

A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite

RESUMO: *A intenção desta pesquisa é analisar a incidência da terceirização trabalhista e suas conseqüências para o trabalhador. Para alcançar esse objetivo, inicialmente é feito um estudo com as principais características da terceirização trabalhista, partindo-se de um relato histórico. Em seguida, traz-se o conceito de terceirização dentro da teoria do Direito do Trabalho, além da demonstração das vantagens ou desvantagens de se aplicar esse instituto no âmbito da empresa. Ademais, faz-se necessário uma incursão por sua evolução legislativa e jurisprudencial, que são determinantes para a compreensão da terceirização. Finalmente, passa-se ao estudo das características da terceirização lícita e da terceirização ilícita.*

PALAVRAS-CHAVE: *Terceirização trabalhista. Trabalhador. Direito do Trabalho*

ABSTRACT: *This research aims at analyzing the incidence of outsourcing and its consequences for the employee. In order to achieve this objective, we initially study the main characteristics of outsourcing, beginning with a historical narrative. Thereafter, we introduce the concept of outsourcing to the Labor Law theory and expose its advantages and disadvantages of use inside the firm. Furthermore, it is necessary to make an incursion throughout it's legislative and jurisprudential evolution, which determines the understanding of outsourcing. Finally, we study the characteristics of licit and illicit outsourcing.*

KEY-WORDS: *Outsourcing. Employee. Labor Law.*

SUMÁRIO: *1. Histórico; 2. Conceito; 3. Vantagens e desvantagens da terceirização; 4. Evolução legislativa e jurisprudencial; 5. Terceirização lícita e terceirização ilícita; 6. Conclusão; Referências.*

1. Histórico

A partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) surgiu a necessidade de aumento da produtividade na indústria bélica, com o objetivo de manter a oferta de armamento para os países em conflito. Como as grandes fábricas não conseguiam suprir toda a demanda, “a saída encontrada (...) foi remodelar a forma de produção, transferindo atividades não essenciais a outras empresas”¹. Dessa forma, a indústria percebeu que era necessário voltar seu foco para a produção de material bélico, delegando suas atividades secundárias a terceiros².

Após o conflito mundial, os países vencedores apresentaram grandes conquistas no plano econômico. Surgiu, naquele momento, o modelo de produção taylorista³, que aliado ao modelo fordista⁴, conduziu “ao elogio da grande planta industrial capitalista, com grandes massas de trabalhadores, vinculados a funções pouco especializadas, que se conectavam pela esteira rolante da linha de produção (...)”⁵.

1 FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81.

2 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

3 “Propondo a minuciosa separação de tarefas e sua conseqüente rotinização no processo laborativo interno à empresa, o método taylorista reduzia a necessidade de sofisticada especialização do trabalho, transformando-o em uma seqüência de atos basicamente simples. A partir daí, esta gerência científica do trabalho multiplicava a produtividade laborativa, viabilizando a explosão da produção massiva característica do sistema capitalista.” In DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 46.

4 “O fordismo, ao lado de implementar as proposições tayloristas, produz inovações no estratagema de gestão da força de trabalho e do próprio empreendimento empresarial, dando origem a um modelo de grande influência nas décadas seguintes no ocidente desenvolvido.” In DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. *op.cit.* p. 46.

5 DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. *op.cit.* p. 46.

Entretanto, em virtude da acumulação de capital durante duas décadas, ocorreu nos anos de 1970 umas das crises estruturais do capitalismo então vigente⁶, “instaurando uma fase de retrocesso e de limitação de direitos, cujos impactos afetaram estruturas e componentes do sistema capitalista de produção”⁷. Essa crise atingiu tanto os países centrais, quanto os países emergentes, já que a economia destes estava sempre vinculada às “oscilações positivas ou negativas do capitalismo central”⁸.

A crise capitalista da década de 70, na Europa Ocidental, provocou um abalo nas relações de trabalho e de emprego. Entre as transformações trazidas destaca-se o surgimento de um novo modelo de produção, a partir do paradigma do Estado Neoliberal, conhecido como modelo toyotista. Este “visa, em síntese, elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor”⁹.

É neste modelo que se implementa a idéia de horizontalização¹⁰ da empresa, em oposição ao método utilizado pelo tayloris-

6 “No cenário da forte crise econômica então desencadeada no Ocidente, com a exacerbação da concorrência interempresarial e mundial, inclusive com a célere invasão, naqueles anos, do mercado econômico europeu e norte-americano pelo novo concorrente japonês, tudo associado ao desenvolvimento da chamada terceira revolução tecnológica e das condições macropolíticas desfavoráveis ao Estado do Bem-Estar Social, passa-se a assistir à incorporação de novos sistemas de gestão empresarial e laborativa.” In DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 46

7 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.p. 163.

8 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno. op.cit.* p. 163.

9 DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. op. cit.* p. 47.

10 “Alguns autores, especialmente no âmbito da Administração de Empresas, usam o termo horizontalização da atividade econômica, em que as empresas transferem para outras parte das funções que exerciam diretamente”. In MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 20.

mo/fordismo, de manifesta organização verticalizada¹¹. Nesse sentido, afirma Maurício Godinho Delgado que

(...) o toyotismo propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa pólo. Passa-se a defender, então, a idéia de empresa enxuta, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais a seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final almejado¹². (grifo do autor)

Dessa forma, foi possível observar o surgimento de empresas de menor porte, cujo objetivo é prestar serviços considerados de importância periférica, não pertencentes ao objeto principal da empresa beneficiária. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado estabelece que

concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo¹³.

11 “Foi para se segurar dos riscos do mercado que Ford verticalizou sua empresa, dominando, passo a passo, todo o ciclo produtivo (...). Foi também por isso que acentuou os métodos tayloristas de divisão do trabalho, garantindo não só altas taxas de produtividade, mas sobretudo o controle da resistência operária”. In VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, v. 63, jul./1999, p. 885.

12 DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. *op. cit.* p. 48.

13 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 100.

Com isso, percebe-se que a terceirização trabalhista, mesmo tendo suas origens ainda na Segunda Guerra Mundial, foi efetivamente implementada no paradigma do Estado Neoliberal, a partir do modelo de produção toyotista.

2. Conceito

A princípio, cumpre observar que a terceirização trabalhista “recebe outras denominações, tais como focalização, horizontalização, *outsourcing*, externalização de atividades, parceria, contrato de fornecimento, subcontratação, entre outras”¹⁴. É necessário, entretanto, fazer uma ressalva em relação ao termo subcontratação, pois este somente deve ser utilizado “para definir situações em que a terceirização revestiu-se de ilicitudes (...)”¹⁵.

O termo terceirização é um neologismo¹⁶, entendido como a combinação da palavra “terceiro” somada ao sufixo “izar”, que corresponde ao sentido de ação¹⁷. Para Rodrigo de Lacerda Carelli, a expressão terceirização

*(...) demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a ‘terceiro’, no sentido de ‘outro’, da posição de empregador na relação empregatícia (e conseqüentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados*¹⁸.

14 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 78.

15 *idem. ibidem*.

16 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 19.

17 FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 86.

18 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

Já Luiz Carlos Amorim Robortella observa que

*a palavra 'terceirização' incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante*¹⁹

Conforme dispõe Maurício Godinho Delgado, a terceirização trabalhista consiste no

*(...) fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, que se preservam fixados com uma atividade interveniente*²⁰.

Rubens Ferreira de Castro, analisando a terceirização, estabelece que esta

(...) é uma relação jurídica que envolve o interesse de três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada tomadora. Por sua vez, a empresa especializada nos serviços con-

19 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização – Aspectos jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado. *Revista LTr* 58-08. São Paulo. Vol. 58, n. 08, ago. 1994. p. 938.

20 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 430

*tratados é chamada prestadora. E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora*²¹.

Percebe-se, assim, que essa forma de flexibilização da relação de emprego se relaciona à “possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa”²². Com isso, a empresa beneficiária poderá delegar à empresa prestadora de serviços a realização de atividades que não correspondam às suas atividades primárias.

3. Vantagens e desvantagens da terceirização

A terceirização trabalhista movimentada, no mundo, por volta de quatro trilhões de dólares anualmente, segundo dados do IAOP (International Association of Outsourcing) apreendidos em Orlando, nos Estados Unidos, entre 18 e 20 de Fevereiro de 2008²³.

Percebe-se, assim, que a terceirização é uma realidade que se faz presente nos dias atuais. Nas empresas, é tratada como uma prática cotidiana, cujos objetivos são aumentar a produtividade e reduzir os custos com pessoal e encargos sociais, em curtos intervalos de tempo.

Num primeiro momento, a terceirização apresenta-se como uma prática extremamente vantajosa. Luiz Carlos Amorim Robortella propõe que

21 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

22 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 22.

23 Jornal Diário do Comércio, do dia 18 de julho de 2008, *Regulamentação da Terceirização*, Edição 1595, p. A2.

*um dos aspectos mais atraentes da terceirização vem da possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para a aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias e em novos produtos.*²⁴

Há, ainda, a ideia de um aumento da qualidade das tarefas realizadas, em virtude da especialização das empresas prestadoras dos serviços.

Nesse sentido, a terceirização seria a grande responsável por criar, nos dias de hoje, a possibilidade de competição entre as empresas, já que “incrementa (...) a produtividade e a qualidade na produção, originando competitividade no mercado, o que pode baratear o preço dos produtos”²⁵, gerando, assim, benefícios para a comunidade.

Finalmente, há quem defenda a terceirização como uma possível solução para as crises de desemprego que se alastraram pelo mundo, pois, mesmo que precariamente, cria postos de empregos, possibilitando o desenvolvimento sócio-econômico dos países que a implementaram.

Rubens Ferreira de Castro patrocina esse raciocínio, afirmando que

A aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de empresas dentro da economia nacional, sendo que essas au-

24 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização – Aspectos jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado. *Revista LTr* 58-08. São Paulo. Vol. 58, n. 08, ago. 1994. p. 938.

25 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 23.

mentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social. (...) Essa importância é mais intensa no campo econômico e social, pois um dos principais objetivos do Direito do Trabalho é o pleno emprego, a garantia de trabalho para todos.²⁶

Por outro lado, questiona-se se a terceirização, dentro do contexto da flexibilização trabalhista, traz em seu bojo somente vantagens. Existem desvantagens claras à prática terceirizante, principalmente no que se refere a pessoa do obreiro.

Ao contrário do que se imaginava, a terceirização não é capaz de proporcionar rendimentos exorbitantes, pois como tende a ampliar o desemprego, reduz, simultaneamente, o mercado consumidor, gerando uma queda nas vendas e, conseqüentemente, nos lucros.

Sobre o contexto atual em que se insere a terceirização, sustenta João Bosco Leopoldino da Fonseca:

O fato é que a busca por ganhos de produtividade acaba com o emprego, entendido como a relação tradicional de trabalho, estável e dependente entre empregado e empregador, criando uma demanda por trabalho, sem vínculo estável.

O novo trabalhador não se enquadra mais no sistema fordista. A especialização é substituída pela generalização. A relação de trabalho tradicional tende a se reduzir, bem como o desemprego a aumentar. Essa situação traz uma contradição em si ao reduzir o emprego

26 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 80.

*e o número de empregados, reduz a renda disponível para o consumo. Assim, desemprega-se para ganhar produtividade e lucrar mais (ou não perder lucro para a concorrência). Mas a consequência é a redução de consumo, queda nas vendas, perdas da lucratividade.*²⁷

Além disso, “o mecanismo terceirizante também estimula processos de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho”²⁸.

Outro mito criado pela terceirização se refere à redução dos custos em virtude da delegação das atividades periféricas às empresas prestadoras de serviços. Fato é que não haverá diminuição dos gastos, já que a empresa terceirizante os terá, com relação à contratação, ao treinamento de pessoal, aos encargos trabalhistas, entre outros. Dessa forma, no momento de celebração do contrato de prestação de serviços, todos os valores investidos serão repassados à beneficiária, não existindo efetiva redução de custos²⁹.

Assim, não obstante sobreviva sob os argumentos de desenvolvimento econômico e competitividade no mercado, a terceirização consiste, efetivamente, numa precarização das relações laborais, em que o empregado tem seus direitos fragmentados.

27 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Globalização e Direito do Trabalho. *Rev. TST*, Brasília, vol. 65, n. 1, out/dez 1999. p. 217.

28 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 171.

29 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 81.

4. Evolução legislativa e jurisprudencial

A legislação sobre a terceirização em âmbito privado surgiu no Brasil, ainda muito timidamente, na década de 1960, tratando, em sua maioria, da possibilidade de contratação para a prestação de serviços em relação à segurança bancária, conforme observa Rubens Ferreira de Castro:

No Brasil a terceirização encontra seus primeiros sinais de existência nos Decretos-leis 1.212 e 1.216, de 1966 (que autorizam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas na relação de trabalho); no Decreto 62.756, de 1968 (que regulamenta o funcionamento de agências de colocação ou intermediação da mão-de-obra); no Decreto-lei 1.034, de 1969 (que determina medidas de segurança para o funcionamento de empresas de segurança bancária).³⁰

Porém, nessa mesma década, foi promulgado o Decreto-lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal brasileira, regulando a terceirização em âmbito público. Esse Decreto-lei, no § 7º do artigo 10, deixa claro que “o próprio Estado adotou o sistema terceirizado, enfatizando a prática da descentralização administrativa no tocante à operacionalização de tarefas meramente executivas”³¹. Por outro lado, houve omissão quanto à previsão de quais atividades seriam passíveis de transferência às empresas prestadoras de serviços.

30 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. op. cit. p. 75-76.

31 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 128.

Sendo assim, no início da década seguinte, objetivando definir quais as atividades poderiam ser transferidas para empresas interpostas, foi promulgada a Lei nº 5.645, que no parágrafo único, do artigo 3º, estabelecia:

Art. 3º. (omissis)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. (grifo nosso)

Percebe-se, dessa forma, que o rol exemplificativo trazido pela Lei nº 5.645 compreende somente atividades que não correspondem às atividades principais da máquina administrativa do Estado. Nesse sentido, conclui Gabriela Neves Delgado que “não há autorização legal para a execução de processos de terceirização de serviços relacionados à atividade-fim da administração pública”³².

Na economia privada, paralelamente, foram editadas normas que tratavam a terceirização em virtude de alterações significativas no modelo de produção, “o que levou o mercado privado a estimular novas práticas de contratação da força de trabalho e de gerência nas empresas (...)”³³. Nesse contexto, em 1974, foi publicada a Lei nº 6.019, que disciplina o trabalho temporário. Nove anos depois foi promulgada a Lei nº 7.102, relacionada ao trabalho de vigilância bancária.

32 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 129.

33 *idem. ibidem.*

O trabalho temporário consiste naquele “prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços” (artigo 2º, Lei nº 6.019/74). Esse tipo de contratação é visto pelos autores como uma forma lícita de intermediação de mão-de-obra³⁴, pois há a previsão expressa no artigo 4º da Lei nº 6.019³⁵. Sendo assim, “o trabalhador presta serviços não para quem o admite, mas para quem contrata a empresa que o contratou. E não de forma permanente, mas recorrente, semelhante (embora não idêntica) ao trabalho avulso”³⁶.

Já a Lei nº 7.102, de 1983, regula a segurança para estabelecimentos financeiros, instituindo normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. 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 da economia”³⁷.

Anteriormente à alteração provocada pela Lei nº 8.863/94, a terceirização era permitida exclusivamente para os serviços de vi-

34 “Em 03/01/1974 foi sancionada a Lei nº 6.019, que tratou sobre o trabalho temporário. Nesta lei sim, pela primeira e única vez, dispôs o Direito brasileiro sobre a intermediação lícita de mão-de-obra. Atendendo a interesses e preocupações das empresas, para procedimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, foi permitida a inserção de trabalhadores contratados de empresas fornecedoras de mão-de-obra temporária.” In CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118.

35 *Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.* (Art. 4º, Lei nº 6.019/74)

36 VIANA, Márcio Túlio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. *Revista Tribunal Regional do Trabalho*. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997.

37 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 130.

gilância de estabelecimentos financeiros e transporte de valores. Porém, com as modificações introduzidas pela nova lei, criou-se a possibilidade de prestação de serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, além de residências e empresas públicas³⁸.

Há, por fim, o Decreto nº 2.271, de 1997, que disciplina a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O Decreto citado surgiu com o objetivo de impossibilitar o desvirtuamento das contratações de serviços realizadas pela Administração Pública, disciplinando o seu objeto no §1º do artigo 1º:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

Ficou claro, a partir do levantamento feito, a existência de muitas modificações legislativas que possuíam em comum a intenção de implementar a terceirização no Brasil. Isso fez com que a jurisprudência interferisse na questão, “na tentativa de sistematizar e projetar repercussões (...) da prática terceirizante no país”³⁹.

38 Art. 10, §2º, Lei nº 7.102/83, modificada pela Lei nº 8.863/94.

39 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*.

Com isso, em 1986, foi aprovada a edição do Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte redação:

(...) Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974 e 7.012, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Percebe-se que o Enunciado limitou as práticas terceirizantes, tornando-as lícitas somente em relação às atividades de trabalho temporário e de vigilância bancária. As outras formas de contratação de mão-de-obra seriam consideradas ilegais, além de estabelecer vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Nesse sentido, Rodrigo de Lacerda Carelli observa que “não houve em nenhum momento nesse enunciado a proibição à verdadeira terceirização, e sim à interposição de empresas com vistas a evitar o vínculo empregatício”⁴⁰.

Como o Enunciado 256 do TST foi considerado de aplicação restrita, fez-se necessário a sua revisão, pois a sua interpretação estava sendo ampliada pela doutrina e pela jurisprudência. Sendo assim, “a Súmula 331 do TST foi aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993, de acordo com a orientação do órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido publicado no *Diário da Justiça da União* de 21 de dezembro de 1993 (...)”⁴¹, possuindo, atualmente, a seguinte redação:

neo. São Paulo: LTr, 2004. p. 135.

40 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

41 MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 189.

Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - 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 à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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).

O item I da Súmula veda expressamente a intermediação de mão-de-obra, sob qualquer circunstância. Porém, cria a possibilidade de contratação de trabalhadores por empresa interposta no caso de trabalho temporário. Diferentemente desta hipótese, haverá a formação direta do vínculo empregatício com o tomador de serviços. Já o item III da Súmula 331 do TST autoriza a prática da terceirização de serviços especializados, que não sejam objeto da atividade-fim da empresa tomadora.

Há na doutrina o questionamento sobre a possibilidade de fundir os itens I e III em somente um, sendo essa hipótese afastada por Rodrigo de Lacerda Carelli:

O inciso I fala de intermediação de mão-de-obra, enquanto que o inciso III trata de terceirização de serviços. Neste, verifica-se que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, terceirização regulamentada pela Lei nº 7.102/83 e de conservação e limpeza, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Entretanto, não será sempre que na atividade-meio não se dará o vínculo, pois, ao final do inciso, salienta o enunciado que este não existirá desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. Com isso, reafirmou o TST a impossibilidade de intermediação de mão-de-obra, dando vazão ao Princípio da Primazia da Realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica.⁴²

42 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111-112.

O item II traz um reforço ao entendimento da previsão constitucional de acesso aos cargos, empregos e funções públicas somente através dos concursos públicos de provas ou provas e títulos (art. 37, II, Constituição Federal de 1988). Acredita-se que, dessa forma, seriam atendidos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência, conforme disposto no *caput* do artigo 37. Nesse sentido, Rodrigo de Lacerda Carelli:

*O inciso II traz uma exceção à geração de vínculo automático com o tomador de serviços em caso de intermediação de mão-de-obra por órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, isto em cumprimento à regra democrática do art. 37, em que a entrada no serviço público deve ser realizada somente por concurso público.*⁴³

Finalmente, o item IV da Súmula 331 do TST determina que haverá responsabilidade subsidiária entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas, inclusive quanto aos entes da Administração Pública. Para tanto, é necessário que a empresa beneficiária da prestação de serviços participe da relação processual, além de constar no título executivo judicial. Nesses casos, parte da doutrina tem sugerido a aplicação analógica das disposições do Código Civil relativas à responsabilidade solidária⁴⁴, considerando que os atos ilícitos são praticados por ambas, devendo ter como contrapartida a responsabilização.

43 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111

44 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 151.

5. Terceirização lícita e terceirização ilícita

A jurisprudência, a partir da Súmula 331 do TST, estabeleceu quais são as hipóteses em que a prática da terceirização será permitida no País. Sendo assim, “pode-se apresentar, de forma sintética, a terceirização lícita composta por quatro grandes grupos (...)”⁴⁵, todos definidos pelo itens I e III da Súmula 331: a) Trabalho temporário; b) Serviços de vigilância; c) Serviços de conservação e limpeza; d) Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Percebe-se, dessa forma, que foram definidas situações em que a terceirização é transitória, como no caso de trabalho temporário (Súmula 331, I, TST e Lei nº 6.019/74), e situações nas quais a terceirização é permanente, como observado em relação aos serviços de vigilância, limpeza e conservação, além dos especializados relacionados às atividades-meio do tomador.

As atividades-meio consistem, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, naquelas

(...) funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.⁴⁶ (grifo do autor)

45 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. op. cit. p. 143.

46 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 442-443.

Cumpra observar, ainda, a necessidade de ausência da subordinação e da pessoalidade (elementos fático-jurídicos da relação de emprego) em relação à empresa tomadora para a caracterização da terceirização lícita, de forma permanente. Por outro lado, no caso do trabalho temporário não existe essa previsão, excetuada pela própria Súmula 331, conferindo ao empregado exercer suas atividades com pessoalidade e subordinação em relação à empresa beneficiária.

Gabriela Neves Delgado ressalta:

De todo modo, a nosso ver, segundo a súmula do TST, todas as três situações de terceirização permanente, acima citadas, deveriam observar a inexistência de pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado para o tomador de serviços.⁴⁷

Rubens Ferreira de Castro analisa a pessoalidade da seguinte forma:

(...) essa ausência de pessoalidade caracteriza-se pela ausência de ligação pessoal entre o trabalhador (empregado da prestadora de serviços) e a tomadora. A prestadora poderá substituir seu empregado sempre que lhe convier, estando obrigada, por força do contrato que celebrou com a tomadora, apenas a manter em execução os serviços contratados.⁴⁸

O autor ainda faz uma observação sobre a subordinação direta:

47 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 144.

48 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 98.

*Não poderá o tomador dos serviços estabelecer ordens técnicas ou regulamentares diretas ao trabalhador contratado pela prestadora de serviços. Também não poderá aplicar-lhe punições disciplinares, pois se assim agir, estará transferindo o vínculo de emprego da prestadora para si, pois cristalizar-se-á a figura do empregado (...)*⁴⁹.

A partir do estudo das hipóteses de terceirização lícita, torna-se mais simples a análise da configuração da terceirização ilícita, pois, como propõe Maurício Godinho Delgado, serão consideradas irregulares as formas de contratação que não se enquadrem nos limites impostos definidos na jurisprudência, através da Súmula 331, do TST⁵⁰.

Cabe destacar que havendo a presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, quais sejam, pessoalidade e subordinação direta, na relação entre a empresa interposta e o prestador de serviços, encontrar-se-á uma hipótese de terceirização ilícita. Ademais, caso o trabalhador esteja executando uma tarefa relativa a alguma atividade-fim da empresa tomadora de serviços, caracterizado estará mais uma situação em que a terceirização é ilícita.

Sendo assim, quando ocorrer a intermediação de mão-de-obra, ou seja, a contratação através de empresa interposta, haverá, como conseqüência, a desconstituição da relação de emprego com a contratada, para a posterior configuração de vínculo empregatício com o tomador de serviços. Além disso, após o reconhecimento da relação de emprego, aplicar-se-ão todas a

49 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99.

50 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 444.

normas relativas a categoria de trabalhadores, de forma retroativa, com o objetivo de corrigir as parcelas que forem devidas.

6. Conclusão

Atualmente, a terceirização trabalhista é a forma de flexibilização dos direitos trabalhistas mais utilizada pelas empresas. Objetivando a redução dos custos e o aumento da produção, as empresas descentralizam algumas atividades que são consideradas de importância periférica. Assim, o que não representa a atividade-fim é repassado para empresas prestadoras de serviços executarem as atividades.

Num contexto histórico, a terceirização surge com alguma força durante a Segunda Guerra Mundial, em que as indústrias bélicas, no sentido de abastecer os países em conflito, focavam na produção de armamento, transferindo a outras empresas as atividades secundárias. Porém, é com o advento do modelo econômico neoliberal, a partir do modelo de produção toyotista, que a terceirização trabalhista vira prática corrente nas empresas privadas.

A legislação existente no País acerca da terceirização ainda é insuficiente para regular uma matéria tão complexa. Dessa forma, os Tribunais superiores interpretam as normas existentes e editam súmulas, com o intuito de possibilitar a aplicar da terceirização no Brasil, como no caso das Súmulas 331 e 363 do TST.

Num primeiro momento, a ideia da terceirização torna-se muito sedutora. Como o foco na redução dos custos, essa forma de horizontalização da produção, na teoria, seria responsável pela criação de um grande número de postos de emprego, já que as empresas prestadoras de serviços deveriam ter um grande quadro de empregados para atender a demanda.

Entretanto, o que acontece efetivamente é uma redução do número de empregos formais, em virtude da alta rotação de mão-de-obra nas empresas terceirizantes, criando um sentimento de insegurança entre os trabalhadores, precarizando as relações laborais.

Ademais, a terceirização trabalhista pulveriza a classe obreira, gerando grande dificuldade para a aplicação do Direito do Trabalho, já que cria peculiaridades em relação à prestação laboral, que provocam dispersões no entendimento e regulação desse fenômeno jurídico, tanto no sistema judicial quanto no sistema de fiscalização trabalhista.

Finalmente, a prática terceirizante se torna danosa no que se refere à atuação sindical. Nesse caso, há a perda da identidade coletiva da classe trabalhadora, já que não existe um intercâmbio entre o trabalhador terceirizado e o empregado efetivo da entidade tomadora de serviços, o que contribui sensivelmente para o enfraquecimento das entidades sindicais, dificultando a negociação coletiva e prejudicando a manutenção e a conquista de novos direitos.

Referências

BRAMANTE, Ivani Contini; MOMEZZO, Marta Casadei. A terceirização e seus limites. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 25, n. 95, julho-setembro 1996.

CAMPOS, José Ribeiro de. A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas na terceirização. *Revista IOB*. Ano XVII, n. 214, Abril de 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A Terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Globalização e Direito do Trabalho*. *Rev. TST*, Brasília, vol. 65, n. 1, out/dez 1999.

HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador de serviços – um enfoque multidisciplinar*. *Revista LTr*. 69-05/585. Vol. 69, n. 05, Maio de 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Terceirização – Aspectos jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado*. Revista LTr 58-08. São Paulo. Vol. 58, n. 08, ago. 1994.

VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalhador no limiar do século XXI*. Revista LTr. 63-07/885. Vol. 63, n. 07, Julho de 1999.

VIANA, Márcio Túlio. *Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário*. Revista Tribunal Regional do Trabalho. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997.

VIANA, Márcio Túlio. *Desregulamentar... regulamentando*. Revista LTr. 59-07/884. Vol. 59, n. 07, Julho de 1995.

