Administração Pública apenas de forma metodológica da temática ora sistematizada.

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º (BRASIL. Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997).

Na década de 1970 foi incorporado um diploma normativo que tratava objetivamente da terceirização a “Lei do Trabalho Temporário” Lei nº 6.019/74⁶ e também com a complementação do Decreto Lei 73.841/74⁷, onde estes são mais utilizados hoje do que o contrato por prazo determinado da CLT.

Neste contrato temporário são três os atores envolvidos quais sejam: tomador de serviços, empresa interposta e o trabalhador temporário.

Aduz ao fato de que contrato de trabalho temporário da Lei 6.019 de 1974 só pode ser firmado em conformidade com o artigo 2º da supramencionada lei:

- Necessidade transitória de substituição do pessoal regular ou permanente da empresa. (Exemplo: Empregados que estão afastados para gozo de férias);
- Acréscimo extraordinário de serviço. (Exemplo: Necessidade temporária de acréscimo de mão-de-obra para determinado período do ano).

⁵ Lei nº 5.645/70 - que estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências.

⁶Lei que dispõe sobre o Trabalhador temporário, regido pela Lei nº 6.019/74, tem algumas particularidades em relação ao empregado normal, regido pela CLT. Possui uma legislação própria e nem sempre utilizam-se as mesmas rotinas. Possui o conceito de que é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidades transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário. A inobservância, qualifica automaticamente empregado normal. Entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, deverá ser por escrito e deverá conter os direitos conferidos aos trabalhadores. É nula a cláusula de reserva, proibindo a contratação de trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário. Disponível em http://www.sato.adm.br/guiadp/paginas/paral_empdo_temporario_6019.htm> Acesso em 15 de maio de 2016.

⁷ Lei 73.841/74. Regulamenta a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário.

Qualquer contratação por trabalho temporário fora dessas hipóteses será considerada fraude à lei e será reconhecido o vínculo de emprego com o tomador de serviços.

A empresa de trabalho temporário é a responsável pelo cumprimento das obrigações trabalhistas dos trabalhadores temporários, porém no caso de falência desta, a tomadora de serviços responderá solidariamente pelo período que o trabalhador esteve sob suas ordens.

No que tange a supracitada lei dos temporários todos os direitos que asseguram as garantias da CLT serão repassados para os temporários, seu artigo 12 orienta remuneração equivalente a dos empregados permanentes à mesma categoria na mesma tomadora, salvo na existência de plano de cargos e salários ou de estipulação de salário de ingresso superior ao normativo. Não há em que se falar em aviso prévio, por se tratar de contrato a termo.

A Lei nº 7.102/83, que regula a terceirização de vigilância bancária, de caráter permanente também fora um dos institutos legais para permissão do contrato de trabalho na seara da terceirização.

Para Gabriela Neves Delgado (2014) essa lei possibilita, ainda, a terceirização permanente dos serviços de vigilância, estabelecendo normas para a constituição e funcionamento de empresas particulares terceirizadas de vigilância no segmento bancário.

A contratação de vigilância bancária para Cassar (2016) é hipótese de terceirização obrigatória, para segurança da sociedade e controle pelo Estado das pessoas armadas, daí porque a necessidade da empresa de vigilância ser controlada pelo Ministério da Justiça⁸, as armas são de propriedade e responsabilidade do empregador e ainda porque o exercício da atividade de vigilante sem a devida formação profissional acarreta na nulidade contratual.

Com as práticas econômicas das empresas privadas, ao longo das últimas três décadas, em incorporar serviços terceirizantes, mesmo sabendo-se da ausência de regulamentação expressa em lei, trabalhos como limpeza e conservação se tornaram mais comuns nestes atípicos contratos de trabalho.

O Direito do Trabalho brasileiro se debruçou no tema que se generalizava, segundo Maurício Godinho Delgado (2014) a multiplicidade de interpretações jurisprudenciais na década de 1980 a 1990 fez com que Tribunal Superior do Trabalho editasse duas Súmulas

⁸ Artigo 20 da Lei 7.102/83 - 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, e dá outras providências.

de jurisprudência uniforme, Súmula nº 256 de 1986 e a Súmula 331 de 1993, esta revisando a primeira.

Toda a sistemática organizacional que determina a terceirização lícita está prevista na Súmula 331 do TST, contendo nela todos os fundamentos legais atinentes aos direitos laborais, não havendo a pretensão de fraude e se distanciando da relação de emprego. Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003:

Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003:

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 a 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (BRASIL. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é objetiva e cristalina ao dispor sobre as suposições de terceirização lícita e estruturam as situações jurídicas delimitadas⁹.

⁹ Súmula 331 TST. Suposições de Terceirização Lícita: a) Inciso I – Situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário, ou seja, situações que trata de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou, que trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.

b) Inciso II – Situação que diz respeito à contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, que não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.

c) Inciso III – Quanto à atividade de vigilância, dispõe que: Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983), (observa-se que, vigilante é um membro de categoria especial diferenciada e vigia é aquele que se submete a regras próprias da categoria definida pela atividade do empregador, portanto, tal inciso deixa claro que diz respeito aos vigilantes e não aos vigias, pois

Notório se faz entender que o fenômeno da terceirização no mercado brasileiro das últimas décadas tem contrariado a clássica relação de emprego bilateral embasadas nos artigos 2º caput e 3º caput da CLT, cuidado e relevante merecimento de estudo mais esforçado na normatização pelo legislador pátrio, para que tal processo saia da marginalização estatal legal.

No artigo 442 da CLT em seu parágrafo único fala sobre as cooperativas, onde a Lei nº 8.949 de 1994, acrescentou ao artigo supramencionado da CLT nova hipótese de terceirização, com suporte na formula de cooperativas, dispondo que qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entres estes e os tomadores de serviços, tendo a ordem jurídica favorecendo as práticas cooperativistas (DELGADO, 2014, p.458).

A Constituição de 1988 limita o processo de terceirização embasado de forma fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) valorização do trabalho e especialmente ao emprego (artigo 1º, III e artigo 170, caput), busca da promoção do bem-estar social, tendo entre as mais garantias e fundamentos em princípios que alicerçam a ordem jurídica brasileira, a terceirização sem freios e contrapesos confrontam tais tutelas, que reforçam o escudo protetivo das justiças sociais no todo, e não em parte fragmentada.

Nessa linha de raciocínio a posição da Súmula 331 do TST não considera práticas legais fora dos quatros hipóteses já mencionadas anteriormente: Lei do Trabalho temporário (Lei nº 6.010/74); serviços de vigilância especializada (Lei nº 7.102/83); serviços de conservação e limpeza (Súmula 331 TST, III) serviços ligados à atividade-meio do tomador (Súmula 331, III, TST).

estes não estão configurados no que tange a atividades de vigilância), 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.

d) Inciso IV – Trata-se aqui de situações passíveis de contratação terceirizada que diz respeito a serviços especializados ligados à atividade- meio do tomador e dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

CAPÍTULO 2 - ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

A flexibilização do Direito do Trabalho é uma expressão voltada intrinsecamente voltada para as mudanças da legislação trabalhista. Mas por que flexibilizar as relações laborais?

Não poderíamos começarmos a introduzirmos o fenômeno terceirizante sem antes falarmos nas causas da flexibilização em si, afinal foi dela que extraímos vários outros institutos e fenômenos. Ao analisarmos o processo de flexibilização podemos compreender as inúmeras conquistas, inúmeras perdas e a grande evolução das relações de trabalho, pois o Direito é muito dinâmico e as condições de trabalho se alteram com frequência a mercê de uma economia que está em constante mutação.

No século XX notamos a gigantesca transformação na economia global que de óbvio ampliou a linha de produção das empresas, e conseqüentemente mudou todo o cenário das relações trabalhistas.

A flexibilização das leis trabalhistas compreende para alguns a minimização do rigor normativo concatenando as relações empregatícias ao capitalismo, encravado este pelo aumento da competitividade entre as empresas, estas procurando sempre atender a qualidade de seus produtos e serviços, agilidade na produção destes com o enxugamento quando possível dos custos desta produção.

Neste de cenário, a tela que incrementa a terceirização se apresenta com a drástica redução do rigor das leis trabalhistas, com a aplicação de medidas “flexibilizadoras” pelo Estado e empresas que entenderam que na contratação de outras empresas especializadas haveria um progresso no meio empresarial na qual tal percepção seria atendida pela exigência do próprio mercado. Entende Lívia Miraglia (2008) que não haveria supressão de direitos trabalhistas, no máximo haveria apenas uma adequação legal normativa para atender a realidade social.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2015), o objetivo principal da terceirização “não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer no mercado” (MARTINS, 2015, p. 152).

Entende-se que a especialização do processo produtivo das empresas prestadoras de serviço, a terceirização possibilita um aumento da qualidade das atividades desempenhadas, aumentando a produtividade e a qualidade, proporciona um acirramento da competitividade entre empresas, que, ao disputarem pelo mercado, findam por baixar os seus preços dos serviços ou produtos, o que consiste em um benefício para toda a sociedade.

Contudo, após a explanação otimista da flexibilização no mercado de trabalho pontua Ferraz (2015) que ao longo da historicidade do Direito do Trabalho passamos por diversas e profundas mudanças sociais que de certa forma influenciaram as contratações de trabalho em todo o mundo:

“A relação de trabalho, influenciada pelas transformações sociais, passou por várias mudanças ao longo da história. A escravidão, a servidão e as corporações de ofício foram algumas das formas de trabalho adotadas antigamente. Porém, o marco principal para a evolução do Direito do Trabalho está intimamente ligado à Revolução Industrial do século XVIII, que impôs uma nova relação entre trabalho e capital” (FERRAZ, 2015, S/D, *on line*).

A motivação pelas necessidades instintivas do ser humano sempre resultou em segregação social.

Para o autor Luciano Martinez em seu livro “Curso de Direito do Trabalho” (2014) relata que:

“[...] o raciocínio formador dos grupos sociais impõe uma troca: vai a liberdade civil em sentido lato, o descompromisso, a solidão e a desproteção; vem a liberdade convencional em sentido estrito, o compromisso de classe, a solidariedade e a proteção dos iguais [...] onde o interesse individual cedeu espaço ao coletivo, o trabalho sempre foi visto como importante fator de agregação social” (MARTINEZ, 2014, p. 57).

Desta forma se produz, com o aprimoramento e aprofundamento das relações oriundas do instinto de sobrevivência do indivíduo no meio, um valor social do trabalho que por si só este termo “trabalho”, completa Martinez (2014a), possui uma ideia de pena e o trabalho por conta alheia impôs um sentimento bem mais negativo, com fundamentos remotos, pelo estudo da história em torno do um conceito relacionado a um sentimento de dor e sofrimento¹⁰ e que hoje relacionamos o trabalho como um essencial atributo da dignidade da pessoa humana.

Partindo deste pressuposto de evolução histórica observamos a carga valorativa do termo trabalho, hoje realçamos que no binômio contratual da relação de trabalho o empregado

¹⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais, e coletivas do trabalho. 2014, p. 58.

(artigo 3º da CLT) e o empregador (artigo 2º da CLT) produzem entre si o contrato de emprego que os obriga e condiciona em seus direitos e deveres em devida proporcionalidade contratual.

No mais, a legitimação destes atores envolvidos depende da anuência de ambas as partes, que se faça oportuno, que na relação contratual haverá uma proteção maior ao empregado que possui status de vulnerável diante da evidência de que o trabalho humano produtivo possui um valor social a ser protegido.

O engenho jurídico aqui cunhado de direitos sociais para sua efetivação, necessita da intervenção do Estado, daí a proteção necessária ao contrato de trabalho que surge quando o homem livre juridicamente deseja prestar a outro um serviço que pode ser voluntário ou não, o contrato em si se forma quando se há a procura e a oferta do fazer.

A terceirização, como já exposto, é um fato que deve sim ser aceite, mas não pode ser perpetuado sem haver o equilíbrio social do contrato de trabalho, podendo assim haver de forma constitucional a flexibilização de normas justralhistas em consonância com a necessidade do empregador naquele momento e inserido em um contexto regional analítico.

Toda via, até que ponto podemos analisar, sob uma ótica neutra interpretativa, que a terceirização oriunda da flexibilização das normas trabalhistas trouxe progresso ou retrocesso à relação de emprego e trabalho?

É o que veremos nos capítulos a seguir.

2.1 Diferenças entre a flexibilização e desregulamentação nos contratos laborais: apontamentos dos reflexos da flexibilização na relação terceirizante

É notória a ótica que a exploração da força de trabalho está diretamente vinculada a cultura laboral nos tempos de hoje. As mudanças de paradigmas são gritantes e aberrantes em um extremo e em outro temos beleza da evolução humana na busca incessante de um sempre e constante sentimento de inovação, transformação.

Não devemos confundir a flexibilização com desregulamentação, pois na desregulamentação o empregado e o empregador acordam as regras de sua relação empregatícia, por meio do contrato individual de trabalho, afastando totalmente o Estado da normatização.

Já a flexibilidade das relações trabalhistas significa minimizar a burocratização e os obstáculos de cunho formal dos contratos trabalhistas, como por exemplo, período de trabalho.

A autora Priscila Campana (2000) diferenciou claramente flexibilização e desregulamentação, apesar do tempo este conceito continua a ser aplicado:

“Flexibilização, poderia ser definida como a possibilidade, inserida na própria lei existente, de excetuar alguns direitos trabalhistas, tornando-os maleáveis, o que já ocorre. E, nessa orientação flexibilizadora, pode-se tentar conceituar o que seja a “desregulamentação”, como uma segunda etapa do projeto neoliberal, pois a legislação trabalhista não sofre mais maleabilidade e sim é descartada, em nome de formas auto-compositivas de solução de conflitos” (CAMPANA, 2000, p. 136).

Sendo assim, conclui-se que a desregulamentação é um tipo de flexibilização promovida pela legislação vigente. Podemos elucidar que a desregulamentação busca a competitividade entre as empresas, possibilitando a flexibilidade dos paradigmas no tocante ao recrutamento de mão de obra, em face da rigidez das normas trabalhistas.

Nesse entendimento, tem-se que a desregulamentação significa retirar as normas heterônomas das relações de trabalho do seu regulamento legal, a fim de dar espaço à flexibilização, que por sua vez, busca a diminuição da rigidez das leis trabalhistas, com sua desregulamentação, na flexibilidade na contratação de empregados, na rescisão dos contratos de trabalhos e a extinção do princípio protetor do empregado.

Por mais promissor que se possa parecer, a atuação do Estado nas relações laborais, após a Revolução Industrial¹¹ se mostrou mais efetiva, porém com o passar do tempo tal atuação foi ofuscada pela mitigação de direitos e garantias dos trabalhadores, tendo o Poder Público ação omissa, quieta, ausente no que concerne à regulamentação da normativa da

¹¹ A Revolução Industrial teve um cunho estreitamente político atrelado em sua forma, na busca de se restabelecer o justo e ordenado estado natural das coisas. A essa expressão temos a precisão histórica do ora mencionado movimento revolucionário nos Estados Unidos (1170-1783) e na França (1798-1799) na busca incessante por novos métodos e alternativas de liberdade nos ditames de uma nova ordem. Martinez apud Orlando gomes e Elson Gottschalk, com, apoio de Mariano Pierro, assim surge a Revolução Industrial fruto concebido por conta das alterações substanciais operadas sobre os meios de produção e especialmente sobre os trabalhadores. “*Estes, até então disperso, e baseado na cooperação individual, passaram a concentrar em grandes fábricas, ocasionando transformações sociais e econômicas*” (MARTINEZ, 2014, p. 60).

desenfreada flexibilização/desregulamentação terceirizada de cunho fraudulento por parte do empregador.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2014) a flexibilização do Direito Laboral “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos” (NASCIMENTO, 2014, P.53).

Possuímos diversas posições doutrinárias sobre a temática das quais destacamos o ilustre professor Sergio Pinto Martins (2002) que aduz sobre o vocábulo e conceitos sobre a flexibilização:

“[...] flexibilidade é qualidade de flexível; elasticidade, destreza, agilidade, flexão, flexura; faculdade de ser manejado; maleabilidade; aptidão para variadas coisas ou aplicações; é o que pode dobrar ou curvar; é o contrário de rigidez. Flexível vem do latim *flexibile*. Na prática, os estudiosos acabaram preferindo o termo flexibilização. A palavra flexibilização é um neologismo, não encontrado nos dicionários. É originária do espanhol *flexibilización* [...] O certo não seria falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas em flexibilização das condições de trabalho, pois estas que serão flexibilizadas [...] Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação ente capital e o trabalho” (MARTINS, 2002, p.65).

Sob análise minuciosa, até o momento a doutrina e as práticas das políticas laborais aduz que a flexibilização é mais que um instituto produzido e deliberado obrigado no seio social, concretiza-se, pois, como instrumento necessário a ser utilizado pela sociedade diante da realidade de competição de mercados ao longo das últimas décadas.

Por vias de fatos imprevisíveis, pois, o Direito do Trabalho vê-se obrigado a mitigar as disposições de proteção do proletariado de modo a adequar os preceitos justraballistas às novas exigências impostas pela realidade econômica, política e social de um dado momento.

Em estudo centrado a flexibilização das condições de labor no Direito do Trabalho nestes moldes, lhe afiguraria como instrumento adequado às exigências de um novo tempo, apropriado à realidade, condizente com a lógica evolutiva do Direito do Trabalho social e humanizado.

Neste ponto temos que a flexibilização da relação da condição laboral torna-se a centralidade de combinações que para alguns soa desastrosa e para outros rentáveis, no ponto de vista econômica e lucrativo.

Em crítica concepção para alguns autores argumentam que a flexibilização não passa de uma farsa proveitosa em temos o empregador, controlador das disposições laborativas onde não há discussão ou negociação entre o empregado, sendo posto a este apenas ordens diretivas.

Do outro lado, temos o trabalhador que já inserido em uma situação frágil e excludente, se vê coagido a sujeitar-se à um pacto laboral que muitas vezes, de forma temporária ou não, pactua tendo em seu reflexo, a supressão de garantias e direitos, condições mínimas de um saudável e seguro contrato trabalhista.

Delgado (2014) ao analisar a flexibilização laboral com fulcro no desregular controle da terceirização, parte de uma premissa de que a questão dos limites constitucionais compreende muito mais além do que a liberdade de iniciativa do empreendedor, “[...] também o dever estatal de proteção constitucional aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como veículo de afirmação do Estado Democrática de Direito”. (DELGADO, 2014, p. 7).

Oportuno esclarecer que é determinante a atuação do Ministério Público do Trabalho na proteção dos direitos dos trabalhadores por meio de ações civis públicas no combate da desvinculação e abuso de empresas nas atribuições de uso da terceirização ilícita e desregulamentada.

Neste trabalho, aludimos diretamente à terceirização privada nos contratos individuais de trabalho, reforçando os moldes constitucionais com devido respeito e aplicabilidade da humanizada Carta Magna, afinada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Há a proteção da relação contratual do trabalho embasado na dignidade da pessoa que também é fundamento da Organização Internacional do Trabalho em base constitutiva ativa.

A OIT é o órgão que expressa com evidência objetiva e direta os propósitos do direito internacional do trabalho, sendo um órgão das Nações Unidas que procura fomentar a justiça social e os direitos humanos e laborais reconhecidos em todo o mundo. Sendo criada em 1919 com base no Tratado de Versalhes, convertida em 1946 em primeiro órgão especializado das nações Unidas¹².

Este órgão visa efetivar uma ação orientadora de políticas que sirvam de orientação para todos os países membros internacionalizando disposições gerais e específicas sobre o trabalho. Sobre a temática do trabalho ora produzido, este defende a OIT a relação e

¹² MARTINEZ, Luciano. opus citatum – op. Cit

contratual laboral em conformidade com os princípios e regulamentos oriundos e baseados na justiça social e protetiva ao trabalhador.

Não há regulamentação normativa legal fundada sobre a terceirização, apenas a posição da OIT em defesa das garantias constitucionais do empregado, entretanto, a OIT permite a aplicabilidade da terceirização de acordo com o regimento legal de cada país instituidor.

A discussão no que se refere a retrocesso ou progresso, temos normas constitucionais que auferem aos trabalhadores direitos consolidados, vejamos o artigo 7º da Carta Magna, por exemplo, os incisos: VI, XIII e XIV, *ex vi*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. (BRASIL. Constituição Federal do Brasil, 1988).

No atento dever do Estado vemos que há tanto a possibilidade de não se dispor dos direitos trabalhistas, como também temos um Estado que permite a mínima supressão de tais direitos por Acordo Convenção Coletiva, entre sindicatos ou sindicatos e empregadores.

Conferiu-se, também por disposição constitucional que regras de Direito do Trabalho pudessem sofrer restrições por simples acordo negocial entre associações, ou entre essas e empregadores.

Temos um Estado que atribui ao particular a livre negociação de direitos e garantias das condições de trabalho, e essa livre manifestação dos empregadores é algo preocupante, visto que não possuímos nenhuma fiscalização de caráter permanente. Ademais, há outros preceitos constitucionais, também observados no artigo 7º, que flexibilizam o Direito do Trabalho, embora em outros moldes tais como:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- X - proteção do salário na forma da lei;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei. (BRASIL, Constituição Federal do Brasil de 1988).

Tal normatividade não condiz com a lógica de proteção do trabalhador, ancorada em preceitos de ordem pública, de caráter imperativo. Pois se utiliza um processo legislativo “menos solene” do que aquele para alteração do texto constitucional, concebendo-se a possibilidade de regulamentação da matéria, sem estabelecer critérios bem definidos de atuação ou de observação de direitos mínimos.

Sendo assim a flexibilização é tema frequente quando se discute a necessidade de reforma da CLT ou revisão de alguns aspectos de seu conteúdo, como já discutido ela surge com as crises econômicas e do próprio local de trabalho.

Neste ponto aqui indagamos: Flexibilizar é preciso?

Não há uma resposta pronta e acabada para esta indagação de cunho social, econômico, jurídico e político, mesmo porque tal resposta demandaria um estudo aprofundado próprio e direcionado.

Posicionamentos distintos de doutrinadores e aplicadores do direito engradece ainda mais esta discussão, que valerá um estudo mais aprofundado e doutrinário. A seguir veremos a flexibilização na aplicabilidade direta nas relações de labor em nosso país.

2.2 Flexibilização na aplicabilidade regulamentar nas relações de emprego terceirizante

Podemos expor de forma propícia a necessidade da flexibilização, onde esta depende do ponto do visto e do momento de sua aplicabilidade, depende de regulamentação normativa objetiva e protetiva dos direitos e garantias laborais, é possível e até necessária a flexibilização laboral desde que haja o bom senso do que se pode e como se pode flexibilizar.

O Direito do Trabalho busca soluções com vistas a se adaptar à nova conjuntura socioeconômica mundial e nacional e amenizar os efeitos da crise econômica sobre a classe operária, onde possuímos infelizmente em nosso país alto índice de desemprego em massa e a precarização das relações de trabalho como alguns exemplos dos principais problemas enfrentados na atualidade.

No prisma juslaboral, um dos segmentos do direito que mais vem acarreta os reflexos com esses infortúnios, também precisa se adaptar a tais inovações, ressaltando que há a competitividade entre homem e máquina dentro do mercado de trabalho desde os tempos da Revolução Industrial, o mercado informal e o desemprego que provocaram grotescas alterações nas relações empregatícias, exigindo da Ciência Jurídica alternativas novas com devida regulamentação.

Segundo o professor Paulo Sérgio João, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas¹³, na flexibilização das relações laborais se configura em um claro e lógico deslocamento do campo individual de proteção social para o campo coletivo de proteção coletiva, onde os princípios de solidariedade e comunhão de interesses se interagem diante do processo da flexibilização.

Para o professor Paulo Sergio João (SD *on line* 2015):

“A flexibilização é uma forma de proteção social em sentido amplo, incentivadora do crescimento coletivo capaz de gerar maior estabilidade e eliminar conflitos, características que não encontramos da proteção individual em que cada um se preocupa com o próprio bem estar” (JOÃO, SD *on line* 2015).

“[...] a Justiça do Trabalho tem papel de fundamental importância no reconhecimento de acordos coletivos derogatórios de normas coletivas

¹³ JOÃO, Paulo Sérgio. professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas Em seu artigo no site da Revista Consultor Jurídico, sobre a matéria “Crise econômica reanima debate sobre a flexibilização das relações de trabalho” (Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2015-out-23/reflexoes-trabalhistas-crise-economica-reanima-debate-flexibilizacao-relacoes-trabalho>>> Acesso em 18 de março 2016)

inseridas em convenções coletivas de trabalho ou mesmo de leis trabalhistas quando submetidas a transação nos locais de trabalho. Não se trata mais de proteção social e individual, mas de norma de caráter coletivo cuja proteção social refere-se ao grupo beneficiado. Aqui não há espaço para análise de caráter individual.” (JOÃO,SD *on line*, 2015).

No entendimento do professor Paulo Sérgio João, em momento de crise ou adaptação se faz necessário a flexibilização para manter o vínculo de emprego, protegendo assim o empregado de uma indesejada demissão, procura-se a preservação do emprego naquilo que é possível, havendo uma participação transformadora do sindicato em atender os trabalhadores em seus locais de acordo com a realidade da qual ele está inserido e não mais à procura de proteção de uma categoria ampla sem análise específica de tais.

Afinal, cada região dispõe de uma particularidade que deva até por demais ser levada em consideração, em análise geográfica, cultural, econômica, social e política. Os contratos de trabalhos devem moldar a essa análise de realidade local, havendo um ajuste de interesse e se fazendo entender em linha clara a real função social da empresa, onde esta não pode ser produzida sozinha.

A reformulação da legislação trabalhista é uma das propostas que se mostra como solução à crise do desemprego em nosso país. Há também à imperiosa necessidade de regulamentação das novas relações de trabalho, entre outros problemas decorrentes do processo desenfreado mundial da globalização, do avanço da economia de mercado, dos progressos tecnológicos, todos estes teriam como válvula de escape para combate a flexibilização das normas laborais.

Acredita-se, assim que a flexibilização produziu a terceirização como uma das formas de diminuição do desemprego, o que não se confirma ao analisarmos o cenário econômico e social do nosso país. O que se nota é a verdadeira precarização dos direitos dos trabalhadores.

Aqui cabe elucidar o papel do Estado, personificado no Judiciário Trabalhista, para uma regulamentação e fiscalização destes contratos mais particulares de trabalho, baseando e seguindo a orientação firme e linear legal de um texto que acoberte e não sonegue direitos e garantias assegurados na CLT e na Constituição Federal.

Data venia, a crise econômica mundial influencia de fato a flexibilização porque os direitos sociais tornaram-se um ônus insuportável para as empresas que passavam por dificuldades financeiras.

Em nosso país, como já exposto em capítulo próprio, 1.1 Evolução histórica normativa da terceirização no Brasil – o nosso ordenamento jurídico já implementou formas flexibilizadoras a possibilidade da compensação de horas extras e a modificação do regime ininterrupto de revezamento, inseridos no bojo da Carta Magna, no art. 7º, incisos III, VI, e XXVI, prevê ainda várias leis ordinárias acerca do tema, além de decretos, portarias, jurisprudência, entre os quais podemos citar:

A Lei nº 6.019/76 – Anterior à Carta Constitucional de 1988 instituiu o trabalho temporário no Brasil.

A Lei nº 8.949/94 – Acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT e pôs fim à existência de vínculo empregatício entre o trabalhador cooperado e as cooperativas e entre aqueles e as empresas tomadoras de serviço destas, o que serviu para legalizar o processo das falsas cooperativas introduzidas no país em fins dos anos 80 e início dos anos 90, inicialmente no interior do nordeste brasileiro na área industrial e, posteriormente, em outras regiões do país na área rural, estendendo-se para outros setores como bancos e serviços de informática.

O Decreto 2.100 – O Brasil deixa de ser signatário da Convenção nº 185 da OIT que limita as demissões arbitrárias ou injustificadas, o que serviu tanto para facilitar como para aumentar o número de demissões vigentes em nosso país.

A Medida Provisória nº 1.698-46/98 – Determinou que a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas fosse facultativa, além de autorizar os trabalhos aos domingos no comércio varejista sem a obrigação do pagamento de horas-extras.

A Medida Provisória nº 1.709-1/98 – Criou e disciplinou o trabalho a tempo parcial com duração máxima de 25 horas semanais e salário proporcional ao período integral. Posteriormente, alterou o § 2º do art. 59 da CLT dispensando o pagamento das horas-extras, desde que compensadas, possibilitando a realização de jornadas extraordinárias também para o trabalho a tempo parcial através do “banco de horas”, o que antes era proibido.

A Medida Provisória nº 2.164-14/01 – Criou a possibilidade da previsão do banco de horas inserido no § 2º do art. 59 da CLT.

O Art. 476-A da CLT - Permitiu a suspensão do contrato do trabalho do empregado para que o mesmo participe de curso de qualificação profissional (usado principalmente quando a empresa se encontra em dificuldades financeiras).

Art. 58-A da CLT - Instituiu o trabalho part-time, permitindo o trabalho em regime de tempo parcial (no máximo 25 horas semanais), percebendo o obreiro salário proporcional ao tempo trabalhado.

A Súmula 331 do TST - Permitiu a terceirização de mão-de-obra para as atividades meio, secundária, acessória, auxiliar.

Entre outras medidas flexibilizadoras. Para a doutrina neoliberal, sob análise do atual cenário de escassez de recursos, o Estado não poderia promover despesas com programas sociais, entende-se que, prevalecente seria de que apenas a ampliação da liberdade e a ausência do Estado seriam capazes de resgatar a saúde financeira da economia e das empresas – e, por consequência, de toda a coletividade.

De acordo com este paradigma, seria necessário revisarmos os direitos trabalhistas para reduzi-los ou amenizá-los até à medida que se tornassem suportáveis para as empresas. Como então realizado de acordo as instituições de Medidas, Decretos, Leis supracitados acima.

Entretanto, não devemos direcionar o avanço econômico em face de todo arcabouço legal de proteção ao trabalhador, seguindo essa linha não podemos deixar que a legislação trabalhista seja um possível entrave às transformações ocorridas na sociedade, especialmente quanto à dinâmica da economia. Tal observação não deve ser esquecida.

Porém, o Estado brasileiro alicerçado como um Estado Democrático de Direito deve exercer sua função de promoção do bem de todos, aplicando o seu dever negativo de não permitir que a flexibilização pela terceirização se enraíze na profunda perda de direitos sociais.

Defendemos que deve haver a aplicação dos direitos fundamentais sociais aos contratos de trabalho terceirizados. Em harmonia do artigo 170 da Constituição Federal que expõe:

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

[...]

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Verificamos notadamente com a leitura do dispositivo constitucional supracitado que podemos inferir a Ordem Econômica Constitucional brasileira como um dos fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa privada.

A valorização do trabalho humano é também fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos no art. 1º, inc. IV da CF/88, nos levando a crer que a valorização do trabalho é um princípio,

Para que haja a adequação da terceirização aos preceitos instituídos que não lesionem a ordem econômica nacional, o Direito do Trabalho e a nossa Constituição Federal, Maurício Godinho Delgado (2016) expõe três trilhas a serem observadas pelas práticas constitucionais laborais: a isonomia remuneratória entre os terceirizados e os empregados originais da tomadora de serviços; a necessária responsabilização do tomador de serviços; a necessidade de representação e atuação sindical dos trabalhadores terceirizados, o que veremos no subcapítulo 3.1 deste trabalho.

CAPÍTULO 3 - CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A palavra Terceirização deriva da palavra terceiro, outros termos também são designados por diversas doutrinas, tais: subcontratação, desverticalização, intermediação, externalização.

No dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define terceirizar como sendo o **ato** de transferir a terceiros (atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação). **Terceirizar**, portanto, é incumbir um terceiro uma atividade que, embora não seja a principal, poderia ser exercida por quem **terceiriza** e não o é em razão da adoção de determinada estratégia econômica.

Para Vólia Bomfim Cassar (2016) a terceirização é uma relação trilateral formada entre o trabalhador, intermediador de mão-de-obra e o tomador de serviços, sendo um mecanismo jurídico que permite ao um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.

Dispõe conceitualmente Maurício Godinho Delgado (2016) que a terceirização é:

“[...] o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido” (DELGADO, 2016, p.452).

A terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Trata-se de uma forma de meio de trabalho, que está gerando inúmeros debates e polêmicas até os dias de hoje, sua centralidade consiste em que uma empresa transfere uma atividade-meio, a qual não agrega valor ao negócio, para outras empresas especializadas na atividade de prestação de serviços terceirizados.

Já Luciano Martinez (2014) afirma que:

“[...] a terceirização é uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação. Anote-se que tem sido frequente a opção empresarial pela **quarteirização**, um fenômeno da organização do processo produtivo caracterizado pela contratação de uma empresa de serviços para gerenciar parceiras, trata-se de uma variável do tema “descentralização produtiva” [...] em última análise seria uma terceirização da própria terceirização.” (MARTINEZ, 2014, p.262).

Em análise pormenorizada dos conceitos ora expostos, confirma-se que a terceirização é uma fenômeno reflexo da flexibilização das relações laborais, que moldam a realidade econômica, política e social do empregador e empregado.

Para Cruz (2015) “terceirizar é vender o trabalho de outrem por meio de um intermediário que se apropria do pagamento dos salários sem a necessidade de garantir a amplitude do leque dos direitos trabalhistas”.

Há outras formas de aplicação da terceirização das quais Cherchglia (2002, *on line*) define como:

“[...] desverticalização que é o repasse de funções a um fornecedor especializado; prestação de serviços, sendo esta forma a mais conhecida, quando há um terceiro que pratica uma atividade-meio no local do tomador de serviço; franquia quando uma determinada empresa concede a terceiro o uso da sua marca para comercialização; compra de serviços quando uma empresa de capacidade saturada precisa aumentar sua demanda e alia-se a parceiros complementares; nomeação de representantes quando uma empresa contrata outras para que estas lhe represente; concessão quando uma empresa condiciona a outra o uso de sua marca para comercialização de seus produtos ou serviços; - Concessão: ocorre quando uma empresa atua em nome de outra, que condiciona o uso da sua marca e comercialização dos seus produtos; permissão uso típico da terceirização de serviços públicos a exploração de serviço público repassada para uma empresa permissionária;

alocação de mão-de-obra que ocorre quando há compra ou aluguel de horas de trabalhos de cunho temporário ou sindical [...]” (CHERCHGLI, 2002, *on line*).

Notoriamente temos a evidência de um conjunto estrutural laboral que modifica as relações sociais em ritmo acelerador, tendo que o Direito do Trabalho obrigatoriamente acompanhar tal ritmo, que as normas oriundas de 1943 não mais se adequem a proteção, regulamentação e fiscalização do novo cenário nacional.

Enquanto no modelo tradicional, bilateral segundo palavras de Delgado (2014), é a regra padrão nos contratos de trabalho, onde o empregado presta serviços diretamente ao empregador com o qual possui vínculo empregatício (art. 2º, *caput*, CLT), na terceirização a relação é trilateral ou triangular segundo Delgado (2014), onde o empregado presta serviços ao tomador, embora não seja seu empregado efetivo. A relação de emprego é estabelecida com outro sujeito, a empresa interveniente ou fornecedora.

Gabriela Neves Delgado (2014a) em perfeita sintonia doutrinária evidencia um regime paralelo de emprego rarefeito, maquiado por se tratar de baixa densidade protetiva, como dito, uma relação triangular de trabalho. Expõe que:

“[...] o regime de emprego terceirizado em sua opinião, é desnaturado em sua substância protetiva, em decorrência das repercussões deletérias imanes da terceirização sobre o trabalho humano, em face da lógica de mercado que intercepta o trabalhador e o beneficiário final da mão-de-obra [...] havendo assim ruptura operacional teórica das normas de direito fundamental afetadas por esse fenômeno, carecendo desta forma de limites imanes do direito de livre contratação, firmados no denso conteúdo protetivo das regras constitucionais que notoriamente disciplinam a relação de emprego socialmente protegida.” (DELGADO, 2014, p. 9)

Para alguns a terceirização seria responsável pela criação de novos postos de trabalhos e acirramento competitivo entre as empresas, configurada no ideal e decisivo fomentador para o desenvolvimento econômico, explicam-se pela tese do princípio da livre iniciativa (art. 170 da CRFB), aumentando a produtividade e qualidade de produção de bens ou serviços, ofertando aos empresários baixos custos e contratação de mão-de-obra não qualificada ou pouco qualificado, abarcando desta forma boa massa populacional em experiência ou desempregada, solucionando a crise do desemprego que assola o nosso país.

Data venia, há uma contrapartida preocupante para o trabalhador, pois este fenômeno exige uma alta rotatividade de mão-de-obra, causando insegurança e instabilidade laboral com a tomadora de serviços, havendo a fatídica realidade de precarização e fragmentação dos direitos dos trabalhadores.

O Direito ao trabalho é um direito fundamental ao trabalhador, pois dentro deste o homem se afirma como tal, toda e qualquer forma de trabalho legal faz parte da essência do ser humano, este sendo digno personifica, o trabalho apenas ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui defendido.

No que tange o lado empresarial da relação empregatícia, temos que a terceirização auxilia o empresário na medida em que a contratação de outra empresa para execução de atividades acessórias ou secundárias, como queiram, ao seu negócio implica dentre outros fatores na redução com a folha de pagamento, e conseqüentemente o aumento do lucro.

Por outro prisma, sob a ótica jurídica, verificamos que a contratação de serviço terceirizado se efetiva de um mecanismo utilizado pelos tomadores de serviço para se distanciar da responsabilidade que lhes é devida relativamente aos trabalhadores contratados, diminuindo os custos, aumentando a produtividade, e garantindo uma melhor competitividade no mercado.

É sabido que o homem precisou enfrentar inúmeras batalhas para conseguir ser valorizado no meio laboral, com um trabalho digno e que respeitasse suas limitações e necessidades.

3.1 Terceirização e suas subdivisões

A terceirização pode ser dividida no entendimento de Cassar (2008) em:

- a) Terceirização temporária ou permanente, sendo a temporária adotada por um curto lapso temporal, para atender a demanda eventual. Já a permanente, pode ser contratada de forma contínua para necessidade permanente da empresa.
- b) Terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio, onde a atividade-meio é qual em que os serviços subcontratados se inserem na atividade-fim do tomador. A terceirização-meio é a regra no ordenamento jurídico pátrio, onde esta incide na exteriorização de mão-de-obra na atividade-meio do tomador.
- c) Terceirização regular ou irregular, não obstante a terminologia tem que a contratação regular se respalda na forma prevista em lei ou quando não prevista em lei, mas em

atividade-meio ausentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT. Já para contratação irregular ela trata da terceirização ilícita, ferindo a lei ou cometida diante fraude, nesta já que não existe lei que a proíba, viola princípios básicos do Direito do Trabalho ou regras administrativas.

- d) Podemos aqui expor a classificação segundo Cassar (2008) no que preconiza Maurício Godinho Delgado e Alice Monteiro as terceirizações ilícitas e lícitas, onde estas se caracterizam por atender o dispositivo sumular 331 TST, somente ainda a sua licitude em observância do inciso III, cuja terceirização será lícita se houver ausência de pessoalidade e subordinação. Já as terceirizações ilícitas serão todas as aquelas sem amparo da Súmula 331 TST.

Neste diapasão verificamos as subdivisões da terceirização em um ângulo metodológico, pois em um polo temos a licitude de forma aplicada na terceirização lícita em conformidade com o único dispositivo legal que a regi, a Súmula 331 TST e ao texto legal do trabalho temporário e em outro polo temos a ilicitude da terceirização esta em desconformidade com a supracitada Súmula.

Para Delgado (2016) configurada a terceirização ilícita se desfaz o laço laboral com o empregado aparente, ou seja, a entidade terceirizante, formando o vínculo justrabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregado *oculto* ou *dissimulado*), onde recairá “sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante” (DELGADO, 2016, p. 505).

No entanto na terceirização regular (incisos I e III da Súmula 331), como já exposto, mantém-se intocado o vínculo com a empresa terceirizante, não havendo vínculo empregatício do obreiro com o tomado de serviços.

3.2 Terceirização no direito comparado: breve análise

Não é aplicável o fenômeno da terceirização em todo o mundo, embora ela em nosso país seja uma produção oriunda dos Estados Unidos e China. Tal não aceitação em alguns países consiste no fato de que a terceirização traz consigo “nefasto” dano ao trabalhador.

A terceirização não é apenas matéria de estudo brasileiro, em outros países há sua aplicabilidade possuindo na maioria dos casos regulamentação própria.

Cassar (2008) apresenta a Itália, México e a Suécia como tais países contra a terceirização, na França há a contratação temporária (artigo 125-3 do Código do Trabalho francês), Bélgica, Noruega, Países Baixos da mesma forma possui regulamentação sobre a temática.

Países que permitem a terceirização, porém não a regulamentam temos a: Alemanha, Inglaterra, Luxemburgo, Irlanda e Suíça. Já no Japão a prática da terceirização é bastante utilizada, como também os Tigres Asiáticos, tendo eles regulamentação específica e objetiva.

Na América do Sul, países como a: Argentina, Colômbia e Venezuela admitem a terceirização, destarte, o Peru a admite, porém a limita.

Martins (2009) relata em breve análise à terceirização em alguns países do mundo, começando pela Alemanha onde temos a terceirização evidenciada nos contratos de subempreitada, não há regulamentação sobre o tema, apenas contratos coletivos. Na Argentina é permitida a locação temporária de trabalhadores, havendo a aplicação de responsabilidade solidária entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora (Decreto nº 390/76).

Na Colômbia , segundo Martins (2009a) há a atividade de prestação de serviços cabendo igualmente à Argentina, responsabilidade solidária no que concerne os débitos trabalhistas.

Já na Espanha, pelo Estatuto dos Trabalhadores, artigo 42, há a aplicabilidade da subcontratação de serviços ligados à atividade principal da empresa com os trabalhadores quites com a Seguridade Social, há a responsabilidade solidária no período laboral.

No país francês, em seu artigo L125.3 proibi a intermediação de mão-de-obra que tem a intenção de cessão de mão-de-obra diferente do trabalho temporário.

Sendo feita a terceirização na França por contratos de cooperação entre as partes, Martins (2009b) sendo também terceirizado a atividades-fim, desde que o poder diretivo venha do terceirizado.

No Japão diferente de muitos outros países a terceirização sempre esteve notória, a subcontratação é algo comum, onde certas empresas demandam para outras determinadas atividades na direção direta do empregador. No Japão não se permite a terceirização do transporte portuário e na construção em geral.

Os países dos Tigres Asiáticos (Cingapura ,Coréia do Sul, Taiwan, Hong Kong,) usam muito a terceirização, com o objetivo de cumprir os contratos de produção de mercadorias, em face de encomendas feitas por pequenas empresas.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) não possui um direcionamento para a terceirização, porém permite a sua aplicabilidade. Relata Martins (2009c) que há uma Convenção nº 96 de 1968 que visava à supressões progressivas das agências terceirizadoras, o que afronta o nosso direito brasileiro e a Declaração dos Direitos Humanos, pois deixa o trabalhador a mercê das empresas, tendo seus direitos trabalhistas suprimidos. Diante este abuso, esta Convenção foi denunciada pelo Brasil em 1972.

A terceirização fruto de uma relação de prestação de serviços, modelo trilateral ou triangular, como já detalhadamente fora exposto neste trabalho, nasce do pressuposto de necessidade de realização de um serviço, em que um terceiro, no caso a empresa tomadora requer da prestação de serviços um “empregado” para exercer específica tarefa, sem com este ter relação direta ou subordinada.

O contrato firmado entre as empresa é um contrato de natureza jurídica civil, enquanto que para o empregado e a prestadora de serviço, há a feitura de um a contrato de cunho empregatício.

Para tanto, devemos estudar de forma pormenorizada o instituto do contrato, aludido a seguir. Onde iremos partir do conceito geral emanado no Direito Civil até a sua absorção conceitual no Direito do Trabalho.

3.3 Conceito de Contrato de trabalho: Análise conceitual do Clássico ao Contemporâneo

Tartuce (2015) começa ao conceituar amplamente o contrato com o clássico retrato, “Não se pode olvidar que tão antigo próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e viver em sociedade.” (TARTUCE, 2015, p. 549).

O contrato em sua essência não é produto da sociedade apenas, nasce com ela, organiza-a antes mesmo de fundar-se como tal, basta analisarmos o período romano em que o contrato regia a realidade social.

No mais não podemos escusar de que há a necessidade veemente, principalmente na conjuntura brasileira e mundial de que o contrato surgiu para embasar e orientar os pactos e suas finalidades que atendam e cumpram os interesses individuais e coletivos, sendo esta a principal finalidade dos contratos. Que se faça cumprir obrigações, deveres, garantias e direitos, de um para o coletivo ou do coletivo para um único indivíduo.

O contrato é um ato jurídico bilateral ou plurilateral, “dependendo de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres” (TARTUCE, 2015, p. 550), constitui assim um negócio jurídico por excelência, devendo o seu conteúdo e objeto planar sob a licitude e aceites formais constitucionais e princípio lógicos. Tais requisitos independem de período histórico podendo este conceito ser observado nos contratos mais remotos aos mais atuais.

Tartuce apud Maria Helena Diniz¹⁴ demonstra que para a formação do contrato em si devemos observar a sua estrutura baseada na alteridade e funcionalidade, na consecução de “interesses contrapostos, mas harmonizáveis” (TARTUCE apud DINIZ, 2015, p.551).

Na Constituição Federal brasileira em seu artigo 3º¹⁵, inciso I, o contrato deverá sempre ser amparado em valores constitucionais, tais como: Boa-fé objetiva, solidariedade social e função social, este expresso no Código Civil (artigos 421 e 2.035).

No mundo negocial verifica-se a liberdade irrestrita para a celebração dos pactos e atos com determinadas pessoas, sendo o direito a contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, trata-se aqui de um direito existencial da personalidade produto este da liberdade de contratar e ser contratado.

Não podemos aqui generalizar a contratação sem limites, já que possuímos um Poder Público que regra sobre as limitações de contratação volitiva. Fato.

Aqui retratamos a liberdade do setor privado da sociedade, caso em que este trabalho procura fundar-se objetivamente. Para Tartuce (2015) há um imperioso proposto do princípio da autonomia privada, “que leva ao caminho sem volta da adoção do princípio social dos contratos” (TARTUCE, 2015, p. 568).

Para o autor Tartuce apud Fernando Noronha¹⁶:

[...] foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade [...] (TARTUCE apud NORONHA, 2015, p. 568).

¹⁴ DINIZ, Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.12-15

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

¹⁶ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

Sendo assim a autonomia privada é um poder característico de particulares, tanto em sua formação quanto na sua regulação. Entretanto, cabe ao Direito do trabalho a regulação específica das relações jurídicas decorrentes da prestação de serviço subordinado, limitando-a legalmente impondo as partes harmonia equilibrada.

Porém, ao analisarmos todo o contexto histórico das relações de trabalhos mediante ao avanço capitalista no respeito e importância do contrato, mostra-se que este é suprimido diante da exploração maciça do homem em face do homem. O Direito do Trabalho é uma preciosa ferramenta e defesa da construção de justiça e democracia na relações de trabalho garantidas em nossa Constituição.

Há formas de proteger o obreiro, temos uma legislação rica e detalhista para defender esses trabalhadores, doravante, aos crédulos, tal proteção não se efetiva ou não alcança seu fim porque o contrato de emprego não é formalizado devidamente, pois ele (contrato) controla e limita direitos e obrigações de ambas partes, conquanto não é interessante ter um empregado regularmente contratado todavia, a riqueza em detrimento da produção humana não “regularizada” caminham ao mesmo lado.

Na CLT em seu artigo 442, direcionando o conceito de contrato que partimos da historicidade do conceito no Direito Civil e chegando ao Direito do Trabalho, define contrato como sendo um acordo que pode ser realizado de forma verbal ou de forma tácita, sendo este escrito ou expresso, onde há como já aludimos anteriormente, o tratamento das relações de emprego (empregador e empregado) produzindo conseqüentemente um vínculo empregatício por meio de um contrato que ratifica a prestação de serviços que serão ofertados pela empresa.

O trabalhador possui o documento basilar que personifica conceitualmente o contrato, qual seja Carteira de Trabalho, um dos principais documentos que constarão as atividades realizadas profissionalmente por um trabalhador¹⁷.

O contrato de trabalho tem como característica marcante a sua duração, onde estes contratos podem ser ordenados em contratos de “tempo determinado” e “tempo indeterminado”, bem como o contrato de “experiência”.

Naturalmente na feição solar dos contratos terceirizados, há o debate acerca do tratamento isonômico aplicável ao obreiro terceirizado em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados.

¹⁷ Site Guia Tarbalhista. Disponível em <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/terceirizados.htm>> Acesso em 22 de maio de 2016.

Debate este que Delgado (2016) ressalta resposta na própria Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74, art. 12, “a”) a par do preceito antidiscriminatório do art. 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, evidenciando ainda da jurisprudência largo desenvolvimento e aprofundamento ao longo da última década.

É taxativa a Constituição quando estabelece a proibição de distinção do trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF/88). Na Lei do Trabalho Temporário é garantida ao obreiro a remuneração equivalente á percebida pelo empregado da mesma categoria da empresa tomadora de serviços.

O preceito de isonomia ou comunicação remuneratória, como apresenta Delgado (2016), passou a ser interpretado pela jurisprudência na sua devida extensão. Sendo devidas no contrato de trabalho ao obreiro terceirizado todas as parcelas cabíveis de caráter salarial.

Não restando quaisquer dúvidas que o salário equitativo deverá ser aplicado a qualquer situação contratual que envolva o obreiro temporário. Ratificamos aqui que o trabalho temporário é uma das formas da terceirização ser aplicada nas relações empregatícias contratuais.

3.4 Da Responsabilidade nos contratos terceirizados

Nos estudos elencados neste trabalho vimos que a terceirização possui uma das suas marcantes e críticas características a responsabilidade por parte do tomador e o intermediador de mão-de-obra, no qual entre esta relação contratual de serviço focados no código civil impera a responsabilidade solidária (artigos 186 c/c 927 c/c 942 todos do código civil – *culpa in contraendo, in eligendo, in vigilando*).

Explica-se que a responsabilidade decorre tanto da Lei Civil (artigos 186 c/c 927 c/c 942)¹⁸ quanto das leis trabalhistas (artigos 9º, 2º e 3º da CLT)¹⁹.

Entretanto, a Súmula 331 do TST que regula todo o processo da terceirização não abordou em seu texto legal tal explicação, porém o fato de não expor a regulamentação da responsabilidade solidária não remete a não aplicabilidade.

Ratificamos aqui o principal pressuposto para a licitude da terceirização segundo a Súmula 331 do TST, ou seja, que não haja a subordinação jurídica e pessoalidade entre os

¹⁸ BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora de serviços, com exceção do trabalho temporário, pois este está tipificado em lei.

A responsabilidade como sabemos nasce de uma relação originária contratual não cumprida (MARTINEZ, 2014, p. 271), a natureza do débito ou dívida é elemento de natureza personalíssima.

Há casos em que pessoas assumem a responsabilidade por débitos de terceiros, originando a responsabilidade derivada ou subsidiária, sendo esta aplicável aos destinatários da terceirização, a fundamentação criativa dessa responsabilidade é a culpa in elegendo – baseada na eleição de uma terceira empresa para execução que incumbiria ao tomador – e in vigilando – fundada no dever de vigilância da regularidade da prestação do serviço atribuído a terceiros.

A responsabilidade subsidiária se caracteriza pela não concorrência, mas pela sucessão de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida, aduz pressuposto essencial para esta que o devedor originário não tenha patrimônio para saldar as dívidas, e somente neste caso e que se atacará o patrimônio subsidiário.

Vejamos a exemplo muito comum na terceirização, no caso de acidente de trabalho, se um empregado terceirizado sofrer um acidente de trabalho dentro da empresa tomadora de serviços (por dolo, culpa ou risco da atividade) a indenização fica a cargo da empresa contratada ficando a empresa tomadora de serviço apenas como responsável subsidiária, porém, se comprovado que o acidente ocorreu por culpa ou dolo da tomadora aí teremos um polo para compor a indenização das duas empresas de forma equitativa.

Vejamos um julgado sobre a responsabilidade solidária em caso de acidente de trabalho em caso similar em tela do Tribunal Superior Roraima.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS PELOS DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS E PENSÃO MENSAL VITALÍCIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO.

O eg. TRT decidiu que as reclamadas devem ser responsabilizadas de forma solidária, nos termos do art. 942 do Código Civil, em vista do acidente de trabalho que vitimou de forma grave o reclamante. Neste contexto, não há falar em contrariedade ao item IV da Súmula nº 331 desta Corte, na medida em que não trata da responsabilidade em caso de indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes de acidente do trabalho, mormente quando "evidenciado que as reclamadas autorizaram o ingresso do reclamante na subestação energizada para que fossem executados os serviços

sem que houvesse proteção física em frente ao barramento - painel de controle, ou até mesmo em quadro desenergizado, fator este preponderante para a ocorrência do evento danoso". Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. REPRESENTAÇÃO POR SINDICATO DE CATEGORIA PROFISSIONAL DIVERSA. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da presença concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência do sindicato da categoria profissional. No caso dos autos, não há assistência pelo sindicato representativo da categoria do reclamante. Assim, não preenchidos os requisitos preconizados na lei, o reclamante não faz jus aos honorários advocatícios. Esta c. Corte Superior também já consolidou seu entendimento acerca da matéria, nos termos das Súmulas 219 e 329. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 201141620135040406, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 13/05/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015).

Temos assim que a responsabilidade subsidiária é uma construção da doutrina e jurisprudência, não esquecendo que o devedor originário e o devedor subsidiário são demandados juntos nos ritos de lide trabalhista, basta analisarmos a jurisprudência acima.

Há autores que defendam que para a terceirização a responsabilidade mais protetiva aos direitos do trabalhador seria a responsabilidade solidária.

Vejamos algumas jurisprudências sobre a responsabilidade subsidiária para que haja por parte do Judiciário, Tribunal do Trabalho de Roraima - uma maior proteção ao trabalhador:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Nos termos da Súmula nº 331, VI, do TST, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, inclusive os débitos de natureza fiscal (imposto de renda). Recurso de revista conhecido e provido.(TST - RR: 1454120115050023, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 08/04/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. I. O Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, nos termos do item IV da Súmula 331 do TST, o que obsta o processamento do recurso de revista por incidência do óbice contido no art. 896, § 7º, da CLT (redação da Lei 13.015/14) e na Súmula 333 do TST c/c art. 557, caput, do CPC. II. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - AIRR: 107991620155180101 Data de Julgamento: 11/11/2015, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015).

Nos casos das jurisprudências ora supracitadas o dever da tomadora nota-se que é ser zelosa na escolha das empresas que lhe prestam serviço, e igualmente fiscalizar o bom e fiel cumprimento das obrigações pela contratada.

Assim, deve assumir os riscos da conduta da prestadora, que estão entrelaçados à culpa *in eligendo* e *in vigilando*, de modo que, em se tornando esta inadimplente, é seu dever responder pelos prejuízos causados aos trabalhadores que atuarem na execução do contrato.

Se o tomador for ente Público aplica-se o dispositivo da Lei ° 8.666/93²⁰, artigo 71, § 1º, que exclui a responsabilidade trabalhista (além de outras) da administração pública nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços contratada por licitação pública. Pois contratar empresa prestadora de serviços não caracteriza, conforme ratifica Cassar (2014) em serviço público e nem se enquadra no poder de império da administração pública.

Maurício Godinho Delgado (2016) estrutura a responsabilidade estatal em três correntes distintas: a primeira corrente considera a terceirização ilícita, que, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer benefício para o trabalhador ilicitamente terceirizado.

Para a segunda corrente o autor argumenta aquela que sustenta a validade do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador de serviços, que admite, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

²⁰ Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

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

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

E a terceira corrente concerne naquela que garante ao trabalhador terceirizado o direito a todas as verbas trabalhistas devidas durante o período laborado, igualmente àquelas remuneradas ao empregado estatal que possua vínculo de emprego com a Administração Pública.

Orienta tal discussão jurisprudência do Tribunal do Trabalho de Roraima abaixo:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. O Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do ente público, porque constatou a omissão do tomador dos serviços na fiscalização das obrigações trabalhistas da prestadora como empregadora, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista de que não se conhece.(TST - RR: 691001720125170101Data de Julgamento: 17/02/2016, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do ente público, porque constatou a omissão do tomador dos serviços na fiscalização das obrigações trabalhistas da prestadora como empregadora, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - AIRR: 15708120125020046. Data de Julgamento: 11/11/2015 Data de Publicação: DEJT 13/11/2015).

A figura da terceirização é uma realidade, inclusive, no caso das jurisprudências supracitadas, amparada por lei. Mas, o trabalhador não pode ser apenado pela inexecução contratual, principalmente porque o Estado é que obteve proveito do labor do reclamante.

Nesse ponto, o disposto no art. 71, da Lei n.º 8.666/93 não desobriga o tomador de serviços de responsabilidades subsidiárias, mas sim, atribuem responsabilidades primárias ao contratado.

A legalidade da contratação por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária, conforme o segundo reclamado deseja demonstrar. Indiscutível, portanto, a responsabilidade subsidiária da recorrente, inexistindo violação do art. 5º, II, da Constituição da República e dos demais dispositivos legais invocados.

A disposição do artigo 37, § 6º, CFRB, prevê a responsabilidade objetiva do Estado em relação a terceiros prejudicados, resguardando-se às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, o direito à ação regressiva contra o responsável pelos danos.

Apesar de o tema ter sido tratado em 2003 com muita clareza por Gabriela Neves Delgado, mostra-se ainda atual a responsabilidade ausente nos contratos terceirizantes como relata a autora:

“Não restam dúvidas, portanto, que a única maneira de se eliminar a prática ilícita terceirizante é imputando a responsabilidade solidária às duas empresas que praticaram a irregularidade. A previsão da responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu a conduta irregular terceirizante consiste em assegurar-lhe tratamento promocional, favorável, idêntico àquele que a ordem jurídica defere à empresa que realizou terceirização lícita. Isso é simplesmente um contrassenso. Se a ordem jurídica geral quer no velho Código Civil, quer no novo estatuto civilista, enfatiza a responsabilidade solidária entre aqueles que cometeram ilicitudes, não é lógico que o Direito do Trabalho, mais interventivo do que o Direito Civil, mostre-se acovardado diante de uma conduta normativa promocional da própria ilicitude trabalhista.” (DELGADO, 2003, p.182)

Tal artigo comentado (artigo 37, § 6º, CFRB), sendo uma norma constitucional, sobrepõe-se ao disposto na lei 8.666/93 e, no caso de conflito entre as normas, é de se aplicar o estabelecido na Constituição Federal, além de que, nesses casos, a responsabilidade pode ser presumida pela culpa *in vigilando*, uma vez que cabe ao ente público fiscalizar a execução do pacto por parte da empresa contratada.

A tempo, relevante deixar registrado, para dissipar dúvida porventura remanescente, que o contrato de índole civil firmado, ainda que lícito entre empresas do setor privado, não tem o condão de eximir responsabilidade da tomadora de serviços pelo pagamento das parcelas trabalhistas deferidas em qualquer Juízo, porquanto favorecida pelos serviços prestados pelo reclamante.

Esclarece-se que a tomadora somente responderá pelo adimplemento das obrigações trabalhistas depois de "apurada a inidoneidade financeira" da empresa prestadora de serviços.

CAPÍTULO 4 - A TERCEIRIZAÇÃO NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O debate atual ainda inconcluso sobre a terceirização rege ao “[...] controle civilizatório pela ordem jurídica do país” (DELGADO, 2016, p. 525), a ausência legislativa do fenômeno em comento inserido no contexto econômico-social brasileiro tem levado a jurisprudência e a doutrina à procura de instrumentos de controle civilizatório desse processo, de modo à compatibilizá-lo com as bases de princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no mundo civilizado, no caso em nosso país.

Como é sabido a própria jurisprudência e a doutrina, Delgado (2016b) relata a essência da captura prática organizacional e de conduta vivenciadas informalmente na convivência social e enquadra-las às regras e princípios fundamentais do ordenamento jurídico, para isto “[...] interpreta-se a ordem jurídica e, á falta de regras específicas regentes daquelas práticas, encontram-se soluções normativas no conjunto do Direito para situações aparentemente não tratadas pelos diplomas legais disponíveis” (DELGADO, 2016, p. 525).

Com isso a terceirização mostra-se um marcante exemplo revelador desse caráter do Direito e da dinâmica de suas relações com o cotidiano concreto de uma sociedade, sendo este conceito e forma domado pela jurisprudência submetendo esta a terceirização a forma de contratação laboral crua em consonância do conjunto de princípios que moldam o Direito do Trabalho.

Em suma, diz-se que o Direito é essencialmente finalístico, onde há a interprojeção dos valores e metas considerados relevantes para sociedade em determinado período histórico para se firma o equilíbrio social e harmônico das relações sociais, tendo enfim alicerçado no Direito do Trabalho os valores essenciais do fenômeno terceirizante.

O Presidente do TST, Ives Gandra Martins Filho, na data de 23 de fevereiro de 2016 em entrevista no site do Senado Federal²¹, discutiu a polêmica envolvendo o tema da terceirização, aonde este afirma que a regulamentação do fenômeno é inerente ao trabalhador, pois nota-se que é aviltante negar que sempre haverá o estigma de hipossuficiência do obreiro em face aos seus empregadores.

Defensor da regulamentação do fenômeno em comento, o Ministro presidente do TST argumentou que:

²¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Apoia a regulamentação da Terceirização. Institucional. Em entrevista ao site do Senado Federal - Agência Senado - (disponível em: << <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/renan-calheiros//gandra-pede-regulamentacao-da-terceirizacao-a-renan>> Acesso 23 de fevereiro de 2016)

“Hoje temos apenas uma Súmula do TST que trata da terceirização. A Súmula 331 diz o que é possível fazer ou não, se é atividade-fim ou atividade-meio. Enquanto não tivermos uma legislação explicando quais direitos devem ser garantidos ao trabalhador, o que é possível ou não terceirizar, um juiz vai decidir de um jeito e outro juiz, de outro. As empresas e o próprio setor público ficam desorientados. Se conseguirmos uma lei melhor trabalhada, que dê explicações melhores a alguns marcos mais definidos, poderá dar mais segurança não só às empresas, mas aos trabalhadores.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. Entrevista concedida ao Site do Senado Federal na data de 23 de fevereiro 2016. Sobre Terceirização e regulamentação).

Entende o Ministro que quem mais sofre com a ausência de regulamentação sobre a temática é o trabalhador.

O Direito brasileiro sempre procurou a melhor interpretação e defesa dos valores do trabalho em consonância com os princípios basilares da relação contratual empregatícia.

Nas demandas mais comuns, o TST tem posicionamento coerente em seus discursos sobre a terceirização, do qual na jurisprudência (algumas delas neste trabalho expostas) repudia tal fenômeno da atividade-fim, sendo esta caracterizada como atividade ilícita e predatória para o trabalhador, bem como repudia a não responsabilização das parcelas trabalhistas devidas ao obreiro que prestou o serviço a empresa tomadora.

O TST protetor maior das leis laborais, também não pode e nem deve se ater a apenas a interpretação de uma única Súmula.

O Ministro do TST e antecessor de Ives Gandra Martins Filho, Barros Levenhagen, afirmou na entrevista concedida no site do TST²² na data de 13 de abril de 2015, ser "equivocada" a ideia de que a Justiça do Trabalho seja protecionista.

Segundo o Ministro Barros Levenhagen há aplicação de uma legislação que tenta equilibrar forças dando superioridade jurídica ao trabalhador diante da superioridade econômica da empresa.

Continua o Ministro a explicar que TST não teria legislado o tema da terceirização por mera liberalidade. Citando os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e 126 do Código de Processo Civil (CPC) para explicar que o juiz não pode deixar de decidir

²² LEVENHAGEN, Barros. Em entrevista ao site do Tribunal Superior do Trabalho - (disponível em <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/presidente-do-tst-abre-audiencia-publica-sobre-terceirizacao-no-senado>. Acesso 15 de maio de 2016).

alegando lacuna na lei, e, nesses casos, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Ratifica se posicionamento ao arguir que "[...] Com uma quantidade enorme de processos decorrentes da terceirização, o Tribunal tinha de se posicionar" enfatiza o Ministro.

Dos 27 Ministros do TST 19 já se mostraram contra o PL 4330/04, o Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho (Coleprecot) chamado a opinar sobre o PL nº 4.330/04, subscreveu, na íntegra, o documento assinado por dezenove dos vinte e sete Ministros do TST que se manifestaram contra a aprovação do projeto de lei segundo o site MIGALHAS²³, os Ministros enfatizaram problemas na elaboração do Projeto de Lei que regulariza a terceirização (documento em anexo na íntegra)²⁴.

Pelos apontamentos levantados, é razão solar entender o posicionamento adotado pelo TST, na medida em que o quando o Poder Legislativo deixa de cumprir sua missão na elaboração de leis, o Judiciário passa a “ocupar” esse espaço, visto que os sujeitos envolvidos nos processos de sua jurisdição necessitam, até por uma questão de devida prestação jurisdicional, uma solução judicial para limbo jurídico, propondo a constitucionalidade da Súmula 331 TST, tendo como fundamento adotado para o acolhimento possível violação à liberdade de contratar no âmbito do princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, CFRB).

Há o entender do MM. Relator a prevalência de que a proibição de terceirização da atividade-fim viola o princípio da liberdade de contratar.

Nas trilhas percorridas pela evolução da terceirização no Brasil encontram-se dois pontos que sempre recaem em vários debates, pois através destes analisamos o conflituoso embate que envolve esse fenômeno.

Ratifica a observação prática da discussão Delgado (2016) os pontos da isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados originais da empresa tomadora de serviços e a responsabilização do tomador de serviços pelos valores trabalhistas oriundos da prática terceirizante, “esses dois mecanismos principais que, hoje, após longos anos de debate, a jurisprudência tem elegido como viabilizadores da adequação mínima necessária da fórmula terceirizante” (DELAGADO, 2016, p.525).

²³ Site Migalhas. (Disponível em << <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI219064.71043-Maioria+dos+ministros+do+TST+ja+se+manifestou+contra+projeto+de>>> Acesso em 16 de maio 2016).

²⁴ Documento apresentado ao Site Migalhas produzido pelos Ministros do TST que evidencia pontos falhos no projeto de lei 4330/04. – EM ANEXO. Site Migalhas. (Disponível em << <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI219064.71043-Maioria+dos+ministros+do+TST+ja+se+manifestou+contra+projeto+de>>> Acesso em 16 de maio 2016).

Há um terceiro ponto que aqui não abordaremos sendo este merecedor de estudo próprio que é a representação e atuação dos sindicatos que a terceirização carece.

4.1 Projeto de Lei 4330/2004 – PLC 30/2015: o que muda para o trabalhador?

Paralelamente a temática objeto deste estudo encontra-se prévia regulamentação no Projeto de Lei 4330/2004, que se “revela” um benefício direto e seguro ao trabalhador brasileiro, na medida em que introduz mecanismos de atuação, fiscalização e regulamentação clara, até então inexistente.

O Projeto de Lei nº 4.330 de autoria do Deputado Sandro Mabel, que tem por finalidade dispor sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Partindo-se de uma análise inicial sobre o projeto, cabe atentar-se para a justificativa apresentada junto à sua propositura.

Entretanto há a ausência de vínculo laboral na essência legal do projeto, pois independentemente do ramo de prestação de serviços o projeto acaba autorizando uma espécie de terceirização irrestrita, em total desconformidade com o texto da Súmula 331 do TST, o qual limita a terceirização tão somente a atividades-meio da empresa, fadando de ilicitude a intermediação na contratação de mão-de-obra para o desempenho da atividade-fim desenvolvida no estabelecimento.

O texto do PL 4330 inverte e desequilibra a dinâmica contratual laboral, transformando em regra o que deveria ser exceção (analisar documento supracitado neste trabalho elaborado pelos Ministros do TST).

Ao permitir um aprofundamento da mão de obra terceirizada em todos os níveis de atividade de uma empresa, a norma alastra os riscos da precarização, colocando em cheque a relação entre o patrão e empregado assegurada pela CLT, não havendo pelo projeto de lei uma diferenciação entre a atividade-meio e a atividade-fim.

Sob a ótica analítica do projeto de lei críticos argumentam que tal abertura de qualquer atividade para prática da terceirização ensejará fraudes na relação de emprego e garantias sociais dos trabalhadores, ou seja, a empresa poderá produzir bens e serviços sem ter qualquer empregado formal e direito, o que é vedado nos moldes dos princípios constitucionais que regem o direito do trabalho.

Nesta mesma alinha de raciocínio, o artigo 5º da supracitada lei da terceirização, pretende que sejam permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma

consecutiva. A personalidade, vedada no instituto da terceirização na Súmula 331 TST, não mais será respeitado.

Dois pontos marcantes do projeto de Lei 30/2015 merecem nossa atenção, como já exposto à primeira modificação permite que a empresa tomadora de serviços terceirize, inclusive, sua atividade-fim, apesar da Súmula nº 331 permitir a terceirização somente de atividade-meio, fato é que coube a doutrina tentar definir o que seria “atividade-meio” ou diferenciá-la da atividade-fim. Dilema que até os dias de hoje não fora acertado, não há consenso doutrinário quanto a essa definição que não é fácil para os doutrinadores e juristas.

Com o tempo cada juiz ou Tribunal deferiu conforme seu próprio entendimento, caso a caso. Não há uma certeza absoluta, com exceção, na atividade principal da empresa que consta em seu cadastro – CNPJ.

A segunda modificação e segundo alguns otimistas, seria a mais benéfica para os empregados, uma vez que a Súmula nº 331 prevê a responsabilidade subsidiária e não a responsabilidade solidária, o Projeto de Lei determina a responsabilidade solidária do tomador de serviços, em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do artigo 16, consoante dispõe o artigo 15:

Art. 16. A contratante deve exigir mensalmente da contratada a comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta, que efetivamente participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:

- I – pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
- II – concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;
- III – concessão do vale-transporte, quando for devido;
- IV – depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- V – pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;
- VI – recolhimento de obrigações previdenciárias.

No artigo supratranscrito inclui apenas algumas das principais obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Com a alteração da responsabilidade subsidiária para a solidária, o empregado, na ação trabalhista, poderá executar as verbas deferidas a ele em juízo elencadas no artigo 16 em face

da empresa tomadora de serviços, sem ter que executar primeiro a empresa prestadora de serviços (sua empregadora) e aguardar que esta não pague a execução.

Caso seja aprovado no Senado, o Projeto de Lei 30/2015, conhecido como a “PEC da Terceirização”, estará legitimada a subcontratação de todos os serviços de uma empresa.

Na nova legislação deverá a empresa tomadora dos serviços fiscalizar a empresa contratada no que respeita ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, conferindo assim uma maior segurança ao trabalhador.

No caso de inadimplência deverá a empresa tomadora de serviços proceder ao pagamento dos salários e encargos dos empregados da empresa contratada. Tendo a ainda o gozo das mesmas condições laborais dos empregados diretos, apenas.

Durante a tramitação do Projeto de lei 4330/04 na Câmara dos Deputados fora indagado a possibilidade da terceirização irrestrita também ser aplicada na Administração Pública. Após uma votação acirrada na Câmara, a redação final afirma que:

“As disposições desta Lei não se aplicam aos contratos de terceirização no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (CÂMARA DE DEPUTADOS - Projeto de Lei 4.330/2004).

Cumprе ressaltar que no texto legal 4330/04 não foi citada a Administração Pública indireta. O que quer dizer que, se o Senado mantiver essa redação e houver a sanção presidencial, será autorizada a terceirização na Administração Pública indireta, que envolve as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O projeto de lei 4330/04 recebeu nova identificação no Senado, onde foi registrada como Projeto de Lei da Câmara (PLC) 30/2015 e também deve enfrentar resistências e receber alterações, assim se espera pelas manifestações de vários senadores, dos quais Renan Calheiros e os líderes das duas maiores bancadas, Eunício de Oliveira (PMDB-CE) e Humberto Costa (PT-PE) ratificam que terceirizar a atividade-fim é um erro grotesco e irreparável e que a PEC terá que passar por algumas modificações²⁵.

A PEC encontra-se na Secretaria Legislativa do Senado Federal aguardando leitura de requerimento.

²⁵ Disponível em Site do Senado Federal – Agência Senado:<
<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/04/28/chega-ao-senado-o-projeto-da-terceirizacao>> Acesso em 29 de maio de 2016.

Elucidemos diante de todo o exposto que a relação empregatícia deva ser regida por uma proteção de limites constitucionais ao obreiro, a dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das contratuais de trabalho.

O respeito à dignidade do trabalhador se insere na categoria dos direitos supra-estatais e que a Igreja Católica inclui no elenco dos direitos naturais, cuja observância não deve depender da vigência de tratados internacionais ou leis nacionais.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), no seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

A nossa Constituição elegeu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (art. 1º, inciso III); esclarece que a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna (art. 170, caput); afirma que a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável são esteios da família (art. 226, § 6º) e confere à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

O desemprego e a precarização do trabalho associa o Direito do Trabalho aos Direitos Humanos, não como um acessório deste, mas como um de seus fundamentos básicos.

O trabalho decente, com remuneração justa, é elemento essencial à dignidade humana e eficaz elemento à paz social.

A supressão de garantias fundamentais é lesão direta e inconstitucional ao ordenamento jurídico pátrio, sendo assim, acreditamos que a regularização diante da fática flexibilização das relações de trabalho que se configura como produto das transformações econômicas, sociais e políticas em nosso país seja urgentemente vital.

A terceirização ampla e sem limites não deve ser absorvida nas práticas de pacto laboral, exige-se apenas uma lei objetivamente contundente para a fiscalização e efetivação de seus limites verdadeiramente dignos.

CONCLUSÃO

No trabalho realizado, procuramos expor a relação contratual da terceirização em nosso país de forma ampla, apresentando sua historicidade, apreciando o generalizado processo do qual hoje possuímos a ausência de regulamentação específica e objetiva que limite e fiscalize o supramencionado fenômeno.

São necessárias novas reflexões que agreguem com respeito o controle civilizatório da terceirização em consonância com a CLT e a Constituição Federal, de forma que acompanhe verdadeiramente o ritmo e especificidades que tal dilema enseja.

A flexibilização que para alguns soa como uma forma de proteção social em sentido amplo, incentivadora do crescimento coletivo, da qual haveria a adaptação da realidade do empregador, podendo este, por liberalidade, gerar mais empregos e cargos e em contrapartida seriam geradas menos demissões para a sua empresa.

Tal cenário seria possível apenas pelo fato de que o empregador não estaria preso à rígida legislação trabalhista brasileira e o empregado, na contrapartida estaria laborando, garantindo seu sustento ou sobrevivência.

Nesse modelo pactual há um direto acordo das condições que revolucionam a forma de contratar, o trabalhador que por muitas vezes se encontra no desespero da necessidade para trabalhar e garantir a sua sobrevivência e a da sua família abdica várias vezes de direitos consolidados em nossa Carta Magna e no texto legal da CLT, guardião dos direitos dos trabalhadores, direitos e garantias que muitas vezes estes trabalhadores nem sabem que existe.

A mudança ocorrida de forma pragmática da flexibilização do trabalho, no que tange o fenômeno da terceirização, acarreta graves e desajustadas consequências para o trabalhador brasileiro, fragilizando os alicerces tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio construído ao longo da história.

A flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que vem se servindo países de economia de mercado, como no caso do Brasil. Sendo assim, mister se faz conceber que tal mutante realidade deva ser analisada sob a óptica atenta de toda a sociedade.

Expor as consequências para a sociedade laboral da flexibilização e desregulamentação, se faz por demais necessários, principalmente para cientificar a sociedade do que ocorre muitas vezes nos contratos de trabalhos de cunho ilícito, sendo possível identificar tal lisura e assim combater esta mal.

O trabalhador brasileiro deve entender o valor do seu trabalho, o valor da sua dignidade e ao empregador incentivá-los para exercer a real função social de sua empresa. Na grande maioria dos casos denunciados ao Ministério do Público do Trabalho, distintos tratamentos são auferidos aos trabalhadores da tomadora de serviços em detrimento dos trabalhadores da empresa prestadora de serviços onde percebe-se que não há respeito algum das garantias de segurança no trabalho e dos direitos fundamentais.

Enraizada nas relações laborais, a terceirização não contém ainda em nosso ordenamento jurídico regulamentação finalística, ou seja, temos este precioso e complexo tema tratado apenas por uma Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho de 1993.

O Projeto de lei, a exemplo da PEC 4330/04 renomeada pelo Senado Federal para PLC 30/2015, elaborado com a objetividade maculada para o interesse próprio capitalista, libera a terceirização de forma irrestrita e ampla, contradizendo o texto sumular já segmentado nas decisões jurisprudenciais e pelo próprio posicionamento do TST sobre essa liberdade vergonhosa da ampla e irrestrita prática terceirizante.

Desta forma esse trabalho procurou demonstrar a necessidade de uma busca de um “controle civilizatório” do fenômeno em epígrafe para que este possa ser utilizado de forma consciente e controlado sem haver prejuízos para os trabalhadores, como também assegurar que não haja supressão de direitos, deveres e garantias, onde a tutela jurídica conquistada não passe mormente ao cenário aqui exemplificados.

Haja vista que, as batalhas enfrentadas pela classe trabalhadora em nosso país não devam ser esquecidas ou suprimidas pela necessidade da economia em busca do equilíbrio financeiro próprio e egoístico. Sabendo-se que a noção de força de trabalho é algo indissociável da cultura laboral dos tempos modernos.

O trabalho em si é um valor que alimenta a dignidade da pessoa, é o que identifica o trabalhador em seu caráter e no seu meio social, direito a um trabalho pleno é um direito constitucionalmente defendido pela nossa Carta Magna.

Finalizamos este trabalho a provocar a sociedade para uma reflexão à efetividade de uma realidade mais humana na flexibilidade da terceirização na relação empregatícia, onde haja para o trabalhador, ao menos normativamente, condições dignas e minimamente justas, dentro das fáticas mudanças nas relações de trabalho que moldam o cenário laboral brasileiro.

Essa reflexão depende de uma ação de fiscalização da própria sociedade em nossos representantes políticos, e estes atentarem que vivemos em um Estado Democrático de Direito, sendo dever de o nosso Estado garantir aos trabalhadores a efetiva promoção dos

direitos humanos e garantia de proteção aos direitos e garantias trabalhistas conquistados, sem que haja entravamento do progresso econômico necessário a qualquer nação.

Ao que nos resta, após a realização deste trabalho é que nosso Senado possa melhor refletir sobre a PLC 30/2015, havendo toda consciência de limitar à prática da terceirização e todo o seu dos dobramentos para assim construir um ambiente digno, seguro e saudável, voltado para atender as necessidades do obreiro.

Propor políticas públicas de inserção do trabalhador no mercado de trabalho é dever de nosso Estado. A terceirização não pode jamais ser uma exceção que virou regra.

Cabe o imperioso trabalho ao Direito do Trabalho, que possui uma das suas inúmeras e honradas funções, melhorar as condições de contratação das relações laborais e esse dever/função tem que ser visto como fundador do ideal da justiça social nas relações de trabalho em comento, por meio de normas que garantam a dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. D.O.U. 05.10.1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15 mai. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 22 mai. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. BRASIL. Projeto de Lei (PL) 4.330 de 23 de outubro de 2004. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>> Acesso em maio de 2016.

_____. **Decreto Lei nº 200 de 25 de Fevereiro de 1967** - Observa-se que o escopo do trabalho apresentado concerne na terceirização do setor privado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 22 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993** - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. **Senado Federal**. Disponível em Site do Senado Federal – Agência Senado:<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/04/28/chega-ao-senado-o-projeto-da-terceirizacao>> Acesso em 29 de maio de 2016.

_____. **Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. Dispõe sobre a legalidade do contrato de prestação de serviços. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 03 mar. 2016.

CAMPANA, Priscila. **O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico**. Brasília: Revista de informação legislativa, n. 147, 2000. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_147/r147-12.PDF>. Acesso em 06 jun. 2016.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Método, 2016.

CHERCHGLIA, Mariângela Leal. **Terceirização do trabalho nos serviços de saúde: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos**. 2002. Disponível em: <http://www.opas.org.br/rh/publicacoes/textos_apoio/pub04U3T5.pdf> Acesso em: 12 de març. 2010.

CRUZ, Felipe Santa. **Precarização do Trabalho**: Projeto de Lei da Terceirização transforma em regra o que deveria ser exceção. 26 de abril de 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/felipe-santa-cruz-lei-terceirizacao-transforma-excecao-regra> > Acesso em: 08 mar. 2016.

_____, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os Limites Constitucionais da Terceirização**. São Paulo: LTr, 2014.

_____, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo : Ltr, 2016.

_____, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ, Fábio. **Evolução histórica do direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm> > Acesso em: 21 abri. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2015.

GUIA TRABALHISTA. Disponível em <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/terceirizados.htm> > Acesso em 22 de mai. de 2016

JOÃO, Paulo Sérgio. professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas Em seu artigo no site da Revista Consultor Jurídico, sobre a matéria “**Crise econômica reanima debate sobre a flexibilização das relações de trabalho**” (Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2015-out-23/reflexoes-trabalhistas-crieseconomica-reanima-debate-flexibilizacao-relacoes-trabalho>>> Acesso em 18 de mar. 2016.

LEVENHAGEN, Barros. “**Presidente do TST abre audiência pública sobre terceirização no Senado**”. Em entrevista ao site do Tribunal Superior do Trabalho - Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/presidente-do-tst-abre-audiencia-publica-sobre-terceirizacao-no-senado>. Acesso 15 de mai. de 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. “**Apoia a regulamentação da Terceirização**”. Institucional. Em entrevista ao site do Senado Federal - Agência Senado - (disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/renan-calheiros//gandra-pede-regulamentacao-da-terceirizacao-a-renan>> Acesso 23 de fev. de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MIGALHAS. “**Maioria dos ministros do TST já se manifestou contra projeto de terceirização**”. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI219064,71043->

[Maioria+dos+ministros+do+TST+ja+se+manifestou+contra+projeto+de](#)> Acesso em 16 de mai. 2016.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 19. ed., rev. e atualizada São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil**: volume único. 4 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ANEXO

ANEXO A - No esquema abaixo temos uma breve visualização da situação atual do fenômeno da terceirização e como ficará após a aprovação na Câmara dos Deputados. Disponível em < fonte <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/04/entenda-o-que-diz-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao>> Acesso em 12 de março de 2016.

REGRAS PARA O SERVIÇO TERCEIRIZADO		
	Atualmente *	Projeto de Lei 4330/04**
 Responsabilidade das empresas envolvidas	A contratante poderá ser acionada na Justiça se a contratada não pagar os direitos trabalhistas e previdenciários (responsabilidade subsidiária)	Se a contratante fiscalizar os pagamentos, a responsabilidade continua subsidiária, mas se ela não fiscalizar passa a ser solidária e a contratante pode ser acionada na Justiça juntamente com a contratada
 Atividade que pode ser terceirizada	Atividade-meio da contratante	Qualquer atividade
 Filiação sindical	A filiação sindical é livre, mas a Justiça trabalhista tem reconhecido a submissão do contrato de trabalho a acordos e convenções coletivas com o sindicato da atividade preponderante da contratante se a terceirização for considerada irregular ou ilegal	Os empregados da contratada serão representados pelo mesmo sindicato dos empregados da contratante apenas se o contrato de terceirização for entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, garantindo os respectivos acordos e convenções coletivas de trabalho.
 Troca de empresa	Não é regulamentado. Prejuízos ao trabalhador são julgados a cada caso	Prevê que, se ocorrer troca de empresa prestadora dos serviços terceirizados com admissão de empregados da antiga contratada, os salários e direitos do contrato anterior deverão ser garantidos
 Garantia	Não é regulamentado	A contratada deverá fornecer garantia de 4% do valor do contrato, limitada a 50% de um mês de faturamento
 Acesso a restaurante e transporte	Não é regulamentado	Prevê que o trabalhador terceirizado terá acesso a restaurantes, transporte e atendimento ambulatorial oferecidos pela contratante aos seus próprios empregados
 Recolhimento antecipado de tributos	Não há regulamentação	A contratante deverá recolher antecipadamente parte dos tributos devidos pela contratada
<small>* Não há uma lei regulamentando o assunto, apenas jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da Súmula 331, de 2003</small>		
<small>** os deputados aprovaram o texto-base, mas não concluíram a votação do projeto. Ainda serão analisados pedidos de alterações no texto.</small>		

Fonte – Site da Câmara dos Deputados 2015: Esquema analítico da regulamentação vide Súmula 331 TST e o Projeto de Lei 4330/04.

ANEXO B - Abaixo na íntegra o documento ora apresentado pelo supramencionado site produzido pelos Ministros do TST:

“Brasília, 27 de agosto de 2015

Excelentíssimo Senhor deputado Décio Lima

Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

A sociedade civil, por meio de suas instituições, e os órgãos e instituições do Estado, especializados no exame das questões e matérias trabalhistas, foram chamados a opinar sobre o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que trata da terceirização no Direito brasileiro.

Em vista desse chamamento, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, infra-assinados, com a experiência de várias décadas na análise de milhares de processos relativos à terceirização trabalhista, vêm, respeitosamente, apresentar suas ponderações acerca do referido Projeto de Lei:

I. O PL **autoriza** a generalização plena e **irrefreável** da terceirização na economia e na sociedade brasileiras, no âmbito privado e no âmbito público, **podendo atingir quaisquer segmentos econômicos ou profissionais**, quaisquer atividades ou funções, desde que a empresa terceirizada seja especializada (*grifo nosso*).

II. O PL negligência e abandona os limites à terceirização já sedimentados no Direito brasileiro, que consagra a terceirização em quatro hipóteses:

1 - Contratação de trabalhadores por empresa de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.06.1974);

2 - Contratação de serviços de vigilância (Lei n 7.102, de 20.06.1983);

3 - Contratação de serviços de conservação e limpeza;

4 - Contratação de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistam a personalidade e a subordinação direta;

III. A diretriz acolhida pelo PL nº 4.330-A/2004, ao permitir a generalização da terceirização para toda a economia e a sociedade, certamente **provocará gravíssima lesão social de direitos sociais**, trabalhistas e previdenciários no País, com a potencialidade de provocar a migração massiva de milhões de trabalhadores hoje enquadrados como efetivos das empresas e instituições tomadoras de serviços em direção a um novo enquadramento, como trabalhadores terceirizados, deflagrando impressionante redução de valores, direitos e garantias trabalhistas e sociais.

Neste sentido, o **Projeto de Lei esvazia** o conceito constitucional e legal de categoria, permitindo transformar a grande maioria de trabalhadores simplesmente em 'prestadores de serviços' e não mais 'bancários', 'metalúrgicos', 'comerciários', etc.

Como se sabe que os direitos e garantias dos trabalhadores terceirizados são manifestamente inferiores aos dos empregados efetivos, principalmente pelos níveis de remuneração e contratação significativamente mais modestos, o resultado será o profundo e rápido **rebaixamento do valor social do trabalho** na vida econômica e social brasileira, envolvendo potencialmente milhões de pessoas.

IV. O rebaixamento dramático da remuneração contratual de milhões de concidadãos, além de comprometer o bem estar individual e social de seres humanos e famílias brasileiras, afetará fortemente, de maneira negativa, o mercado interno de trabalho e de consumo, comprometendo um dos principais elementos de destaque no desenvolvimento do País. Com o decréscimo significativo da renda do trabalho ficará comprometida a pujança do mercado interno no Brasil.

V. Essa redução geral e grave da renda do trabalhador brasileiro – injustificável, a todos os títulos – irá provocar também, obviamente, severo problema fiscal para o Estado, ao diminuir, de modo substantivo, a arrecadação previdenciária e tributária no Brasil.

A repercussão fiscal negativa será acentuada pelo fato de o PL provocar o esvaziamento, via terceirização potencializada, das grandes empresas brasileiras, que irão transferir seus antigos empregados para milhares de pequenas e médias empresas – todas especializadas, naturalmente -, que serão as agentes do novo processo de terceirização generalizado. Esvaziadas de trabalhadores as grandes empresas – responsáveis por parte relevante da arrecadação tributária no Brasil -, o déficit fiscal tornar-se-á também incontrolável e dramático, já que se sabe que as micro, pequenas e médias empresas possuem muito mais proteções e incentivos fiscais do que as grandes empresas. A perda fiscal do Estado brasileiro será, conseqüentemente, por mais uma razão, também impressionante. Dessa maneira, a política trabalhista extremada proposta pelo PL 4.330-A/2004, aprofundando, generalizando e descontrolando a terceirização no País, não apenas reduzirá acentuadamente a renda de dezenas de milhões de trabalhadores brasileiros, como também reduzirá, de maneira inapelável, a arrecadação previdenciária e fiscal da União no País.

VI. A generalização e o aprofundamento da terceirização trabalhista,

estimulados pelo Projeto de Lei, provocarão também sobrecarga adicional e significativa ao Sistema Único de Saúde (SUS), já fortemente sobrecarregado. É que os trabalhadores terceirizados são vítimas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais/profissionais em proporção muito superior aos empregados efetivos das empresas tomadoras de serviços. Com a explosão da terceirização – caso aprovado o PL nº 4.330-A/2004 -, automaticamente irão se multiplicar as demandas perante o SUS e o INSS. São essas as ponderações que apresentamos a Vossa Excelência a respeito do Projeto de Lei nº 4.330-A/2004, que trata da ‘Terceirização’.

Respeitosamente,

Seguem as assinaturas dos ministros Antonio José de Barros Levenhagen; João Oreste Dalazen; Emmanoel Pereira; Lelio Bentes Corrêas; Aloysio Silva Corrêa da Veiga; Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Alberto Luiz Bresciane de Fontan Pereira; Maria de Assis Calsing; Fernando Eizo Ono; Marcio Eurico Vitral Amaro; Walmir Oliveira da Costa; Maurício Godinho Delgado; Kátia Magalhães Arruda; Augusto Cesar Leite de Carvalho; José Roberto Freire Pimenta; Delaílde Alves Miranda Arantes; Hugo Carlos Sheurmann; Alexandre de Souza Agra Belmonte e Claudio Mascarenhas Brandão.”