

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE NAS RELAÇÕES  
LABORAIS PRIVADAS**

Stephanie Karoline Maioli Isogai

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO  
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE NAS RELAÇÕES  
LABORAIS PRIVADAS**

Stephanie Karoline Maioli Isogai

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sandro Marcos Godoy.

Presidente Prudente/SP

2015

Isogai, Stephanie Karoline Maioli.  
A Ilícitude da Terceirização Precarizante nas Relações Laborais Privadas/Stephanie Karoline Maioli Isogai: - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.  
90 f.

Monografia de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Terceirização. 2. Intermediação de mão-de-obra. 3. Responsabilidade. 4. Ilícitude. I. Título.

**A ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE NAS RELAÇÕES  
LABORAIS PRIVADAS**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Sandro Marcos Godoy

Aline Aparecida Novais Silva Lima

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2015.

Ele é a minha rocha, e Nele não há  
injustiça.

Sl. 92:15

Dedico este trabalho aos meus  
amados pais.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a terceirização no âmbito privado das relações laborais. Em um primeiro momento, aborda a importância e a eficácia dos direitos sociais, dentre os quais se encontram os de caráter trabalhista. Posteriormente, estuda alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao tema, demonstrando a necessidade de enxergar o sistema como um todo harmônico e concluindo que o trabalho é um valor e não uma mercadoria. Feitas tais considerações, vale-se do método histórico para, a partir da análise da evolução dos modelos de produção, compreender a origem da terceirização e qual era a sua finalidade primordial. Em seguida, aborda como é conceituado o instituto tanto na área de Economia e Administração de Empresas como no Direito, apontando que é imprescindível a leitura conjugada de ambos os conceitos, para a sua melhor compreensão. Também trata da natureza jurídica da terceirização e de sua relação com o Direito do Trabalho. Utiliza o método dialético para esclarecer que terceirização e intermediação de mão-de-obra não se confundem, sendo a primeira lícita e a segunda ilícita. Assim, toma por tese os elementos característicos da terceirização e por antítese os da intermediação, chegando à síntese da incompatibilidade entre os institutos, constatando que será ilícita a terceirização que encampar a mera intermediação de mão-de-obra. Através de dados empíricos, o trabalho aponta, ainda, a nocividade da terceirização fraudulenta tanto para o sistema jurídico protecionista e para os próprios obreiros diretamente, como para a sociedade em geral. Tendo como definido o caráter da terceirização, se lícita ou não, investiga-se o tipo de responsabilidade que ela acarretará ao tomador de serviços, ou seja, se lhe será imputada a responsabilidade solidária ou subsidiária, trazendo à baila, por meio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como, por meio de ementas de julgados, como tem o Judiciário enfrentado tal questão, abordando também o tratamento proposto pelo Projeto de Lei nº. 4.330/2004, em discussão atualmente. Por fim, utilizando o método indutivo, ou seja, a partir do cotejo de premissas constitucionais e principiológicas com posicionamentos doutrinários, chega à conclusão lógica de que a terceirização fraudulenta, na medida em que vai de encontro ao ordenamento jurídico, precarizando os direitos trabalhistas, é ilícita.

**Palavras-chave:** Terceirização. Intermediação de mão-de-obra. Responsabilidade. Ilícitude.

## ABSTRACT

The present research analyzes the outsourcing within the private sphere of labor relations. In a first moment, addresses the importance and effectiveness of social rights, among which are those of labor character. Subsequently, studying some constitutional principles and infraconstitutional applicable to the theme by showing the need to see the system as a whole harmonic and concluding that the job is a value and not a commodity. Made such considerations, use the historical method for, from the analysis of the evolution of the production models, to understand the origin of outsourcing and what was their primary purpose. Then discusses how is conceptualized the institute both in the area of Economics and Business Administration, as in the law, pointing out that it is essential the combined reading of both concepts, for better understanding. Also addresses the legal nature of outsourcing and its relation to labor law. Uses the dialectic method to clarify that outsourcing and intermediation of labor not be confused, being the first licit and illicit the second. Thus takes as thesis the characteristic features of outsourcing and the antithesis of intermediation, concluding as synthesis the incompatibility between the institutes, noting that will be unlawful outsourcing that conceal the mere intermediation of labor. Through empirical data, the study points, still, the harmfulness of fraudulent outsourcing for both the legal bandof system and for the workers directly, as to the society in general. Having as defined the character of outsourcing if lawful or not, investigates the type of responsibility that it will entail the Policyholder services, i.e. if you will be charged the joint liability or subsidiary, bringing to discussion, by means of the summing up 331 of Higher Labor Court, as well as by means of set menus of judged, as has the Judiciary faced such issue, addressing also the treatment proposed by the Project of Law no. 4.330/2004, currently under discussion. Finally, using the inductive method, i.e. from the confrontation of constitutional assumptions and principles with positions doctrinarian, comes the logic conclusion that fraudulent outsourcing, to the extent that do not meets the legal arrangements, worsening the conditions of labor, is unlawful.

**Keywords:** Outsourcing. Labour Intermediation. Responsibility. Unlawfulness.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA.....</b>	<b>11</b>
2.1 Importância e Eficácia dos Direitos Sociais.....	12
2.2 Princípios Aplicáveis .....	20
2.2.1 Constitucionais .....	22
2.2.2 Infraconstitucionais.....	25
2.3 Princípio da Não Mercantilização do Trabalho na Declaração de Filadélfia.....	29
<b>3 TERCEIRIZAÇÃO .....</b>	<b>31</b>
3.1 Abordagem Histórica .....	32
3.2 Conceito .....	37
3.3 Natureza Jurídica .....	39
3.4 Relação com o Direito do Trabalho .....	40
<b>4 TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA .....</b>	<b>46</b>
4.1 Distinção.....	47
4.2 Impacto nos Direitos Trabalhistas .....	52
<b>5 RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS.....</b>	<b>60</b>
5.1 Considerações Gerais .....	60
5.2 Responsabilidade Solidária .....	63
5.3 Responsabilidade Subsidiária .....	67
5.4 Breves Comentários ao Projeto de Lei nº. 4.330/2004.....	74
<b>6 DA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE DOS DIREITOS TRABALHISTAS .....</b>	<b>79</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>86</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versou sobre um tema que tem gerado grande discussão, não apenas doutrinária, mas principalmente judicial, na medida em que se multiplicam as ações que tratam do assunto, qual seja a terceirização nas relações trabalhistas de caráter privado.

Com o advento da globalização, importantes modificações ocorreram na sociedade, dentre elas a acentuação da mutabilidade e transitoriedade das técnicas de produção, afetando de forma relevante as relações de trabalho.

Uma das mais importantes facetas da globalização é a chamada “globalização financeira”, ou seja, vista em sua dimensão econômica. Ela consiste na formação de um mercado global através do qual o capital circula livremente buscando melhores chances de lucro.

Atualmente, as empresas desconhecem fronteiras, fixando-se em países cujas condições mais lhes atraíam, dentre as quais podemos citar o valor da mão-de-obra e também a flexibilidade das normas trabalhistas, principalmente no que tange à demissão dos trabalhadores. A consequência disso não poderia ser outra que não o aumento da competitividade empresarial e, muitas vezes, o abrandamento de algumas normas trabalhistas, com vistas a atrair investimentos.

Do modelo de sociedade capitalista extremamente competitiva em que nos encontramos, emerge a necessidade da criação de novas técnicas de produção, bem como de otimização das já existentes, possibilitando que a empresa permaneça na disputa e, conseqüentemente, refletindo na forma como se estrutura a relação de trabalho e como se presta o serviço. A terceirização nada mais é do que consequência desse modelo social, ou seja, dessa necessidade de reduzir custos e simultaneamente ser produtivamente eficiente.

Ela surge com o escopo de aperfeiçoar o sistema de produção, incumbindo a terceiros a realização de atividades periféricas (atividades-meio) que por eles melhor poderiam ser executadas, para que o empresário pudesse concentrar-se na atividade-fim da empresa. Visava-se a qualidade do produto final, gerando competitividade e rendendo maiores lucros.

Entretanto, atualmente o que se tem visto com frequência é o seu total desvirtuamento, passando os empresários a utilizarem-se do instituto com o objetivo

de fraudar direitos trabalhistas frutos de séculos de luta e positivados constitucional e infraconstitucionalmente, com vistas tão somente ao barateamento de mão-de-obra.

Nesse sentido, a terceirização passou a ser mera intermediação de mão-de-obra, o que fere frontalmente, dentre outros, os princípios da não mercantilização do trabalho humano, da dignidade do ser humano e da valorização do trabalho, previstos, respectivamente, na Constituição da Organização Internacional do Trabalho e nos artigos 1º, incisos III e IV, e 170, da Constituição Federal.

É certo que o trabalho tem uma forte expressão econômica, pois constitui uma das bases da economia, entretanto, não se pode admitir que seja juridicamente tratado como mercadoria, pois isso constituiria grande afronta à dignidade do trabalhador.

Em que pese diversos projetos de lei ambicionem regulamentá-la, ainda não há legislação específica que normatize a terceirização nas relações laborais de natureza privada em geral, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou na súmula de n.º 331 o entendimento que tem regido e regulado a questão.

A súmula n.º 331, em síntese, repudia a prática de intermediação de mão de obra, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, exceto no caso de trabalho temporário, conforme a Lei n. 6.019/1974. Permite a terceirização de atividade-meio, sem que existam personalidade e subordinação direta na prestação dos serviços, mas veda a terceirização de atividade-fim.

Há que se deixar claro que intermediação de mão de obra não é o mesmo que terceirização, e um dos objetivos do presente trabalho foi demonstrar justamente isso. De acordo com Carelli (2010, p. 49):

A terceirização em si não é ilegal, o que é vedada é a intermediação de mão de obra, repudiada desde o começo do Direito do Trabalho. Não há disposição legal que impeça ou proíba a terceirização, mas há que proíba o fornecimento de trabalhadores. Essa é a diferença primordial.

À vista disso, este estudo partiu da seguinte premissa: ilícita é toda terceirização que oculta, em sua essência, a mera intermediação de mão-de-obra, tendo como escopo se esquivar à aplicação das normas de proteção ao trabalhador.

Cumprе consignar que, apesar da edição da supracitada súmula, o tema está longe de ser pacífico, pois existe entendimento no sentido de que a proibição da terceirização calcada tão somente em base jurisprudencial representa ofensa aos princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da livre iniciativa, cerceando a liberdade do empresário de organizar, dentro da legalidade, seu empreendimento da maneira que achar mais interessante.

Diante desse quadro conflituoso, este trabalho se propôs à analisar a questão a partir da contraposição de idéias, objetivando demonstrar a ilicitude da terceirização quando culmina na precarização de direitos trabalhistas, indo na contra-mão do espírito do ordenamento jurídico, que propõe harmonização e equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano (artigos 1º, inciso IV, e 170, da Constituição Federal), bem como, veda a prática de concorrência desleal. Buscou também apontar os efeitos nocivos da terceirização ilícita no que tange aos direitos trabalhistas consolidados como frutos de longas lutas sociais.

O tema é de extrema importância, pois sendo o trabalho um dos pilares fundamentais da sociedade, a forma como é normatizado gera expressivos impactos na estrutura social e econômica do país, daí a pertinência social e econômica do assunto a ser tratado no presente trabalho.

Também possui notória relevância jurídica que repousa no fato de que a permissão da utilização do instituto sem qualquer regramento e observância de princípios norteadores do ordenamento jurídico, pode acarretar o corrompimento dos direitos sociais tão duramente conquistados. Além do que, diariamente chega ao Judiciário significativo número de ações que discutem a licitude ou não de contratos de terceirização firmados particularmente.

A ilicitude da terceirização precarizante nas relações laborais privadas foi, dentre tantos, o tema selecionado em virtude da atualidade de sua discussão, de sua relevância para a sociedade e para o direito brasileiro, na medida em que estão em jogo direitos constitucionalmente e infraconstitucionalmente firmados, bem como a harmonização de diversos princípios que nascem do sistema jurídico e também o regem. Outro ponto que contribuiu para a sua escolha foi a viabilidade da pesquisa, pois a bibliografia sobre o assunto é extremamente rica, tendo como destaque,

dentre outros, o nome de Rodrigo de Lacerda Carelli, integrante do Ministério Público do Trabalho da 1ª Região e professor na Universidade Federal do Rio de Janeiro, sendo o referencial teórico desse estudo.

O objetivo da pesquisa foi, de uma perspectiva geral, estudar o que é terceirização e sua incompatibilidade com a intermediação de mão-de-obra, bem como a responsabilidade das empresas que se valem desses institutos. Mas, especificamente, o trabalho pretendeu demonstrar que a terceirização que encampa a intermediação de trabalho é, com base na análise de alguns princípios e normas que regem o sistema jurídico, absolutamente ilícita.

Para tanto, os métodos de pesquisa utilizados foram o dedutivo, o histórico e o dialético.

Partiu-se de um raciocínio dedutivo para, analisando premissas maiores (direitos constitucionais e infraconstitucionais, bem como princípios jurídicos) frente às menores (posicionamentos doutrinários) se alcançar uma conclusão lógica acerca do problema da terceirização nas relações privadas de trabalho.

O método histórico foi útil na medida em que é necessário compreender o surgimento do instituto da terceirização e seu objetivo primordial, para demonstrar o quão desvirtuado tornou-se. A análise histórica é imprescindível praticamente em qualquer trabalho, pois para compreender o presente é necessário entender o que ocorreu no passado, ou seja, para entender a consequência é preciso busca a causa.

Aplicou-se, também, o método dialético para, a partir da contraposição de ideias chegar-se à conclusão almejada.

Os recursos utilizados para a elaboração do trabalho foram principalmente a pesquisa bibliográfica que abrange a análise de obras, artigos, revistas, legislação, jurisprudência, dentre outros.

Assim, a primeira parte do trabalho se destinou a abordagem da importância e eficácia dos direitos sociais, em que pese os de caráter trabalhista, bem como de alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam as relações laborais, com especial enfoque para o princípio da não mercantilização do trabalho humano, consolidado na Declaração de Filadélfia de 1944. Importante apontar que esses conceitos iniciais são relevantes na medida em que dialogam

com o restante do estudo, servindo de base para a análise da licitude ou não de determinados institutos.

A segunda parte serviu à explicação do conceito de terceirização, sua origem histórica e natureza jurídica, bem como sua relação com o Direito do Trabalho.

No terceiro tópico se demonstrou que terceirização não é o mesmo que intermediação de mão de obra, mas que aquela pode ser utilizada com o objetivo de mascarar esta, sendo, dessa forma, ilícita. Destinou-se, também, à análise dos impactos que a terceirização ilícita tem sobre os direitos dos trabalhadores, bem como sobre a sociedade em geral, comprovando-os por meio de dados empíricos baseados em estudos realizados pela Central Única dos Trabalhadores relativos ao ano de 2013.

A quarta parte da pesquisa compreendeu o debate sobre qual sujeito deveria responder pelos danos aos direitos do trabalhador tanto no caso de terceirização lícita quanto ilícita, bem como de que forma se dará essa responsabilização, valendo-se para tanto do entendimento exarado na súmula de nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como da análise das críticas formuladas a ele. Nesse capítulo também são delineados alguns comentários ao Projeto de Lei n. 4.330/2004, que gerou grande repercussão neste ano de 2015.

Por fim, o trabalho trouxe uma reflexão acerca do porquê deve ser considerada ilícita a terceirização precarizante dos direitos laborais, criticando o desvirtuamento do instituto e sua utilização como meio para burlar direitos legalmente conferidos aos trabalhadores.

## **2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA**

É necessário, em um primeiro momento, abordar o que se entende por direitos sociais, qual a sua importância e eficácia no plano fático, bem como analisar de forma sucinta e inter-relacional os princípios constitucionais e os infraconstitucionais aplicáveis à matéria trabalhista, com vistas a delinear algumas diretrizes que apontarão para a existência de uma terceirização lícita ou não.

## 2.1 Importância e Eficácia dos Direitos Sociais

Os direitos fundamentais são multifacetados, pois têm como finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana em seus múltiplos aspectos, sendo os direitos sociais uma dessas facetas.

Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 143):

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Conforme explicam os manuais de Direito Constitucional, sob um aspecto evolutivo-cumulativo, os direitos fundamentais consolidados são resultado de um processo de conquistas gradativo, sendo divididos em dimensões ou famílias, que podem ser sintetizadas pelo lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Conforme afirma Paulo Bonavides (2000, p. 516):

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, cumpre analisar sucintamente cada dimensão de direitos fundamentais, destacando-se que uma dimensão não exclui a outra, mas mantém e amplia as conquistas anteriores.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, também denominados direitos individuais, civis ou políticos, nasceram com a ideia de Estado de Direito subordinado a uma Constituição, contrapondo-se ao Estado absolutista antes vigente.

Representam a busca pela liberdade e pregam um Estado abstencionista, ou seja, aquele que não interfere nas relações sociais e individuais, mas apenas protege as liberdades conquistadas.

A primeira dimensão de direitos tem como conteúdo, em síntese, as chamadas liberdades públicas negativas ou mesmo direitos negativos, de oposição e resistência perante o Estado, pois há a estipulação de limites à atuação estatal.

Nessa categoria estão compreendidos, por exemplo, o direito à vida, à inviolabilidade do domicílio, à intimidade, à propriedade, etc.

Importante consignar que alguns documentos foram verdadeiros marcos históricos para o afloramento e composição desses direitos, dentre eles podemos citar a Magna Carta de 1215, que trazia direitos relativos à religião, propriedade e igualdade perante a lei; a Paz de Westfália de 1648, que trouxe as ideias de Estado-nação e de soberania estatal; o *Habeas Corpus Act* de 1679, que objetivava reforçar o instituto do *habeas corpus*, como forma de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou mesmo abusivas, prestigiando a garantia de liberdade; a *Bill of Rights* de 1688, que encampava os direitos à vida, à liberdade e também à propriedade; e, por fim, as declarações americanas de 1776 e a francesa de 1789 (Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão).

No que se refere à segunda dimensão de direitos, esta representa mais um patamar da evolução na proteção da dignidade do ser humano.

Assim, conforme explicam os doutrinadores Araujo e Nunes Júnior (2012, p. 149): “o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana”.

Dessa forma, para garantir condições materiais mínimas a uma existência digna, o Estado deve adotar uma postura prestacionista, atuando no sentido de extenuar os problemas sociais, logo, por demandarem uma postura ativa do Estado, os direitos de segunda dimensão também são conhecidos como direitos positivos.

Segundo declara Romita (2014, p. 135), se os direitos fundamentais da primeira dimensão são característicos do Estado liberal, os da segunda se coadunam com o chamado *welfare state*, ou seja, com Estado de bem-estar social.

Essa categoria abrange os direitos sociais, os econômicos e também os culturais, tanto no aspecto individual como no coletivo, estando consolidados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 64/2010).

Arion Sayão Romita (2014, p. 132) explica que os direitos fundamentais do segundo grupo:

Inspiram-se nos princípios da justiça social, que só o Estado tem condições de realizar, e pressupõem a implementação de políticas públicas aptas a tornar efetivo o gozo dos direitos do primeiro naipe. Estes pressupõem a liberdade, mas seres necessitados não são seres livres. A verdadeira liberdade exige o preenchimento de condições mínimas de existência, sem as quais de nada vale ser livre.

Do pensamento de Romita, infere-se que os direitos fundamentais da segunda dimensão e os da primeira se complementam, na medida em que aqueles proporcionam as condições para que estes sejam exercidos, nesse sentido, patente sua importância.

Certo é que a segunda dimensão de direitos está relacionada à expressão “igualdade” insculpida no lema da Revolução Francesa, contudo, não se trata da igualdade concebida pelo pensamento liberal, ou seja, a meramente formal, mas sim daquela de cunho material, verificável de fato.

Na busca pela concretização dos direitos sociais, alguns documentos se destacaram, dentre os quais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, a Constituição francesa de 1848, a encíclica *Rerum Novarum* de 1891, a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 (Constituição da Primeira República Alemã), o Tratado de Versalhes de 1919 que deu origem à Organização Internacional do Trabalho e, no Brasil, a Constituição de 1934 que trouxe avanços na seara trabalhista, como a proibição de distinção salarial com base no gênero, estado civil, idade ou nacionalidade, bem como instituiu o salário mínimo e reduziu a carga horária de trabalho para oito horas diárias, dentre outros.

A terceira dimensão de direitos corresponde ao terceiro termo usado pelo lema revolucionário francês de 1789, ou seja, “fraternidade”. Essa categoria compreende os direitos de solidariedade, também conhecidos como direitos coletivos e difusos.

Afirmam David Araujo e Nunes Júnior (2012, p. 149) que:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada.



Dessa forma, é certo dizer que diferentemente dos direitos fundamentais erigidos na primeira dimensão, cujo titular era o indivíduo considerado como tal, os direitos fundamentais pertencentes à terceira dimensão são titularizados pelo gênero humano.

Compõem o terceiro grupo, exemplificativamente, o direito ao desenvolvimento, à paz (embora alguns doutrinadores o coloquem como pertencente à quinta dimensão), ao meio ambiente saudável, à propriedade que recai sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação, etc.

Nota-se que alguns deles vêm expressamente previstos na Carta Magna, como no artigo 4º, incisos II, III, VI e VII; artigo 5º, inciso XXXII; artigo 23, incisos III, IV e VI; artigos 220 a 224, bem como no artigo 225.

Entretanto, segundo ensina Sayão Romita (2014, p. 129):

As três primeiras famílias, hoje em dia, já não bastam para albergar a totalidade de direitos individuais. Reconhece-se atualmente a existência de mais três famílias que, agregadas às três iniciais, podem ser designadas como a quarta, a quinta e a sexta.

Embora ainda haja oscilação na doutrina, visto ser este um assunto novo, pode-se afirmar que a quarta dimensão ou família, como prefere Romita, está relacionada com a biotecnologia, bem como com a bioengenharia, ou seja, com os direitos de manipulação genética; já os direitos de quinta dimensão seriam aqueles pertinentes à área da informática e da cibernética; na sexta dimensão estariam presentes o direito à democracia, ao pluralismo e também o direito à informação.

Nesse sentido, relevante apontar o que afirmam Araujo e Nunes Júnior (2012, p. 149-150), pois segundo eles “se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito constituir meios para sua alforria”.

A partir dessa breve análise evolutivo-cumulativa dos direitos fundamentais, fica evidente o importante papel dos direitos sociais, seja porque eles representam o progresso na proteção da dignidade humana, na medida em que exortam o Estado no sentido de implementar as condições materiais minimamente necessárias a uma vida decente, bem como à proteção dos hipossuficientes, seja porque viabilizam o exercício dos direitos de liberdade tendo, ainda, como foco a busca pela igualdade material.

Nesse sentido, a história já demonstrou que tratar os desiguais de forma igual equivale a promover a desigualdade material. Isso fica claro quando tomamos o exemplo dos trabalhadores que, inicialmente, não tinham a devida tutela do Estado, pois, em tese, estavam em pé de igualdade com os empregadores, sendo a relação de emprego regulada por mero acordo entre as partes.

Assim, a abstenção do Estado em intervir na relação empregado-empregador, principalmente no período da Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX), culminou em jornadas de trabalho exaustivas, chegando a durar dezoito horas, sem qualquer preocupação com a segurança no ambiente de trabalho, percebendo os trabalhadores, muitos deles crianças, remunerações aviltantes, dentre outros absurdos.

Como síntese, é acertado afirmar que se trabalhava sob um regime análogo ao de servidão, sendo o trabalhador visto como mera parte integrante do maquinário.

Superada essa fase obscura, após árduas lutas operárias, vários documentos surgiram com o fulcro de concretizar normas de proteção ao trabalhador, consoante se demonstrou.

Dessa forma, é correto afirmar que a positivação dos direitos de cunho social, especialmente dos trabalhistas, é fruto da conversão dos anseios sociais em imperativos de conduta a serem observados por todos, inclusive pelo particular, ante a eficácia horizontal dos direitos constitucionais. Segundo aduz Bandeira de Mello (2009, p. 11):

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 consolida os direitos sociais em seu Capítulo II sob o Título II (“Dos Direitos Sociais”), indicando-os, em um primeiro momento, de forma genérica e, posteriormente, arrolando aqueles de cunho individual (artigo 7º) e os de caráter coletivo (artigos 8º a 11).

No que se refere à sua eficácia, preceitua o parágrafo primeiro do artigo 5º, da Lei Maior, que as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Entretanto, os estudiosos do Direito Constitucional, dentre eles José Afonso da Silva (1999, p. 140), ao versarem acerca da eficácia das normas constitucionais, as dividem em normas com eficácia plena, normas com eficácia contida e normas com eficácia limitada, subdividindo este último grupo em normas programáticas e de cunho organizativo ou institutivo.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas com aplicabilidade direta, de forma imediata e também integral, ou seja, não necessitariam de qualquer norma integrativa para produzirem seus efeitos.

Nas palavras de Silva (1999, p. 82):

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.

Podem ser citados como exemplos o artigo 2º; o parágrafo segundo do artigo 14; o parágrafo quarto do artigo 17, bem como os artigos 20 a 22, dentre outros, todos insculpidos, por óbvio, na Constituição Federal.

As normas constitucionais de eficácia contida (prospectiva), apesar de também serem aplicadas de forma direta e imediata, não serão, possivelmente, aplicadas de forma integral, pois outra norma pode restringir o seu alcance.

Segundo Silva (1999, p. 82):

O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.

A título de exemplificação, pode-se mencionar o inciso XIII do artigo 5º, da Constituição, visto que ele garante a liberdade para se exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que se atenda às qualificações profissionais que a lei venha a determinar.

Os incisos XV, XXIV, XXVII, do mesmo artigo 5º, o inciso I do artigo 37, o parágrafo único do artigo 170, todos positivados na Carta Maior, também são, dentre outras, normas de eficácia contida.

No que tange às normas constitucionais de eficácia limitada estas, por necessitarem de uma norma integrativa posterior para que venham a surtir efeitos, são apontadas como de aplicação mediata (ou diferida), bem como reduzida. Assim, explica José Afonso da Silva (1999, p. 82-83) que:

[...] as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

O mencionado doutrinador (1999, p. 86), subdivide as normas de eficácia limitada em dois grupos, ou seja, as “declaratórias de princípios institutivos ou organizativos” e as “declaratórias de princípio programático”.

As primeiras veiculariam, de forma geral, projetos para a estruturação e organização das instituições, das entidades e também de órgãos constitucionais. Silva (1999, p. 126) as conceitua da seguinte maneira:

*São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.* (grifo do autor).

Citam-se como exemplos desse tipo de norma constitucional o parágrafo segundo do artigo 18, o parágrafo único do artigo 22, o parágrafo terceiro do artigo 25, os artigos 33, 113, 121, 131, 224, etc.

Com relação às segundas, ou seja, às normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípio programático, na definição de Silva (1999, p. 138), seriam:

[...] aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.* (grifo do autor).

Como exemplo desse tipo normativo, tem-se, dentre outros, o artigo 6º da Constituição Federal, que trata justamente dos direitos sociais.

Assim, pode-se afirmar que, conforme preceitua a doutrina, os direitos sociais são normas com eficácia limitada e que preconizam programas a serem pelo Estado, na prática, efetivados.

Entretanto, atente-se ao fato de que isso não significa dizer que as normas sociais são destituídas de força jurídica, nesse sentido é a crítica feita por Bandeira de Mello (2009, p. 10):

[...] os investidos de poder constituinte pelo povo e os que se auto-investem neste papel, por e para se configurarem como representantes do povo, vejam-se na contingência de insculpir na Lei Suprema um conjunto de dispositivos que exalçam tanto os direitos individuais como os direitos sociais.

Ocorre que a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional.

Este modo de regular acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. [...]

Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria.

Mello (2009, p. 55) aduz ainda que: “as disposições relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer”.

Seguindo esse raciocínio, é correto afirmar que as normas programáticas são tão importantes que, conforme sintetizou José Afonso da Silva (1999, p. 164):

[...]

I- estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II- condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III- informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV- constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V- condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI- criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem [...].

Dessa forma, conclui-se que os direitos sociais, pertencentes à segunda dimensão de direitos fundamentais, são extremamente relevantes e, mesmo as normas de caráter programático devem ser tomadas em consideração

tanto pelo Poder Legislativo, quando da elaboração de leis, como pelo Poder Executivo, que tem o dever de implementá-las, e ainda pelo Poder Judiciário quando da apreciação de um caso concreto e da interpretação da lei.

Nesse sentido, são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 57) quando diz que:

[...] por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito.

Assim, os órgãos do Estado, bem como os próprios cidadãos, devem agir em conformidade com os ditames da Justiça Social, em busca de uma sociedade onde as garantias e as liberdades fundamentais, bem como a igualdade de oportunidades, sejam a todos asseguradas, visto que não tem sentido falar-se em desenvolvimento sem saúde, sem educação, sem trabalho decente, enfim, sem que se veja o bem estar do ser humano como a finalidade primordial de qualquer normatização.

## **2.2 Princípios Aplicáveis**

Antes de abordar quais seriam os princípios aplicáveis à matéria trabalhista, é necessário perquirir-se brevemente o que são princípios e qual a função que desempenham no ordenamento jurídico.

Primeiramente, cumpre deixar claro que os princípios são normas jurídicas, assim como as regras e os postulados normativos, contudo, detém funções peculiares.

Consoante explica Mello (2011, p. 54), princípio:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Nota-se, dessa forma, que os princípios constituem o fundamento do ordenamento jurídico, conferindo-lhe coesão, na medida em que buscam harmonizar o sistema, e dinamicidade, visto que, diferentemente das regras, possuem um maior grau de abstração, podendo ser aplicados a diferentes situações, ainda que não previamente previstas.

Dentre suas funções estão: a de informar o legislador quando da elaboração da legislação, inspirando-o e orientando-o (função informadora); guiar os aplicadores do direito do Direito no momento da interpretação das leis (função interpretativa); e completar o ordenamento, visto que podem ser usados para suprir eventuais lacunas jurídicas, assumindo uma função normativa ou mesmo integrativa.

Segundo pontua Carelli (2010, p. 45), os princípios emanam e dirigem o sistema jurídico como um todo, sintetizando a própria razão de sua existência.

Assim, devem ser vistos como complementares, trabalhando de forma harmônica para a consecução de um fim em comum, qual seja a efetivação prática do respeito à dignidade humana em todos os seus aspectos, bem como a prosperidade do ser humano, tanto visto em sua individualidade como coletivamente, em todas as áreas.

Entretanto, nem sempre isso será possível, pois estando o ordenamento jurídico pátrio repleto das mais variadas normas principiológicas, consolidadas de forma explícita ou não, podem vir a ocorrer, quando de sua aplicação ao caso concreto, conflitos, os quais serão solucionáveis através do postulado normativo da proporcionalidade, sopesando-se os valores em causa sob uma perspectiva de adequação e necessidade.

Nesse sentido, importa mencionar que uma das características mais marcantes dos princípios é, justamente, a possibilidade de conviverem conflitualmente, ou seja, se no caso *in concreto* um princípio prevalecer sobre o outro, o vencido não será extirpado do sistema, o que não acontece quando se trata de regras, pois a prevalente aniquilaria a outra.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que as autoridades administrativas e judiciárias devem proceder, quando necessário, à aplicação de princípios ao caso concreto, mas “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Logo, é necessário abordar alguns princípios que norteiam a relação de emprego, sejam eles de índole constitucional ou mesmo infraconstitucional, pois é a

partir de sua análise em conjunto com outras normas que será possível chegar à conclusão almejada no presente trabalho.

### 2.2.1 Constitucionais

Os princípios constitucionais são aqueles insculpidos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal.

No presente trabalho chama-se a atenção para cinco deles, sendo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o da valorização do trabalho humano, o da livre iniciativa, o da livre concorrência e o da função social da empresa, visto terem forte relação com o tema da terceirização.

Partindo-se da premissa de que a Constituição Federal, bem como as normas nela encampadas, devem ser vistas como um todo coeso e harmônico, os princípios serão analisados de forma conjunta, objetivando-se demonstrar que entre eles é possível estabelecer uma conexão coerente.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estando consolidado no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal.

Cumprе esclarecer que a dignidade não se consubstancia em um direito, na verdade, ela decorre da própria condição humana, sendo-lhe uma qualidade intrínseca, pois resulta da apreensão do homem como ser dotado de razão, consciência e autodeterminação, distinto dos outros animais.

Nesse sentido, são as palavras de Immanuel Kant (2014, p. 72), para quem o homem é um fim em si mesmo, conforme se extrai de seu pensamento:

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *peçoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (grifo do autor).



Nessa esteira, é correto afirmar que a dignidade da pessoa humana compõe a essência dos direitos fundamentais, visto que eles têm por objetivo protegê-la em seus diversos aspectos.

Conforme bem expõe Arion Sayão Romita (2014, p.183):

A dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos humanos. Os direitos fundamentais constituem manifestações da dignidade da pessoa. Quando algum dos direitos fundamentais, qualquer que seja a família a que pertença, for violado, é a dignidade da pessoa humana que sofre a ofensa. Os direitos fundamentais asseguram as condições da dignidade e, não obstante a violação da norma, apesar da agressão, a dignidade estará preservada, porque ela é um valor intangível. A dignidade não se esgota nos direitos fundamentais, entretanto, só terá sua dignidade respeitada o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados.

Com base nesse raciocínio, infere-se que o princípio da dignidade é a base de todo o sistema jurídico normativo, na medida em que inspira a criação de normas e influência a interpretação e aplicação das mesmas. Ainda nas palavras de Romita (2014, p. 309): “nenhum ato normativo, nenhuma decisão judicial pode menoscabar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa ao princípio estruturante do Estado democrático de direito”.

Ao princípio da dignidade outro está relacionado, qual seja o da valorização do trabalho humano, encampado no inciso IV, do artigo 1º, e no *caput*, do artigo 170, da Constituição Federal, bem ao lado do princípio da livre iniciativa.

Valorizar o trabalho humano significa dar a ele tratamento digno, enxergando-o não como mera mercadoria, substituível e descartável, mas como um valor social merecedor de proteção estatal.

Assim, implica tanto em fomentar a criação de mais postos de trabalho, como em implementar políticas para que esse trabalho seja realizado em condições decentes.

No que se refere à livre iniciativa, pode se afirmar, em linhas gerais, que ela se consubstancia na faculdade de explorar qualquer atividade de cunho econômico, sem restrições por parte do Estado, exceto em virtude lei, nesse sentido, o parágrafo único do artigo 170, da Constituição Federal.

Conforme esclarece José Afonso da Silva (2009, p. 793): “a *liberdade de iniciativa* envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

Uma das formas pelas quais ela se manifesta é, justamente, através da livre concorrência, sendo esta outro princípio atinente à ordem econômica, cuja previsão se encontra no inciso IV, do artigo 170, da Constituição Federal, que deve ser interpretado em conjunto com o parágrafo quarto, do artigo 173, também da Carta Maior, *in verbis*: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Segundo Silva (2009, p. 795), a livre concorrência, bem como a vedação do abuso do poder econômico se complementam no mesmo objetivo, pois:

Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

Assim, uma das formas de abuso do poder econômico, que deve ser coibida pelo Estado, é a prática pelas empresas de *dumping social*, configurando verdadeira concorrência desleal.

Como exemplo, podem ser citadas aquelas empresas que, de forma reiterada e visando reduzir os custos de sua produção, descumprem os direitos trabalhistas. Assim, através da fraude que praticam conseguem reduzir o preço de seus produtos e serviços, prejudicando as empresas que observam corretamente as normas de proteção dos trabalhadores.

Ao abusar do poder econômico que possuem, essas empresas deixam de observar a sua responsabilidade social, não atendendo à sua função social.

O princípio da função social está previsto nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, da Constituição Federal, significando que as atitudes empresariais não devem ir de encontro aos interesses da sociedade, mas sim compatibilizar-se com os mesmos.

Assim, mesmo sem perder de vista o intuito lucrativo, as empresas devem se preocupar com o meio social no qual se encontram inseridas, sendo, de certa forma, também por ele responsáveis.

É a chamada responsabilidade social, que nasce da importância que possuem as empresas para a sociedade, segundo afirma Romita (2014, p. 253):

A responsabilidade social da empresa pode ser invocada para salvaguarda dos direitos fundamentais não só dos trabalhadores que nela exercem sua atividade mas também da própria comunidade, valendo lembrar que, nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição brasileira, ela responde penal e administrativamente por condutas e atividades consideradas lesivas ao ambiente.

Então, pode-se dizer que a empresa socialmente responsável é aquela que atua preocupando-se não somente com o lucro, mas também com seus empregados, com os consumidores, com o meio ambiente, ou seja, com a comunidade em geral.

Atualmente, os consumidores têm visto com bons olhos as empresas que se preocupam com as questões sociais, logo, isso pode contribuir para o aumento de sua lucratividade, sem contar o fato de que o próprio Estado oferece incentivos a essas empresas como, por exemplo, menor tributação.

Com base no exposto, conclui-se que a livre iniciativa, bem como a livre concorrência, deve ser exercida com responsabilidade social, valorizando-se o trabalho e respeitando-se a dignidade do trabalhador.

Nesse sentido, devem as empresas agir de forma transparente e honesta, cientes de sua função social e do fim da ordem econômica, que é assegurar uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

### **2.2.2 Infraconstitucionais**

Os princípios infraconstitucionais são aqueles que não se encontram previstos expressa ou implicitamente na Constituição Federal, mas estão em uma posição hierarquicamente inferior a ela, o que não os faz menos importantes.

Dentre os vários princípios justralhistas, quatro têm fundamental relevância para a análise da questão da terceirização, sendo eles: o princípio da proteção do trabalhador, o da imperatividade das normas trabalhistas, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o da primazia da realidade.

Embora sejam princípios distintos, certo é que todos estão inter-relacionados, devendo ser estudados não individualmente, mas em conjunto, na medida em que, como se notará, são todos expressões de um único princípio, ou seja, advém do princípio da proteção do trabalhador, que é extremamente abrangente.

É acertado afirmar que o princípio da proteção do trabalhador, também conhecido apenas como princípio protetor, constitui o coração do Direito do Trabalho, sendo sua própria razão de existir.

Ele surge a partir da premissa de que o trabalhador é parte hipossuficiente na relação empregatícia, logo, necessitaria de um tratamento diferenciado, com vistas a corrigir juridicamente o desequilíbrio socioeconômico existente.

Américo Plá Rodriguez (1997, p. 30) afirma que:

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

Dessa forma, reconhece-se que tratar os desiguais igualmente seria ratificar a desigualdade já existente. Logo, ao se pretender promover a igualdade fática (material) é necessário tratar os iguais de forma igual, mas no que tange aos desiguais, devem ser tratados desigualmente na proporção de suas desigualdades.

Segundo alguns doutrinadores, dentre eles Sérgio Pinto Martins (2013, p. 72), o princípio protetor se desdobra em três outros, ou seja, no *in dubio pro operario*, no da norma mais favorável e no da aplicação da condição mais benéfica, contudo, certo é que não apenas estes, mas todos os princípios justralhistas, conforme mencionado, decorrem do princípio protetor.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da imperatividade das normas trabalhistas está intimamente relacionado ao princípio protetivo, na medida em que prescreve que as normas trabalhistas têm caráter essencialmente imperativo, não podendo ser afastadas pela mera manifestação de vontade das partes envolvidas.

Conforme assevera Delgado (2007, p. 201):

Para esse princípio prevalece a *restrição* à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerentes ao contrato de emprego.

A Consolidação das Leis do Trabalho está praticamente repleta de preceitos imediatamente obrigatórios e que não admitem disposição em contrário, nem mesmo por vontade do próprio trabalhador, pois do contrário restaria desvirtuada sua finalidade primordial que é evitar que o obreiro, reconhecidamente a parte mais fraca, venha a ser e prejudicado ou ludibriado.

Nessa esteira, também deriva do princípio protetor e mantém forte vínculo com o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o chamado princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que conforme conceitua Rodriguez (1997, p. 66-67), é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

Completa Delgado (2007, p. 201-202) que esse princípio:

[...] traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.  
A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingencionamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.

Significa dizer, que o Direito do Trabalho reconhece que o trabalhador não tem condições de exercer integralmente sua vontade perante um ente socioeconomicamente superior, ou seja, há uma restrição natural da vontade obreira, sendo necessárias normas que atenuem essa situação, equilibrando, de certa forma, as posições e conferindo maior liberdade de escolha ao trabalhador.

Por fim, no que tange ao princípio da primazia da realidade, também conhecido como princípio do contrato realidade, afirma Rodriguez (1997, p. 217) que

ele “[...] significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.

Complementa Delgado (2007, p. 208) que:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a *prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços*, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. (grifo do autor).

Nesse sentido é a norma insculpida nos artigos 112, do Código Civil e 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com a primeira, o operador do Direito deve, quando da análise de declarações de vontade, se atentar mais à intenção que nelas se consubstanciou, do que à linguagem literal.

Já, conforme o segundo artigo, os atos que tenham por finalidade desvirtuar, impedir ou mesmo fraudar a aplicação das normas protetoras do trabalhador, serão automaticamente nulos. Nesse sentido, pode-se citar o exemplo dado por Godinho Delgado (2007, p. 208) que pontua:

O princípio do *contrato realidade* autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato desponham, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação). (grifo do autor).

Assim, importa mais a realidade de fato verificável do que a forma como é a apresentada essa realidade.

Logo, conclui-se que, justamente pelo fato do trabalhador merecer especial proteção, as normas jurídicas que o tutelam têm caráter imperativo e indisponível, não devendo ser tolerados os atos que tenham por finalidade violá-las, ainda que de maneira sub-reptícia, prevalecendo a realidade sobre a forma.

A partir dessa análise fica claro que todos os princípios justralhistas têm por objetivo promover a proteção do trabalhador, podendo ser sintetizados em uma única norma principiológica, ou seja, no princípio da proteção, sendo este último um desdobramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida, em que proporciona a sua efetivação sob uma perspectiva laboral.

### 2.3 Princípio da Não Mercantilização do Trabalho na Declaração de Filadélfia

Em 10 de maio de 1944, ainda durante a Segunda Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho na 26ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, na Filadélfia, adotou, como anexo à sua Constituição, a Declaração de Filadélfia, que serviu de referência para a Carta das Nações Unidas de 1946 e também para Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração de Filadélfia consubstancia os princípios e os objetivos fundamentais que orientam a Organização, reafirmando que o trabalho não é uma mercadoria, mas deve ser fonte de dignidade.

Conforme explica o filósofo Immanuel Kant, em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (2014, p. 82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (grifo do autor).

Implica dizer que tratar juridicamente o trabalho como mera mercadoria, sujeita à lei da oferta e da procura, seria aviltar a dignidade do trabalhador, haja vista que ele estaria, reflexamente, sendo tratado como objeto, tornando-se substituível a qualquer momento.

Assim, o Direito do Trabalho, com suas normas de proteção cogentes, existe justamente com o fulcro de evitar que o labor seja visto como um objeto, vendido por meio de um contrato de compra e venda ou alugado através de um contrato de locação de mão-de-obra. Isso porque, apesar de ter um forte aspecto econômico, constituindo a base da economia, o trabalho também possui um aspecto ético ligado à dignidade do ser humano que dele retira o seu sustento.

Conforme afirma Ricardo Antunes (2011, p. 144), “o trabalho mostra-se como momento fundante de realização do ser social, condição para a sua existência; é o ponto de partida para a humanização do ser social”.

Através dele o homem transforma a natureza e, simultaneamente, transforma a si mesmo, distinguindo-se dos demais animais pela sua racionalidade.

À vista disso, deve ser pensado como uma forma de promover o bem-estar de todos, bem como a oportunidade de cada um buscar a prosperidade tanto material como imaterial, vislumbrando alcançar satisfação naquilo que faz.

A Declaração de Filadélfia<sup>1</sup> faz menção a isso quando, no tópico II, afirma que:

A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;
- b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;
- c) quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;

Nesse sentido, tratar o labor como mercadoria vai de encontro à busca pelo trabalho decente, que é aquele com qualidade, justa remuneração e devidamente protegido, ou seja, o que permita uma vida digna. Tudo o que a isso se opõe é um verdadeiro retrocesso, embora muitos queiram fazer pensar ser uma evolução social.

Cumprindo ainda mencionar que o princípio em estudo foi reiterado em 15 de junho de 2006, em Genebra, por ocasião da adoção da Recomendação n. 198, pela OIT.

Essa Recomendação abrange uma política de proteção aos trabalhadores na relação laboral, incluindo dentre as medidas que devem ser adotadas o combate às relações de trabalho disfarçadas no contexto de outras relações, encobrindo a verdadeira situação jurídica do trabalhador e, conseqüentemente, privando este da proteção que lhe conferem as normas jurídicas. Mas, conforme se abordará no presente trabalho, isso não tem sido respeitado, visto que diversas empresas, visando comprar trabalhadores sem ter o ônus de arcarem com os custos decorrentes de uma relação de emprego, se valem da intermediação de mão-de-obra camuflada de terceirização.

---

<sup>1</sup> Tal documento se encontra disponível para consulta no seguinte endereço eletrônico: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf).



Como síntese, cumpre afirmar que uma das bases sobre as quais se assentam as normas de proteção ao obreiro é, justamente, o princípio de que o trabalho não é uma mercadoria, reconhecendo-se que se assim fosse considerado restaria descaracterizado em sua essência, maculando a dignidade do trabalhador, visto que não é possível dissociar o trabalho da pessoa que trabalha.

Além disso, a mercantilização do trabalho não condiz com o ordenamento jurídico brasileiro, que traz como um de seus dogmas, além da dignidade do ser humano, o valor social do trabalho (art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal), bem como tem como um de seus objetivos a constituição de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I, CF).

No mais, sendo o Brasil um dos membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho, ao ratificar as convenções desse organismo, estas passam a integrar o nosso ordenamento jurídico devendo, outrossim, serem observadas (art. 5º, §2º, da Constituição Federal).

Logo, conclui-se que pretender reduzir a dignidade a um mero valor de troca é algo absolutamente ignóbil.

### **3 TERCEIRIZAÇÃO**

Para a melhor compreensão do tema, importante se faz a análise histórica da terceirização, buscando a sua origem a partir do estudo da evolução dos modelos de produção ao longo do tempo e, dessa forma, demonstrando-se o quão desvirtuada se tornou. Relevante abordar, ainda, o modo como é conceituado o instituto na área da Economia e Administração de Empresas, bem como no Direito, apontando-se a necessidade da conjugação de ambos os conceitos para sua melhor compreensão. A natureza jurídica da terceirização e a sua relação com o Direito do Trabalho também são tópicos que merecem destaque, pois permitirão visualizar e compreender os efeitos que tal prática reflete no âmbito jurídico, concluindo-se pela sua licitude ou não.

### 3.1 Abordagem Histórica

A terceirização não é um fenômeno tão contemporâneo quanto se imagina, contudo, a acentuação de sua utilização se deu na segunda metade do século XX, fruto de mudanças que ocorreram na estruturação da produção ao longo do tempo, conforme se demonstrará.

Para se ter noção, entre os séculos XVI e XVIII, já se verificava a utilização de um sistema de subcontratação no qual o comerciante fornecia ao trabalhador (camponês) as matérias primas e, muitas vezes, a própria ferramenta de trabalho e este lhe entregava o produto total ou parcialmente acabado. O fim principal desse sistema era escapar às regras das Corporações de Ofício.

Entretanto, o fato que desencadeou a expansão do fenômeno que ficou conhecido como terceirização, sem dúvida foi a Segunda Guerra Mundial.

Entre os anos 1939 a 1945, período em que perdurou a guerra, havia grande demanda por armamento, contudo, as indústrias bélicas (principalmente norte-americanas), da forma em que se encontravam estruturadas, ou seja, verticalmente, não conseguiam suprir tamanha necessidade. Os empresários então viram como alternativa para o problema a transferência de atividades periféricas a outras empresas, buscando uma total concentração de recursos e pessoal em sua atividade principal, com vistas ao aumento da produção.

Conforme diversos doutrinadores apontam, dentre eles Sérgio Pinto Martins (2007, p. 16) e Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 75), este foi o começo da transição do modelo Tayolista/Fordista para aquele que conhecemos atualmente.

O Taylorismo ou a Administração Científica do Trabalho teve como base a obra “Os Princípios da Administração Científica” (1911), escrita pelo engenheiro estadunidense Frederick Winslow Taylor. Ele visava o aumento da produtividade por meio da fragmentação da organização do trabalho.

O modelo apontado por Taylor retirava totalmente a autonomia do trabalhador, devendo este cumprir rigorosamente os movimentos de acordo com a forma e dentro do tempo-padrão que o empregador pré determinasse. Era a robotização do operário, que ficava concentrado em uma tarefa específica, tendo o aperfeiçoamento de suas habilidades limitado e sem qualquer estímulo à expansão de seu conhecimento.

Promoveu-se a distinção entre trabalho manual (execução) e trabalho intelectual (planejamento), o que fez com que o trabalhador se tornasse substituível, pois não era necessária qualquer qualificação da mão-de-obra, e seu trabalho menos valorizado. Ocorreu uma verdadeira desapropriação do saber do operário pelo capital, conforme afirmam diversos doutrinadores.

A classe trabalhadora opôs muita resistência ao modelo em questão, o que dificultou a sua implantação. Notou-se, então, que era necessário conceder aos operários vantagens como forma de lhes dar motivação, fazendo com que eles associassem as vantagens recebidas ao modelo de trabalho mais eficiente. À vista disso, nasce o modelo de organização do trabalho denominado Fordismo.

No modelo criado por Henry Ford há a mecanização da produção, são as máquinas que ditam o ritmo de trabalho, as esteiras trazem o trabalho ao homem, visando uma linha contínua de montagem, buscando-se a massificação da produção. Os trabalhadores, posicionados ao longo da esteira rolante, exercem de modo repetido e mecânico o seu trabalho, consubstanciando-se essa tarefa em uma pequena parcela do produto final.

Para estimular os trabalhadores e ao mesmo tempo criar potenciais consumidores, Ford reduziu a jornada de trabalho (oito horas diárias) e passou a pagar um bom salário (cinco dólares ao dia).

Conforme aduz Carelli (2003, p. 37) “ao introduzir a produção em massa, Ford desejou criar, da mesma forma, o consumo em massa, característica fundamental do capitalismo do Século XX”.

Os modelos Taylorista e Fordista tornaram-se complementares, na medida em que o segundo reafirmava os objetivos do primeiro, ou seja, a criação de uma gerência científica do trabalho, e ambos tinham como base a redução do fator tempo e o aumento do ritmo de trabalho, com vistas ao aumento da produtividade. Em síntese, é acertado dizer que em seu novo modelo, Ford incorporou o modelo anterior.

Entretanto, a hegemonia do modelo Fordista não se deu de forma imediata, e é importante apontar que, mesmo no período em que atingiu o seu ápice, havia a prática da subcontratação de trabalhadores como forma de evitar alguns ônus que o modelo em questão acarretava.

O modelo de Ford entra em crise, que ganha seu auge em 1973, com o choque do petróleo<sup>2</sup>, ensejando o nascimento de uma nova forma de organização da produção que perdura até hoje, denominada Toyotismo, Ohnismo ou “Especialização Flexível” que, como deixa evidente a terceira denominação, tem como principal característica a flexibilidade.

Além da supracitada, também são características do Toyotismo a valorização do trabalho em equipe, a busca por um melhoramento consecutivo do produto e a produção dirigida pela demanda (*just-in-time*), ou seja, a utilização do estritamente necessário, tanto no que tange aos produtos como no que se refere à mão-de-obra.

Com relação ao processo de produção na indústria, este é marcado pela inovação tecnológica, com máquinas que podem ser reprogramadas e readaptadas, pois se utilizam de tecnologia digital. Várias máquinas, inclusive, passaram a executar tarefas antes realizadas de forma manual por pessoas.

No modelo de Taiichi Ohno, diferentemente do de Ford, os trabalhadores não exercem apenas uma atividade repetidamente, mas têm certa autonomia quanto à forma de realização do trabalho e, no que se refere à supervisão, esta passa a ser feita pelos próprios membros da equipe, havendo um clima de competição entre equipes no ambiente de trabalho.

O modelo japonês tem ainda como uma de suas bases a ideia de que o ritmo de produção deve se adaptar ao do mercado e não mais o contrário.

Conforme bem aponta Carelli (2003, p. 52):

De o consumo ser adaptado aos produtos padronizados [como ocorria com o modelo Fordista de produção em massa], passa-se à adaptação da produção aos usos, costume, vontades e necessidades do consumidor. Ou melhor, o produto adapta-se aos *consumidores*, no plural, pois foi a existência da diversidade nos tipos de consumidores que justamente obrigou às indústrias a realizarem a especialização dos seus produtos, com maior diversidade de opções, para um mercado consumidor cada vez mais multifacetado.

A anterior estrutura vertical da empresa, típica do Taylorismo/Fordismo, na qual se realizavam todas as etapas da cadeia produtiva, é substituída por uma

---

<sup>2</sup> O choque do petróleo tem sua gênese em 1970, quando descobrem que o recurso natural não é renovável, entretanto a crise se instala efetivamente em 1973 por motivações políticas, levando o preço do produto a gradativas variações em curtos espaços de tempo, acarretando consequências a nível global.

configuração horizontalizada, na medida em que se descentraliza parte da produção à outras empresas, tornando-se um modelo enxuto.

Em síntese, a empresa, com a finalidade de concentrar esforços em sua atividade-fim, repassa a outras as atividades-meio, nascendo assim o fenômeno da terceirização.

Dentre as várias consequências geradas a partir da implantação dessa nova técnica de produção destacam-se as despedidas em massa promovidas pelas grandes empresas visando a diminuição de custos advindos da contratação. Contudo, também começam a surgir empresas de pequeno e médio porte especializadas na realização de determinadas tarefas e que complementarão os processos produtivos das grandes empresas. Com isso, muitos dos trabalhadores que perderam o emprego encontrarão novos postos de trabalhos nas empresas recém formadas, outros se tornarão trabalhadores autônomos, contudo, infelizmente a grande maioria permanecerá desempregada.

A adaptação do modelo Toyotista, ao contrário da ideia original<sup>3</sup>, fez com que as empresas passassem a se valer de mão-de-obra com grande rotatividade, priorizando regimes contratuais com maior flexibilidade, até mesmo para a realização de atividades nucleares.

O novo modelo de empresa enxuta também acaba ocasionando o desemprego estrutural, o que contribuiu para a tese da flexibilização do Direito do Trabalho, visto que um sistema normativo consagrador da estabilidade dos empregados no sistema de produção se torna um entrave.

No Brasil, o que impulsionou a expansão da terceirização foi a entrada de empresas multinacionais em nosso território, cuja instalação só foi possível com abertura do mercado interno, principalmente durante o governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira. Conforme explica Sérgio Pinto Martins (2007, p. 16), “a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio”.

Ante esse cenário, com a finalidade de se tornarem mais competitivas, as empresas locais também passaram a se valer da terceirização, repassando atividades periféricas às terceiras, horizontalizando-se e se convertendo, conseqüentemente, em empresas de modelo enxuto.

---

<sup>3</sup> Na ideia original, havia a previsão da implantação um núcleo base de obreiros com emprego estável pela vida toda.

Entretanto, conforme aponta Mauricio Godinho Delgado (2007, p. 431):

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de *subcontratação* de mão-de-obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época da elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem se quer merecia qualquer epíteto designativo especial. (grifo do autor).

Foi somente no final da década de 1960 e começo de 1970, que a terceirização ganhou maior destaque no contexto jurídico nacional (embora ainda não lhe fosse atribuída essa denominação), com o advento do Decreto-Lei n. 200/1967, que em seu artigo 10 trata da descentralização da execução das atividades da Administração Federal, e da Lei n. 5.645/1970. Importante consignar que as normas em questão surgiram para reger o segmento estatal do mercado de trabalho.

O fenômeno foi estendido legalmente ao âmbito privado da economia com o advento da Lei n. 6.019/1974, que trata do trabalho temporário. Após, com a Lei n. 7.102/1983, permitiu-se a terceirização da atividade de vigilância bancária, não mais apenas de forma temporária, mas permanentemente.

Nas palavras de Godinho Delgado (2007, p. 432):

[...] o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, *independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico*. (grifo do autor).

À vista disso, a jurisprudência entre os anos de 1980 e 1990 voltou sua atenção a essa importante questão, o que acabou acarretando na diversidade de interpretações e de decisões. Visando uniformizar o assunto, o Tribunal Superior do Trabalho editou as súmulas de n. 256 pela Resolução Administrativa nº. 04/1986 e a súmula de n. 331 implementada pela Resolução Administrativa nº. 23/1993 (que promoveu a revisão da primeira).

Atualmente a matéria ainda tem sido regida pela supracitada súmula n. 331, o que é objeto de duras críticas, principalmente pela classe empresária, que afirma que a proibição à terceirização calcada em base jurisprudencial representa

ofensa aos princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da livre iniciativa. Logo, tendo em vista a necessidade de uma lei que regulamente o assunto, trazendo maior segurança aos trabalhadores e aos empresários, atualmente tem se discutido a aprovação do Projeto de Lei nº. 4.330, apresentado dia 26 outubro de 2004, pelo ex-deputado federal Sandro Mabel, assunto que será abordado em tópico próprio.

### 3.2 Conceito

Primeiramente, é importante consignar que a terminologia “terceirização”, originada da palavra “terceiro”, ou seja, o que é intermediário ou estranho, não é criação da ciência jurídica, mas do âmbito da Economia e da Administração de Empresas.

Na esfera do Direito, a expressão é criticada por não corresponder à realidade a que pretende apontar, visto que, no sentido jurídico, terceiro é o estranho a uma relação jurídica, o que não se verifica no fenômeno da terceirização, pois a relação se desenvolve entre o trabalhador, a empresa prestadora dos serviços e a tomadora dos serviços, logo, é um modelo de relação trilateral.

Outras denominações têm sido utilizadas, embora com menos frequência, tais como: “terciarização”, se remetendo ao setor terciário da economia (de serviços), no qual estariam inseridas as empresas prestadoras de serviços (terceirizantes), bem como, *outsourcing*, horizontalização, externalização de atividades, contrato de fornecimento, focalização, subcontratação, parceria, descentralização, desverticalização, etc.

Fora do campo do Direito, a expressão “terceirização” se presta a designar o fenômeno da descentralização das atividades empresariais, nos dizeres de Lívio Giosa (1997, p. 14) seria “um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio que atua”.

Ciro Pereira da Silva (1997, p. 30), a conceitua como:

[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.

Por fim, destaca Jorge Luiz Souto Maior (2011, p. 650-651) que:

A terceirização é, assim, apresentada como técnica moderna de produção, fruto da reengenharia administrativa das empresas, inseridas num contexto de concorrência global, que lhes exige uma postura de encurtamento de custos e eficiência produtiva. A partir desses postulados, explica-se que uma empresa, para ser eficiente e global, deve preocupar-se com suas finalidades próprias, deixando, para “parceiras”, outras que sejam periféricas ou menos importantes. E, assim, justifica-se, juridicamente, que uma empresa contrate (denominada, então, tomadora de serviços) outra para lhe prestar serviços (a prestadora de serviços), mesmo no interior do estabelecimento da primeira, em se tratando de serviços desvinculados da atividade primordial desta.

Da análise dos três conceitos acima transcritos, conclui-se que a terceirização não está ligada ao fornecimento de mão-de-obra, ou seja, ao repasse de trabalhadores, mas sim a uma ideia de especialização e concentração de atividades, com a atribuição de determinadas etapas do procedimento produtivo à outra empresa. Conforme sintetiza Carelli (2003, p. 77), a terceirização é “técnica de administração, e não de gestão de pessoal”.

No âmbito jurídico, Mauricio Godinho Delgado (2007, p. 430-431), afirma que:

[...] para o Direito do Trabalho 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.

Significa dizer que, a empresa prestadora de serviços, assumindo a posição de empregadora, contrata o trabalhador para que este realize determinada



atividade destinada a atender as necessidades de outra empresa, denominada tomadora de serviços, com a qual não se formará qualquer vínculo jurídico trabalhista.

Nota-se que, os conceitos fornecidos tanto pela área da Economia e da Administração de Empresas, bem como pelo Direito devem ser interpretados conjuntamente, pois quando se concluir que o caso analisado não se enquadra no conceito econômico ou empresarial de terceirização isso repercutirá no âmbito do Direito, conforme se discutirá no presente trabalho.

### 3.3 Natureza Jurídica

Em outros países do mundo as denominações dadas à terceirização indicam que ela tem natureza de contrato civil de entrega de atividades. Por exemplo, nos Estados Unidos da América chamam-na *outsourcing*, já na Itália é conhecida como *subcontrattazione*, na França como *sous-traitance*, etc.

Contudo, no Brasil a doutrina não é unânime quando se trata de apontar a natureza jurídica desse instituto.

Conforme entende o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2007, p. 25):

Dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam, eles nominados ou inominados. Assim, poderá haver a combinação de elementos de vários contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços; de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia; de locação de serviços, em que o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão; de consócio; de tecnologia, *know how*, com transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas, etc. A natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles. (grifo do autor).

Carelli (2010, p. 47) pensa de forma diferente, afirmando que “a terceirização tem natureza jurídica contratual comercial entre empresas”. Ele ressalta ainda que “não é contrato civil de fornecimento de trabalho, ou de mão de obra, e sim contrato civil de atividade que será realizada autonomamente por empresa especializada”.

Apesar de não existir consenso, a maior parte dos autores concorda que a terceirização tem natureza contratual, logo, deve estar de acordo com as

normas que disciplinam os contratos. Ao aplicá-la também é importante se acautelar com relação ao respeito das normas de proteção aos trabalhadores, pois embora o instituto não pertença ao Direito, a sua utilização reflete efeitos no âmbito jurídico, principalmente no que se refere a direitos trabalhistas.

### **3.4 Relação com o Direito do Trabalho**

Conforme já mencionado, a terceirização não é um instituto pertencente ao Direito do Trabalho, contudo, a sua aplicação acaba refletindo efeitos no âmbito jurídico, logo, é importante para a compreensão desses efeitos, bem como da legalidade ou não da terceirização, fazer uma breve análise das bases sobre as quais está estruturado esse ramo do Direito no Brasil, bem como da forma como se encontra normatizada a questão.

Conforme ensina Carelli (2003, p. 82) “o Direito do Trabalho, por natureza, baseia-se em dois pilares maiores, a partir dos quais nascem todos os outros princípios: o princípio protetor e a determinação legal da identidade do empregado e empregador”.

O princípio protetor, que também é conhecido como princípio da proteção, conforme se abordou, é a razão de existir do Direito do Trabalho. Ele é fruto do reconhecimento da desigualdade fática existente entre trabalhador e empregador na relação jurídica de trabalho, oferecendo resistência à autonomia da vontade sem limites.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho difere do Direito Civil, pois este pressupõe igualdade entre as partes de uma dada relação, enquanto o primeiro trabalha com a existência de uma relação entre sujeitos faticamente desiguais, procurando, por conseguinte, atenuar e quiçá extirpar as disparidades mediante a aplicação da ideia de que a igualdade de fato só é obtida entre os desiguais quando se dá a eles um tratamento também desigual.

Da premissa protecionista, decorrem praticamente todos os demais princípios aplicáveis no ramo laboral, merecendo destaque o já estudado princípio da irrenunciabilidade, pois as normas trabalhistas são de ordem pública, logo, de

caráter cogente, não podendo ser afastadas por negociação entre os pólos da relação de trabalho.

Carelli (2003, p. 83) afirma que:

Assim o Direito do Trabalho existe justamente para impor normas cogentes ou de ordem pública, inafastáveis até mesmo por acordo mútuo entre os atores da relação trabalhista, com o fim único de equilibrar as forças em jogo, que se mostram, a cada dia mais, pendendo para o lado economicamente mais forte.

O segundo pilar de que fala Carelli está relacionado à determinação legal da identidade daqueles que integram a relação de emprego, sendo muito importante para a aplicação das normas trabalhistas.

E é justamente por esse motivo que logo em seus artigos 2º e 3º a Consolidação das Leis do Trabalho define, respectivamente, quem se considera empregador e empregado, delineando os elementos formadores da relação empregatícia. Consigne-se que esses dispositivos não admitem derrogação pelos sujeitos da relação, prevalecendo, no caso em concreto, o princípio da primazia da realidade, sendo nulas todas as manobras que visem desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei protetora, conforme artigo 9º, do mencionado diploma.

Logo, aqueles que se enquadrarem na definição legal serão considerados, para todos os efeitos, empregador e empregado, mesmo que o contrato disponha de forma diferente, a exemplo do que acontece na terceirização que encampa a intermediação de mão-de-obra.

Assim, com base nos conceitos fornecidos pela lei trabalhista, a doutrina pátria delimitou, com pouca divergência, os elementos que compõem e caracterizam a relação de emprego, conforme explica Mauricio Godinho Delgado (2007, p. 290):

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não-eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*. (grifo do autor).

O primeiro elemento trazido por Godinho Delgado diz respeito à realização do trabalho por pessoa física, isso porque o Direito do Trabalho tutela bens jurídicos afetos à pessoa natural e que não podem ser estendidos às pessoas

jurídicas como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física e moral, etc. Implica dizer que, a prestação de serviços que o Direito Trabalhista tem como foco é aquela realizada por uma pessoa natural.

O segundo elemento (pessoalidade) aponta que a prestação de serviços deve ser *intuitu personae*, ou seja, realizada pela própria pessoa contratada.

Isso significa que, o trabalhador contratado, em regra, não poderá se fazer substituir por qualquer outra pessoa, todavia, existem exceções, mas que não são passíveis de descaracterizar o vínculo empregatício.

Consigne-se que a pessoalidade se refere à pessoa do empregado e não a do empregador, isto fica evidente com a leitura dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para a caracterização da relação de emprego também é necessário se verificar o terceiro elemento, ou seja, se o trabalho é realizado de forma não eventual, não esporádica e sim de forma permanente (mesmo que por um período determinado de tempo).

Assim, a prestação do serviço deve se dar de forma contínua dentro das atividades comuns da empresa, diferenciando-se da situação do trabalhador eventual como, por exemplo, o electricista chamado para consertar o elevador da empresa.

Embora pareça simples a definição de não-eventualidade, o assunto é muito complexo, com diversos posicionamentos acerca de como se daria a sua caracterização no caso concreto.

O quarto elemento a ser estudado, e o de maior importância para a caracterização da relação empregatícia, é a subordinação ou dependência jurídica, segundo a qual o empregado compromete-se a obedecer as diretrizes dadas pelo empregador para a realização do serviço.

Em síntese, o empregador detém o poder de direção empresarial, reconhecido pelo ordenamento jurídico, sendo que daí decorre a obrigação para o empregado de acatar as ordens que lhe são dadas.

A subordinação deve ser analisada de forma objetiva, ou seja, ela pode ser constatada a partir do modo em que a prestação de serviços é realizada, logo, quando no artigo 3º a CLT diz “dependência”, leia-se subordinação.

Carelli (2003, p. 90) afirma que, devido às novas formas de trabalho precário que têm se desenvolvido, é necessário aumentar a abrangência do critério da subordinação, concluindo que para a verificação de sua existência “estará presente a integração do trabalhador numa organização coletiva empresarial, sendo que esta fiscaliza e orienta o trabalho, ao menos potencialmente”.

Importante apontar que existem contratos de trabalho em que a submissão às ordens é relativa ou aparece como mera possibilidade.

O quinto requisito é a onerosidade, ou seja, o trabalhador presta o serviço com a finalidade de receber uma contraprestação de ordem econômica.

Conforme expõe Godinho Delgado (2007, p. 298):

[...] o contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

A verificação desses requisitos no caso concreto facilita a constatação da existência ou não de relação empregatícia, embora, algumas situações ainda possam permanecer obscuras.

Feitas essas considerações, cumpre agora analisar como se encontra normatizada a terceirização no Brasil.

Atualmente, ainda não há uma lei específica que regule o instituto de forma geral, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou na súmula de n.º 331 (Resolução Administrativa n.º 23/93) o entendimento que tem regido a questão.

Esse entendimento sumular nasceu da necessidade de regulamentar os casos de terceirização, que se multiplicaram principalmente em meados de 1980, tendo em vista que os enunciados anteriores que se propunham a pacificar o assunto não solucionavam o problema.

Dentre os antecedentes normativos da Súmula 331, podemos citar os Enunciados n.º. 239 (Resolução Administrativa n.º. 15/85) e o n.º. 256 (Resolução Administrativa n.º. 04/86).

O primeiro deles tratava do trabalhador bancário e tinha a seguinte redação: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”. Analisando o teor

deste entendimento, nota-se a vedação do uso da terceirização da atividade de processamento de dados com a finalidade de fraudar os direitos pertencentes à categoria dos trabalhadores bancários.

Já o Enunciado de nº. 256 trouxe o seguinte entendimento:

Súmula nº 256 do TST

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

Com a aprovação deste Enunciado, firmou-se o entendimento de que é ilegal a intermediação de mão-de-obra, existindo responsabilidade solidária dos envolvidos, contudo, não se tratou separadamente da terceirização, havendo confusão entre um instituto e outro. Isso culminou na revisão da proposição, através da Súmula de nº. 331 que, atualmente, dispõe:

Súmula nº 331 do TST

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

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

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

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

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

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

Conforme pontua Carelli (2003, p. 110):

O Enunciado 331, revendo o de nº 256, na verdade manteve o mesmo espírito e entendimento, desfazendo porém a confusão entre terceirização e intermediação de mão de obra, e está, em linhas gerais, em consonância com o sistema jurídico trabalhista pátrio.

De uma breve análise da supracitada Súmula, conclui-se que é, em regra, vedada a intermediação de mão-de-obra e, caso ocorra, considerar-se-á o vínculo empregatício formado diretamente com o tomador dos serviços. Entretanto, existe uma hipótese em que se considera lícita e válida a intermediação, ou seja, aquela pautada e que segue rigorosamente os requisitos da Lei nº. 6.019/1974 (que dispõe sobre trabalho temporário).

Também se infere que, conforme o inciso II, mesmo que haja a intermediação de mão-de-obra ilícita, não se formará vínculo direto com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, por respeito à norma contida no artigo 37, inciso II, da Carta Magna, que preceitua:

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

[...]

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

No que se refere ao inciso III do entendimento sumular em estudo, segundo alguns doutrinadores, ele também conteria exceções à regra do inciso I, entretanto, não é esse o entendimento mais acertado, visto que o terceiro inciso, diferentemente do primeiro, trataria especificamente da terceirização e não da intermediação de mão-de-obra.

Dispõe o mencionado inciso que não se forma vínculo empregatício com o tomador de serviços, quando este contrata uma empresa especializada para que realize determinada atividade periférica, ou seja, para que realize uma atividade-meio. Contudo, ante o princípio da primazia da realidade, se restar evidenciado que, na verdade, há mera intermediação de mão-de-obra, mesmo que para a realização

de atividades periféricas (exceto na hipótese de trabalho temporário), existindo subordinação e pessoalidade, haverá a formação de vínculo.

Com relação ao que seria atividade-meio e atividade-fim, questão secundária, conforme será demonstrado, pelo próprio conceito de terceirização faz-se possível a conclusão de que atividade-fim é aquela considerada a principal (o *core business*), na qual se pretende focar quando se terceiriza as atividades-meio, ou seja, as periféricas.

Mas o mais relevante é saber o que é terceirização e o que é intermediação de mão-de-obra, pois mesmo que se “terceirize” uma atividade-meio, se concluir-se que, de fato, há mera contratação de pessoal por empresa interposta, estar-se-á diante de uma hipótese de fraude às normas protecionistas dos trabalhadores, logo, *contra legem*. E mais, veda-se a “terceirização” de atividade-fim por uma questão lógica, qual seja, não haveria como realizá-la sem pessoalidade e subordinação direta para com o tomador dos serviços, presumindo-se de forma absoluta que haja fraude, além de não se enquadrar no conceito de terceirização.

A partir das considerações feitas torna-se mais fácil estabelecer relação entre a terceirização e o Direito do Trabalho, bem como identificar quando o mencionado instituto está sendo usado como pretexto para evitar ou encobrir a formação de vínculo de emprego, que é o que ocorre quando a terceirização, em sua essência, não passa de mera intermediação de mão-de-obra.

#### **4 TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA**

É importante esclarecer que a terceirização não se confunde com a intermediação de mão-de-obra, embora grande parte das empresas se utilize da segunda sob o rótulo da primeira. Para demonstrar tal diferença, é necessário o estudo de alguns indícios que apontam a existência ou não da verdadeira terceirização, revelando, ainda, o quão nociva pode ser ao ordenamento justralhista, aos trabalhadores e à sociedade se utilizada de forma fraudulenta.



## 4.1 Distinção

Terceirização não é o mesmo que intermediação de mão-de-obra, embora, em alguns casos, a diferença entre elas se torne obscura.

É importante deixar claro que a terceirização, como técnica de produção moderna, em si não é ilegal, contudo, a utilização de intermediação de mão-de-obra é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico, só podendo ser utilizada no molde das exceções feitas pela própria lei, como é o caso das empresas de trabalho temporário<sup>4</sup>.

À vista disso, o que se vem notando atualmente, é o total desvirtuamento do fim primordial da terceirização, passando os empresários a utilizarem-se do instituto com o objetivo de frustrar direitos trabalhistas, com vistas à diminuição de custos. Implica dizer que, tentando dar uma roupagem legal à intermediação de mão-de-obra, muitos a tem chamado de terceirização, o que vem ocasionando grande confusão no meio social, jurídico e até mesmo no empresarial. Alguns doutrinadores chamam essa prática de *marchandage*.

O presente trabalho tem como um de seus objetivos fundamentais delinear alguns elementos que podem apontar a existência de uma “terceirização patológica”, nomenclatura sugerida por Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 06) para designar aquela terceirização que mascara uma intermediação de mão de obra, ocasionando vários prejuízos para os trabalhadores e, na mesma proporção, benefícios para os empresários.

Antes de passar ao estudo dos elementos indicadores, é necessário conceituar o que se entende por intermediação de mão-de-obra que, de acordo com Carelli (2010, p. 47), consubstancia-se no “[...] mero fornecimento de trabalhadores por uma determinada empresa a outra, eximindo-se esta das obrigações derivadas da relação jurídica com eles”.

Nota-se que não há convergência entre os conceitos de intermediação de mão-de-obra e terceirização, sendo aquela o repasse de trabalhadores, enquanto esta se consubstancia na entrega de atividades periféricas para serem realizadas

---

<sup>4</sup> O trabalho temporário é uma forma de intermediação de mão-de-obra legal no Brasil, conforme a Lei n. 6.019/1974, que versa sobre fornecimento temporário de trabalhadores por uma empresa a outra em casos excepcionais, não se confundindo com a terceirização.

por terceiras. Logo, tendo-se como base a conceituação de terceirização, bem como analisando os componentes da relação empregatícia, pode-se lançar mão dos elementos que indicarão ou não a existência da legítima terceirização.

Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p.124), referencial teórico no que se refere a esse estudo, aponta dez componentes daquilo que chamou de “feixe de indícios”, capazes de demonstrar a existência de intermediação de mão-de-obra.

Conforme o esclarecido doutrinador, pode-se citar como conjunto de elementos que apontam para a existência de intermediação de mão-de-obra a:

- Organização do trabalho pela contratante (gestão do trabalho);
- Falta de especialidade da empresa contratada (“Know-how” ou técnica específica);
- Detenção de meios materiais para a realização dos serviços;
- Realização da atividade permanente da tomadora, dentro do estabelecimento próprio da contratante;
- Fiscalização da execução do contrato pela contratante;
- Ordens e orientações procedimentais por parte da contratante;
- Prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato;
- Remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores;
- Prestação de serviços para uma única empresa tomadora;
- A realização subsequente de um mesmo serviço por empresas distintas, permanecendo os mesmos trabalhadores etc.

Com base nesses itens, ao analisar o caso concreto, primeiramente é importante verificar quem determina como e quando o trabalho deve ser realizado, ou seja, quem tem a gestão do trabalho, visto que este item aponta para a presença de um dos elementos formadores do vínculo empregatício, qual seja a subordinação ou dependência jurídica.

Sendo a empresa prestadora de serviços a empregadora, é ela quem deve organizar a realização do trabalho, pois, em tese, foi contratada justamente com esta finalidade, ou seja, a de realizar determinada tarefa na qual tem sua especialidade, tornando, assim, o produto final de maior qualidade e permitindo que a tomadora dos serviços se concentre em sua atividade principal.

Caso, na prática, se verifique que quem gerencia o serviço, na verdade, é a própria tomadora (não havendo autonomia da prestadora), patente se torna a finalidade de fraudar norma trabalhista, ou seja, nota-se a mera contratação de uma empresa interposta para o fornecimento de trabalhadores (e não propriamente dos serviços), evitando a formação de vínculo jurídico diretamente com a empresa que se beneficia da força de trabalho.

Como exemplo, pode se citar contratos ditos de terceirização, mas que em essência são de mera intermediação, em que é a empresa tomadora quem dispõe a quantidade e em quais tarefas devem atuar os trabalhadores da empresa prestadora, bem como o horário de trabalho e a realização de horas extraordinárias, salvo se, no primeiro caso, o horário de trabalho apontado condizer com o funcionamento da empresa ou, no caso dos vigilantes, ao de encerramento das atividades. Em vários desses contratos também se pode notar a gestão da tomadora quando esta é quem escolhe os trabalhadores que lhe prestarão os serviços ou quando há a possibilidade de pedir a substituição dos obreiros fornecidos pela contratada, notando-se um dos componentes existentes na relação empregatícia, ou seja, a pessoalidade.

Casos há também em que no próprio contrato fica demonstrada a existência de subordinação jurídica, quando os empregados terceirizados devem obedecer às ordens e diretrizes dadas pelos empregados efetivos da empresa tomadora.

Seguindo o mesmo raciocínio, ao se trazer como outro elemento indicante de intermediação de mão-de-obra a “fiscalização da execução do contrato pela contratante”, está se referindo justamente à gestão do trabalho, no sentido de que o responsável por fiscalizar (empregado da tomadora) passe a agir como superior hierárquico dos terceirizados.

Aqui também se encaixa a o elemento que diz respeito à “realização da atividade permanente da tomadora, dentro do estabelecimento próprio da contratante”, ou seja, os empregados da prestadora de serviços são colocados para trabalhar na tomadora por período indeterminado de tempo, apontando para a existência de submissão ao poder de direção da empresa contratante (tomadora). Isso fica mais evidente ainda, nos casos em que trabalhadores terceirizados permanecem em seus mesmos postos de trabalho na empresa contratada quando o contrato entre tomadora e prestadora termina, assumindo aquela finalmente a posição de empregadora desses obreiros.

Nesses casos, embora se tente fazer acreditar que há um contrato de terceirização, na verdade, há mero fornecimento de mão-de-obra. Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho é clara quando preceitua em seu artigo 2º que empregador é aquele que dirige a prestação dos serviços, ou seja, quem tem o poder de direção empresarial. Conforme explica Martins (2013, p. 227) o “poder de

direção é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho”. Esse poder divide-se em poder de organizar, de controlar e de disciplinar.

Igualmente, deve-se ter em foco outro elemento primordial para a caracterização, ou não, da legítima terceirização, ou seja, o *know-how* da empresa prestadora de serviço. Este elemento nasce da própria definição de terceirização, que conforme já explanado, é o repasse de atividades periféricas (atividades-meio) de uma empresa para outra que, sendo especializada, tenha a possibilidade e os meios próprios de melhor executá-las.

Contudo, importante pontuar que quando se fala em especialização está se querendo dizer que a empresa prestadora dos serviços exerce determinada atividade distinta da exercida pela tomadora, ou seja, a empresa que contrata os serviços não possui aquele *know-how*, consubstanciando-se este em um conhecimento especializado.

Além disso, também não é concebível que uma empresa preste todo e qualquer tipo de serviço, visto que desta forma, na verdade, em nada seria especializada, sendo mera fornecedora de mão-de-obra, lucrando com o aluguel de trabalhadores.

Outro indício apontado por Carelli é a prestação de serviços a uma única empresa tomadora, visto que isso revela certa dependência de cunho econômico da empresa contratada (prestadora) para com a contratante (tomadora). Em muitos casos, os empregados da própria empresa tomadora de serviços são impelidos a formarem uma pequena empresa, com isso eles continuam em seus anteriores cargos, mas perdem a proteção que os direitos decorrentes da relação de emprego lhes proporcionariam.

O sétimo item apontado e que também merece maior destaque é a preponderância do elemento humano no contrato dito de terceirização, visto que o foco do mesmo, em tese, deveria ser o serviço especializado, ou seja, a preocupação com as técnicas e meios próprios para a satisfação do contrato e não tão somente com a mão-de-obra.

Para aferir, na prática, esse requisito, Carelli (2003, p. 139) apresenta a seguinte fórmula:

No caso concreto, deve-se verificar se o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão-de-obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato.

Essa preocupação prevalente com o elemento humano, ou seja, com o fornecimento de homens e não do serviço especializado, fica evidente quando o pagamento do contrato é acordado pautando-se no critério do número de trabalhadores e não no valor de mercado, como deveria ser, visto tratar-se da entrega de uma atividade autônoma com custos próprios (com trabalhadores, materiais e formas operacionais, dentre outros).

Conforme apontado, na verdadeira terceirização a empresa prestadora de serviços se valeria de seus próprios materiais para executar as tarefas que lhe fossem incumbidas, pois caso estes viessem a ser fornecidos pela empresa contratante isso seria um forte sinal de intermediação de mão-de-obra.

O último elemento diz respeito à situação em que os trabalhadores terceirizados permanecem trabalhando na empresa tomadora de serviços mesmo após o contrato entre ela e a prestadora ter se findado, já estando em curso um novo contrato com uma empresa prestadora de serviços distinta da anterior. É como se houvesse uma sucessão de empresas, mas permanecessem os mesmos trabalhadores, indicando pessoalidade na realização dos serviços.

Com base na análise desses elementos, é possível perceber-se quando se está diante de uma terceirização lícita ou ilícita. Entende-se por terceirização ilícita aquela que, na verdade, é mera intermediação de mão-de-obra, precarizante dos direitos trabalhistas que foram tão duramente conquistados ao longo de séculos.

## 4.2 Impacto nos Direitos Trabalhistas

A intermediação de mão-de-obra travestida de terceirização pode gerar graves consequências ao sistema jurídico trabalhista, ao trabalhador propriamente dito, bem como à sociedade em geral.

Conforme se abordou, um dos pilares sobre o qual o Direito do Trabalho se encontra estruturado é a determinação, através da lei, da identidade do empregador e do empregado tornando possível, assim, a aplicação das normas trabalhistas, procurando evitar que situações formais não condizentes com a realidade fossem impostas ao trabalhador.

Logo, acaso se permita que, por meio da utilização da terceirização ilícita, modifique-se isso, certamente haverá grande abalo, se não a ruína, do sistema normativo trabalhista.

Conforme aponta Souto Maior (2011, p. 658):

Sob o prisma da realidade judiciária percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos.

Além disso, a aceitação desse instituto seria um enorme retrocesso no que se refere à proteção do trabalhador, tido como a parte vulnerável da relação de trabalho, violando, dentre outros, o princípio consolidado na Declaração de Filadélfia segundo o qual o trabalho não pode ser tratado como mera mercadoria.

Mas, conforme se afirmou, a terceirização ilícita também traz malefícios que atingem diretamente o obreiro, na medida em que contribui para a subtração de vários direitos trabalhistas, promovendo a redução de salários, o aumento das jornadas de trabalho, a alta rotatividade nos postos de trabalho, a fragmentação e consequente enfraquecimento dos sindicatos, o aumento do número de doenças ocupacionais e de acidentes no ambiente laboral, a discriminação, bem como a perda da identidade profissional dos trabalhadores intermediados.

Nessa esteira, cumpre consignar que a marca característica de uma terceirização ilícita (mera intermediação de mão-de-obra) é a busca de lucro por meio da redução dos direitos trabalhistas.

Para a constatação disso, basta se fazer uma sucinta análise dos argumentos que visam justificar a utilização do instituto, quais sejam os de que ele proporciona a redução de custos, o aperfeiçoamento da produção, o aumento dos lucros e, conseqüentemente, torna a empresa mais competitiva.

Em um primeiro momento nada de anormal se nota nessa fundamentação, contudo, em uma avaliação mais cuidadosa, percebe-se que, no que se refere à redução de custos, o argumento é paradoxal, pois como seria possível que uma empresa contratasse outra especializada, que obviamente tem intuito lucrativo, para realizar determinada atividade e ainda assim reduzisse gastos?

Acaso não teria a empresa tomadora de arcar com os custos gerados pela realização de tal atividade?

É certo que para se aperfeiçoar determinado produto ou determinada atividade, em regra, são necessários maiores investimentos o que, por óbvio, implicaria na geração de mais gastos, haja vista que o contratante deverá arcar com o lucro do contratado. Assim, afirma Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p.78), que “em condições normais e não havendo alguma extraordinariedade, não haveria solução mágica que pudesse fazer com que os custos diminuíssem para a realização da mesma atividade”. Como “extraordinariedade” o autor cita, dentre outros, o não pagamento de encargos trabalhistas.

Carelli (2003, p. 02-03) complementa ainda que:

O que pode haver é a melhoria de qualidade e conseqüentemente um aumento nos lucros e maior competitividade, mas nunca a redução de custos, que só seria obtida pela precarização do trabalho humano, seja nas condições desse trabalho, seja no não pagamento das verbas trabalhistas.

Assim, o instrumento adequado para a redução de custos é a intermediação de mão-de-obra e não a verdadeira terceirização, logo, não é seguro estribar-se nesse argumento, pois ele pode demonstrar que um instituto lícito está sendo utilizado para camuflar um que é, em regra, ilícito.

Outro argumento que reforça essa ideia é o de que em nosso ordenamento jurídico existe uma forma legal de intermediação de mão-de-obra, que é o trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), somente permitido em situações excepcionais, cujas vantagens econômicas decorrem, justamente, do fato de que a

Lei somente prevê alguns direitos trabalhistas, corroborando a tese de que para reduzir custos é necessário subtrair alguns direitos dos trabalhadores.

Com a utilização da terceirização ilícita, as empresas tomadoras dos serviços se livram dos encargos trabalhistas e do repasse das conquistas obtidas por meio de acordos coletivos reduzindo, conseqüentemente, os gastos.

Conforme um dossiê com o título “Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha” (2014, p. 09), elaborado pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) com dados estatísticos referentes ao ano de 2013, apontando uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), constatou-se que 91% das empresas que se valem da terceirização têm como objetivo a redução de custos e apenas 2% delas visam a especialização técnica.

Consoante o que se demonstrou, a estratégia das empresas é otimizar os lucros e reduzir custos por meio de baixos salários, jornadas extensas, etc., sem se preocuparem com as condições em que o trabalho é realizado já que o trabalhador é, em tese, responsabilidade da empresa prestadora de serviços.

No mencionado dossiê feito pela CUT (2014, p. 13-15), dados interessantes são levantados também acerca das condições dos trabalhadores terceirizados em comparação com aqueles contratados de forma direta.

Com relação ao ano de 2013, constataram que, formalmente, o número de trabalhadores terceirizados atingiu 26,8% do mercado de trabalho, perfazendo um total de 12,7 milhões trabalhadores. Entretanto, é importante considerar que grande parte desses obreiros encontra-se na informalidade, fugindo às estatísticas.

No que se refere à remuneração dos terceirizados, constatou o estudo que, no mês de dezembro daquele ano, ela foi 24,7% menor que a dos trabalhadores diretamente contratados.

Importante apontar ainda que, 78,5% dos trabalhadores intermediados estão concentrados na faixa de ganho salarial de até três salários mínimos e, apesar de também terem uma elevada concentração nessa faixa (67,4%), os trabalhadores contratados diretamente estão mais bem divididos entre as demais faixas salariais. Por exemplo, 7,8% dos terceirizados recebem entre quatro a sete salários mínimos, sendo que os contratados diretamente atingem 12,4%. E enquanto, 2,9% dos intermediados recebem acima de dez salários mínimos, este número perfaz 6,1% entre os “efetivos”.



Entretanto, quando se fala na quantidade de horas semanais de trabalho, os terceirizados trabalham, em média, 3 horas a mais que os diretamente contratados, numa média de 43 horas por semana, isso sem levar em consideração os bancos de horas, as horas extras e o ritmo de trabalho mais intenso.

Conforme aponta a CUT em seu dossiê (2014, p. 15): “se a jornada dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados fosse igual à jornada de trabalho daqueles contratados diretamente, seriam criadas 882.959 vagas de trabalho a mais”. Logo, o argumento de que a terceirização gera mais postos de trabalho não é verdadeiro.

É sabido, também, que existe grande rotatividade de trabalhadores terceirizados, segundo os dados o tempo de emprego destes é, em média, de 2,7 anos, enquanto entre os contratados de modo direto este número aumenta para 5,8 anos. Ou seja, o rotativismo entre os intermediados é de 64,4%, ao passo que entre os contratados diretamente está em torno de 33%.

Consigne-se que, em comparação a um estudo realizado no ano de 2010, a CUT também constatou que a rotatividade aumentou 19,5% em 2013.

Esses dados são preocupantes, pois afetam a vida dos trabalhadores de maneira significativa, visto que a falta de estabilidade no emprego retira-lhes a segurança para realizar planejamentos e organizar a sua vida e a de sua família.

No que tange ao número de obreiros terceirizados por localidade, a região Sudeste é a campeã, com 29,4% (mais de 7 milhões); destacando-se aí o estado de São Paulo, que possui mais de 4 milhões de trabalhadores terceirizados, o que perfaz 30,5% do total.

Abaixo de São Paulo, no *ranking* dos que mais terceirizam, encontram-se os estados do Ceará com 29,7%, do Rio de Janeiro com 29,0%, de Santa Catarina com 28% e do Espírito Santo com 27,1%, segundo o dossiê da CUT (2014, p. 16). Cumpre apontar ainda que, esses estados detêm uma aglomeração de trabalhadores terceirizados 26,8% maior do que a média nacional.

Outro dado interessante e que vai de encontro ao argumento de que os trabalhadores terceirizados recebem baixa remuneração por trabalharem em empresas pequenas, é o fato de se ter apurado que 52,6% trabalham em estabelecimentos relativamente grandes que possuem, em média, mais de 100 funcionários. Sendo ainda que os contratados diretamente perfazem 55,2% desses trabalhadores.

Quanto à contribuição do nível de escolaridade para a justificação dos baixos salários, os dados apontam que 58,5% dos terceirizados têm o ensino médio ou até mesmo formação superior, sendo que entre os contratados diretamente o número é de 72,7%.

E se recortarmos o estudo apenas abrangendo o ensino médio completo, a diferença entre terceirizados e contratados diretamente praticamente desaparece, sendo na porcentagem de 46,1% para aqueles e 46,0% para os últimos. Nota-se, então, que a disparidade entre os dois grupos não é tão grande, quanto o são as disparidades salariais e as condições de trabalho.

Outro efeito nefasto que a terceirização ocasiona é a desintegração da classe trabalhadora e, como consequência lógica, reforça a pulverização dos sindicatos, enfraquecendo-os.

No Brasil, a organização dos sindicatos está pautada na categoria profissional (que vem definida no artigo 511, §2º, da CLT) e na unicidade sindical por base territorial. Logo, os terceirizados terão sua representação sindical baseada na atividade econômica da empresa prestadora de serviços e não na da tomadora.

À vista disso, em um mesmo local de trabalho haverão trabalhadores representados por diferentes entes sindicais, uns mais fortes e outros mais frágeis, muitas vezes com posições ideológicas distintas e sem coordenação, criando um ambiente de disputa, o que dificulta as negociações.

Há um desencorajamento da luta conjunta, bem como da solidariedade entre aqueles que enfrentam as mesmas adversidades no local de trabalho.

Ricardo Antunes (2011, p. 66), ao falar sobre o assunto, aduz que:

A fragmentação, heterogeneização e complexificação da *classe-que-vive-do-trabalho* questiona na *raiz* o sindicalismo tradicional e dificulta também a organização sindical de outros segmentos que compreendem a classe trabalhadora. (grifo do autor).

Conclui-se, então, que a presença de diversos sindicatos dentro de uma mesma empresa, acaba ocasionando a desunião dos trabalhadores, que passam a perseguir direitos distintos, tornando o resultado dessas lutas, muitas vezes, inócuo, visto que o que os faz fortes é, justamente, a união.

Nesse sentido são as palavras de Souto Maior (2000, p. 320) afirmando que: “[...] o dinamismo da terceirização acaba provocando uma

pulverização da massa trabalhadora, o que inibe a luta por melhores condições de trabalho, já que o pressuposto dessa luta é a união”.

Não obstante todos os mencionados problemas trazidos pela terceirização patológica, ela ainda é causa da precarização do meio ambiente do trabalho.

Segundo o dossiê “Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha” (2014, p. 23): “os trabalhadores terceirizados estão mais sujeitos a acidentes e mortes no local de trabalho do que os trabalhadores contratados diretamente”.

Isso decorre do fato de que a empresa tomadora dos serviços, não sendo a empregadora, deixa de investir em medidas preventivas, mesmo que o trabalho seja realizado dentro de seu estabelecimento, o que expõe o trabalhador a situações de risco.

Souto Maior (2011, p. 655), expõe que:

Outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso é o da ficção que se cria em torno da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhes são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a um segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.

Além disso, os terceirizados não têm treinamento nem material adequado e, muitas vezes, se quer são estimulados a utilizarem Equipamentos de Proteção Individual (EPI), mesmo que as atividades a serem realizadas apresentem alto risco.

Exemplo claro disso é o setor da construção, aonde mais ocorrem acidentes envolvendo trabalhadores terceirizados, bem como o setor elétrico, cujo índice de acidentes, de acordo com o dossiê da CUT (2014, p. 24), é 5,5 vezes maior do que nas demais áreas da economia.

Ainda segundo o mesmo dossiê, os trabalhadores terceirizados que atuam no setor elétrico morrem 3,4 vezes mais do que aqueles diretamente contratados. Para se ter uma ideia, no ano de 2011, do total de 79 mortes verificadas nesse setor, 61 foram de obreiros terceirizados, sendo que 38 tiveram como causa a eletricidade, perfazendo 62% dos casos.

O documento traz ainda, como ilustração, o caso da Petrobras (2014, p. 25), na qual, do ano de 2005 ao de 2012, houve um aumento em 2,3 vezes do número de trabalhadores intermediados, o que culminou no crescimento em 12,9 vezes do total de acidentes de trabalho. Ainda nesse lapso temporal, 14 trabalhadores contratados diretamente morreram durante a labuta, ao passo que, entre os terceirizados esse número atingiu alarmante total de 85 mortos.

Preocupante também é a situação dos terceirizados no setor de saúde e de limpeza urbana, pois ficam expostos a todo tipo de doenças infecto-contagiosas. Nesse sentido, a terceirização, além de problema social, ganha contornos de problema de saúde pública.

O que se nota é que as empresas têm terceirizado também os riscos que seu processo de produção promove, transferindo-os às empresas intermediadoras de mão-de-obra, ditas prestadoras de serviços que, sequer, possuem condições econômicas e tecnológicas de administrá-los.

Certo é que a imensa maioria, para não dizer a totalidade, desses acidentes é evitável, pois os dados comprovam que, prevalentemente, a causa da morte é resultado das condições precárias de trabalho.

Outro malefício ocasionado pela terceirização ilícita e que merece ser mencionado é a discriminação e segregação no lugar de trabalho.

Conforme afirma Carelli (2003, p. 207):

São, então, características da segregação social, como forma de exclusão social: delimitação de espaços diferenciados, não-neutralidade da distinção, legitimação de esferas de autoridade e competência e acesso desigual aos recursos sociais.

Nas empresas que se valem da intermediação de mão-de-obra, é muito comum a existência de espaços delimitados, seja fisicamente ou mesmo através da identificação pelo uso de crachás ou de uniformes diferenciados.

Cria-se, no ambiente de trabalho, uma distinção entre os trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente, muitas vezes, não podendo eles compartilhar locais em comum como, por exemplo, o refeitório.

Nota-se que a terceirização ilícita cria uma situação de verdadeira esquizofrenia jurídica dentro do ambiente laboral, no qual trabalham “ombro a

ombro”, nas mesmas funções, mas em condições e com salários distintos, terceirizados e efetivos.

Assinale-se que, a não-neutralidade dessa diferenciação reside no fato de que ela não é utilizada apenas como meio de diferenciar funções e sim como forma de criar distintos *status* dentro da empresa. Implica dizer que os terceirizados passam a ser vistos, inclusive pelos empregados efetivos, como subtrabalhadores, ou seja, uma classe inferior.

Nesse sentido, aduz Souto Maior (2011, p. 656) que “os efetivos não se identificam como membros da mesma classe que os terceirizados e estes, aliás, assumem essa condição de subtrabalhadores”.

A utilização da própria expressão “terceirizado” acaba tomando um caráter pejorativo, como forma de rebaixamento do trabalhador.

Essa discriminação serve, justamente, de base para a legitimação de esferas de autoridade e competência em uma estrutura de forma piramidal, na qual a base é composta, em sua imensa maioria, pelos obreiros intermediados.

Tudo isso, sem dúvida, proporciona o acesso desigual aos recursos sociais, conforme diz Carelli (2003, p. 215) “não há espaço para comprometimento comunicativo, não há espaço para confiança, não há espaço para coesão”, o que impede a socialização pelo trabalho.

O labor intermediado é caracterizado pela fragmentação, Souto Maior (2011, p. 651) afirma que: “há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente do trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas”.

Essas condições, somadas, contribuem para a perda da identidade profissional do trabalhador terceirizado, que não tem qualquer perspectiva no que se refere a sua carreira, pelo contrário, vive em constante insegurança, pois sabe que, como uma peça de maquinário, a qualquer hora pode ser substituído por outro.

Posto isso, se engana quem pensa que a terceirização ilícita não atinge negativamente a sociedade. Luther King já afirmava em seus discursos que, o que afeta alguém diretamente, a todos afeta indiretamente.

Atualmente podem ser notados os reflexos da intermediação tanto na qualidade dos produtos como na da prestação dos serviços, o que não podia ser diferente, pois é óbvio que de um ambiente precário de trabalho derivarão frutos também precários.

E não para por aí, outro efeito negativo que amarga a sociedade é a redução dos postos de trabalho, pois, conforme se afirmou, a jornada de labor mais extensa dos terceirizados impede a criação novos empregos, restando desmantelada a tese de que a terceirização proporciona mais oportunidades de trabalho.

Além disso, ela contribui, em grande parte, para o aumento das reclamações trabalhistas, seja em face da precarização das condições de trabalho que promove ou devido aos golpes das empresas intermediadoras, que se beneficiam da força de trabalho do intermediado, alugando-a, e não repassando os lucros, mas desaparecendo do dia para a noite. Importa consignar que, dentre tantos, o risco de calote é uma constante na vida do terceirizado.

Em síntese, são esses os impactos que uma terceirização fraudulenta ocasiona nos direitos dos trabalhadores, gerando consequências para além do âmbito privado das relações e convertendo-se em verdadeiro problema social.

## **5 RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS**

O estudo acerca de quem responderá pelos encargos trabalhistas quando da existência de terceirização lícita ou ilícita, ou seja, se haverá responsabilidade solidária ou subsidiária entre as empresas prestadora e tomadora dos serviços é fundamental para se entender como está normatizada a terceirização no Brasil e como tem o Judiciário enfrentado tal questão, abordando-se, ainda, o tratamento proposto pelo Projeto de Lei nº. 4.330/2004, em discussão atualmente.

### **5.1 Considerações Gerais**

Atualmente, a questão da responsabilidade pelo inadimplemento de encargos trabalhistas quando da existência de contrato de terceirização, está normatizada nos incisos IV, V e VI da Súmula de nº. 331 do Tribunal Superior do

Trabalho, implementada pela Resolução Administrativa nº. 23/93, tendo em vista que ainda não há lei que discipline, de forma geral, o assunto.

Assim dispõe o entendimento sumular:

Súmula nº 331 do TST

[...]

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

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

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

Resumidamente e com base em uma análise superficial do entendimento sumular, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro atribui responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços no caso de terceirização lícita e responsabilidade solidária caso se esteja diante de uma terceirização ilícita (intermediação de mão-de-obra).

Partindo-se para uma análise mais detalhada da responsabilidade no âmbito trabalhista, necessário se faz abordar sucintamente alguns ensinamentos básicos trazidos pelo Direito Civil, haja vista que, conforme preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 8º e parágrafo único: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, bem como em consonância com a Teoria do Diálogo das Fontes do jurista alemão Erik Jayme.

No âmbito civil, importa consignar que, conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 13), “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”.

Da violação do dever jurídico nasce o dano, que será passível indenização.

Em síntese, responsabilidade consubstancia-se no dever jurídico de responder por atos próprios ou de terceiros, surgindo da violação de alguma norma jurídica, ocasionando danos ao patrimônio material ou imaterial de outrem.

A responsabilidade civil pode ser dividida em contratual, quando deriva de uma relação contratual, e extracontratual, quando nasce de qualquer outro tipo de relação (familiar, social, etc.), que não a contratual.

Em regra, a responsabilidade vai ser subjetiva, ou seja, necessário será demonstrar que houve uma conduta culposa (*latu sensu*) que culminou em um dano. Entretanto, para algumas hipóteses, previstas em lei, atribuí-se responsabilidade objetiva (artigo 927, § único, 933 do C.C), ou seja, aquela na qual a demonstração do elemento “culpa” será prescindível, pautando-se, basicamente, em uma ideia de risco.

Necessário lembrar ainda que, assim como existe o instituto da responsabilidade direta, previsto no artigo 186 do Código Civil (o causador direto do dano, por ele responderá), também existe o da responsabilidade indireta, por fato de terceiro (artigo 932, C.C.), pelo fato da coisa (artigo 937 e 938, C.C.) e pelo fato do animal (artigo 936 do C.C.), nestes casos um agente que não causa diretamente o dano por ele responderá ou por ele também responderá.

Pontuadas essas questões básicas, no que tange à responsabilização quando se trata da terceirização, deve-se analisar, em primeiro lugar, se esta é lícita ou se é mera intermediação de mão de obra.

Se ilícita, não haverá maiores considerações a se fazer, visto que a responsabilidade será solidária, exceto, segundo alguns doutrinadores, quando envolver entes da Administração Pública.

Entretanto, quando se concluir pela licitude da terceirização, várias correntes se imporão, dentre as quais o presente trabalho focará quatro: a que defende a responsabilidade solidária; a que advoga ser a responsabilidade subsidiária com fulcro na ideia de culpa (*in eligendo e/ou in vigilando*), bem como outra que, sendo adepta do mesmo tipo responsabilidade, se baseia não somente na ideia de culpa, mas à esta agrega também a de assunção de risco; e finalmente a que afirma existir irresponsabilidade total ante a juridicidade do contrato firmado.



## 5.2 Responsabilidade Solidária

O conceito de responsabilidade solidária é extraído do Direito Civilista, aplicável ao Direito do Trabalho por disposição do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Traz o artigo 264, *caput*, do Código Civil, a seguinte definição: “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. E complementa o artigo 265 do mesmo Código que: “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Conforme bem observou Martins (2007, p. 138), no âmbito trabalhista raramente se observará casos em que a responsabilidade solidária decorra do contrato, haja vista que, obviamente, ao tomador dos serviços não será desejável responder pelas dívidas trabalhistas da empresa que contratou para, em tese, lhe realizar determinada atividade.

Temos dois tipos de solidariedade, conforme se extrai do artigo retro mencionado, ou seja, a solidariedade ativa (existência de mais de um credor) e a solidariedade passiva (existência de mais de um devedor).

No âmbito justrabalhista a teoria da solidariedade ativa não é amplamente aceita. Ela encampa a ideia de “empregador único”, sendo ele credor do trabalho prestado pelo seu empregado.

Segundo o entendimento de Sérgio Pinto Martins, a regra trazida pelo parágrafo 2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, trataria da solidariedade ativa ao mencionar que o grupo de empresas é o empregador, ou seja, sendo o grupo credor do trabalho, poderia exigir-lo, bem como efetuar a transferência de trabalhadores de uma empresa para a outra do mesmo grupo, etc.

Já no que tange à solidariedade passiva, conforme o mesmo autor, o empregado poderá exigir de qualquer empresa integrante do grupo econômico direitos a que faça jus, pois é como se fossem um único empregador.

O mesmo posicionamento é sustentado por Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 321) quando da verificação de terceirização em grupos econômicos, aduzindo:

Juridicamente, uma empresa poderá deixar de produzir determinado item necessário para a consecução de seus objetivos, confiando a outra empresa a realização dessa produção, desviando-se a formação do vínculo empregatício, somente quando a prestadora de serviços possua uma unidade produtiva própria e não se constitua com o único objetivo de prestar serviços à primeira, pois isso demonstra o controle de uma sobre a outra, caracterizando o grupo econômico, sendo este o real empregador, resultando que todas as empresas componentes do grupo, controladoras e controladas, serão responsabilizadas solidariamente pelos créditos trabalhistas (art. 2º, § 2º, da CLT).

Além do mencionado artigo, resta também demonstrada a existência de solidariedade passiva de grupo empresarial por força do parágrafo 2º do artigo 3º da lei que regulamenta o trabalho rural (Lei nº. 5.889/1973).

Seria ainda responsabilizada solidariamente pelo recolhimento de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização, a empresa tomadora ou cliente, em face à falência da empresa de trabalho temporário, conforme inteligência do artigo 16 da Lei nº. 6.019/1974 (que regulamenta o trabalho temporário). Entretanto, conforme aduz Mauricio Godinho Delgado (2007, p. 470):

Não há mais dúvida significativa, hoje, entre os operadores jurídicos, de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrangeria todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, fica claro que a compreensão sumulada abrange também o trabalho temporário. Tornam-se, assim, superadas, nos dias atuais, as limitações tão criticadas que despontavam da interpretação literal do art. 16 da Lei n. 6.019.

Logo, nos dias de hoje, o simples inadimplemento de qualquer verba trabalhista, autoriza a responsabilização da empresa tomadora dos serviços no caso de trabalho temporário, contudo, a responsabilidade a ser imputada deverá ser a subsidiária e não mais a solidária.

Posto isso, o ponto que mais interessa ao presente trabalho é o que tange ao tipo de responsabilidade imputada a empresas que praticam terceirização ilícita (intermediação de mão-de-obra), ou seja, que desvirtuam o instituto com o intuito de fraudar direitos trabalhistas.

Neste caso, de forma majoritária, entende tanto a doutrina como a jurisprudência que a responsabilidade a ser aplicada ao caso concreto será a solidária, pautando-se na Súmula 331, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho, de que, ante a ilicitude da contratação, o vínculo justrabalhista formar-se-á diretamente com o tomador dos serviços.

Em decorrência disso, e com base no artigo 942 e parágrafo único do Código Civil, tendo ambas as empresas ofendido os direitos dos trabalhadores, devem responder solidariamente pela indenização, não havendo que se falar em subsidiariedade. Neste sentido, o ensinamento das doutrinadoras Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes, Denise Couto Bernardes e Mônica Guedes Pereira (2004, p. 253):

Na hipótese de terceirização ilícita, a escolha pela responsabilidade interempresarial solidária é mais adequada, vez que ambas as empresas foram responsáveis, concomitantemente, pela ofensa da relação jurídica pactuada. Neste sentido, discorre o Código Civil de 2002, em seu art. 942, que segue a diretriz do antigo Código Civil, em seu art. 1.518.

A responsabilização solidária, no caso de intermediação de mão de obra, é importante para desestimular a sua prática que, infelizmente, tem crescido a cada dia. Consciente dessa realidade os Tribunais têm, acertadamente, condenado diversas empresas de forma solidária, conforme se extrai dos julgados infratranscritos:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE MÃO DE OBRA. É indiscutível que a terceirização é utilizada pelas empresas como forma de minimizar custos de produção. Todavia, ao optarem por tal procedimento estão sujeitas aos riscos intrínsecos dessa delegação, os quais abrangem não só a qualidade dos serviços terceirizados, mas também eventuais danos causados aos empregados das prestadoras de serviços decorrentes do descumprimento, por parte das terceirizadas, das obrigações próprias do contrato de trabalho. Considerando, ademais, a terceirização da atividade-fim, devem as empresas responder de forma solidária pelo adimplemento das obrigações contratuais.

(RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, RO: 0001183-30.2012.5.04.0234, Relatora: Des. Maria Cristina Schaan Ferreira, 2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. A responsabilidade solidária imposta à tomadora de serviços decorre do reconhecimento de fraude na terceirização, devendo, assim, ser aplicado o art. 942 do CC. Assim, não merece provimento o agravo de instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho denegatório de prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR: 29-97.2010.5.02.0461, Relatora: Min. Vania Maria da Rocha Abensur, 2014).

RECURSO DE REVISTA. CEF. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Trata-se de terceirização ilícita de atividade-fim da empresa. Nesses casos, de terceirização ilícita envolvendo ente público, esta Corte vem decidindo que a responsabilidade aplicada é a solidária,

com fundamento nos artigos 927 e 942 do Código Civil. Precedentes da Corte. Recurso de revista de que não se conhece. ISONOMIA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ENQUADRAMENTO DA RECLAMANTE COMO BANCÁRIA. APLICAÇÃO DOS ACORDOS COLETIVOS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 383/SDI-1/TST. De acordo com o quadro fático apresentado pelo Tribunal Regional, as atividades exercidas pela reclamante correspondiam à atividade fim da CEF. Nesse contexto, não obstante a contratação irregular de trabalhadores para prestar serviços pertinentes à atividade-fim não gere vínculo com os órgãos da Administração Pública, não há impedimento ao reconhecimento da isonomia entre os empregados concursados e os empregados terceirizados, desde que presente a igualdade de funções. Decisão do TRT em consonância com a OJ nº 383 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. (BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR: 72600-76.2009.5.15.0061, Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014).

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ISONOMIA SALARIAL. ATIVIDADES DE BANCÁRIA. O TRT consignou que houve terceirização ilícita, ou seja, aquela em que há intermediação de mão-de-obra na atividade-fim da tomadora de serviços. Nesse caso, esta Corte entende que as empresas envolvidas são solidariamente responsáveis pelos créditos trabalhistas do empregado, com base nos arts. 927 e 942 do Código Civil. Precedentes. Quanto à isonomia, a decisão do TRT, ao consignar que a reclamante desenvolvia atividades típicas de bancário, ligadas à atividade-fim da CEF, está em sintonia com a OJ nº 383 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. DESCONTOS FISCAIS. A decisão do TRT está de acordo com a nova redação da Súmula nº 368, II, do TST, segundo a qual os descontos fiscais devem ser calculados mês a mês. Recurso de revista de que não se conhece. (BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR: 630100-15.2009.5.09.0965, Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014).

Além do exposto, mostra-se como medida de justiça a condenação solidária, caso contrário, estar-se-ia fomentando a prática de concorrência desleal e ofendendo o espírito que rege tanto a Constituição Federal como a Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, o do valor social do trabalho e da livre iniciativa, como formas distintas de promoção ao respeito à dignidade humana.

Como se nota, no caso de intermediação de mão-de-obra, não há maiores considerações a serem feitas, pois o assunto é praticamente pacífico.

Contudo, quando a terceirização estiver de acordo com a lei, o que não é muito comum, visto que não seria vantajoso, é que nascem as divergências, as quais serão analisadas no próximo tópico.

### 5.3 Responsabilidade Subsidiária

A palavra “subsidiária” deriva do termo latim *subsidiarius*, significando aquilo que é secundário.

Conforme afirma Sérgio Pinto Martins (2007, p. 140) a “responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços)” e, diferentemente da responsabilidade solidária, não encontra previsão em lei.

Esse entendimento foi consolidado no inciso IV, da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pois se estando diante de uma terceirização lícita, quando o empregador, ou seja, a empresa prestadora de serviços, não pagar corretamente os encargos devidos aos trabalhadores, deverá fazê-lo o tomador dos serviços, desde que tenha feito parte da relação jurídica processual e conste também do título executivo judicial.

Conforme ensinam as doutrinadoras Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes, Denise Couto Bernardes e Mônica Guedes Pereira (2004, p. 252-253):

A referida súmula optou pela responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços. Tanto essa como a empresa prestadora de serviços devem ser acionadas em litisconsórcio passivo para que seja reconhecida a co-responsabilidade.

Porém, a empresa tomadora de serviços tem direito ao benefício de ordem, ou seja, pode exigir que os bens da empresa prestadora sejam executados antes dos seus. Para que seja possível gozar deste benefício, deve a co-responsável subsidiária, citada para o pagamento do débito, nomear bens da co-devedora principal, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, e em quantidade suficiente para solver o débito. Caso não o faça, ou se os bens indicados forem insuficientes para a satisfação do crédito trabalhista, seu patrimônio responderá pela obrigação.

Entretanto, nasce a seguinte questão: ante a licitude do contrato firmado entre a prestadora dos serviços e a tomadora, ao responsabilizar esta última pelos encargos devidos aos trabalhadores da primeira não se estaria violando as regras contidas nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil?

Várias correntes pretendem responder esta questão, dentre as quais, analisar-se-á quatro.

A primeira corrente (majoritária), que é adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, parte da ideia de que quando há o descumprimento das obrigações trabalhistas é porque a empresa contratada para a realização dos serviços não era idônea financeiramente e, tendo o contrato de terceirização natureza civil, implica dizer que houve por parte da empresa que contratou os serviços (tomadora) *culpa in eligendo* (escolheu mal quem lhe prestaria o serviço) e/ou *culpa in vigilando* (foi desidiosa quando da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas impostas pela lei).

Nos dizeres de Martins (2007, p. 140):

Acertadamente, o TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogicamente, o art. 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil). O inciso IV da Súmula 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao se falar em responsabilidade subsidiária. O tomador dos serviços não é, portanto, solidário com o prestador dos serviços, segundo a orientação da Súmula 331 do TST.

Em síntese, entende essa corrente, que tem como um de seus adeptos o supramencionado doutrinador, que mesmo havendo um contrato de terceirização lícito, a empresa tomadora poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, desde que: a empresa prestadora (devedora principal) não cumpra a obrigação e tenha a tomadora de serviços figurado no pólo passivo da demanda movida para o recebimento das verbas, caso contrário, em suas palavras (2007, p. 140) “quem não foi parte na fase de conhecimento não o pode ser na execução”.

Além disso, deverá ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão, que teve como partes integrantes do polo passivo as duas empresas, visto que a coisa julgada não pode atingir terceiros (artigo 472, do Código de Processo Civil), embora se saiba que os limites subjetivos da coisa julgada é um tema tormentoso e não pacífico.

O autor arremata dizendo ainda que ao trabalhador incumbe o ônus de provar que prestou serviços à empresa tomadora, apoiando este entendimento no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil e esquecendo-se completamente da posição de vulnerabilidade e hipossuficiência daquele.

Diz ainda que haverá direito de regresso do tomador de serviços (que paga a dívida) em face do prestador (quem, em tese, deveria ter pago).

Existem diversos julgados que compartilham do mesmo entendimento, visto ser esta a posição predominante atualmente, dentre os quais:

**EMENTA: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS RESPONSABILIDADE DO TOMADOR** No âmbito da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, não basta a regularidade da terceirização, há que se perquirir sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada durante a vigência do contrato. Ora, sob esse aspecto, atribui-se ao tomador dos serviços a culpa in eligendo e a culpa in vigilando, ensejadoras da responsabilidade civil que gera o dever de reparação pelo ato ilícito, que por sua vez, constitui-se na ação ou omissão, atribuível ao agente, danosa para o lesado e que fere o ordenamento jurídico, com fulcro no art. 159 do Código Civil, aplicável no âmbito do Direito do Trabalho, por força do art. 8-o consolidado. O tomador dos serviços ou o dono da obra responde na medida em que negligenciou sua obrigação e permitiu que o empregado trabalhasse em seu proveito, sem receber a justa contraprestação pelo esforço despendido.

(MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ROPS: 1105/01, Relatora: Des. Maria Lucia Cardoso Magalhaes, 2001).

**RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA.** A decisão do TRT está em consonância com a Súmula nº 331, IV e VI do TST, que dispõe: "IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral." Recurso de revista de que não se conhece. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** O TRT contrariou a OJ nº 305 da SBDI-1 e as Súmulas n os 219 e 329 do TST, ao deferir os honorários advocatícios, sem que o reclamante estivesse assistido por seu sindicato de classe. Recurso de revista a que se dá provimento.

(BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR: 1721-47.2011.5.04.0201, Relatora: Des. Kátia Magalhães Arruda, 2015).

**TOMADOR DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.** Ainda que a terceirização seja lícita, não se pode olvidar que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços decorrente do seu dever de efetiva e constante fiscalização dos contratos e convênios que celebra.

(RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, RO: 0002848-63.2012.5.01.0461, Relatora: Des. Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, 2014).

Logo, conforme a corrente predominante, embora seja lícito o contrato de terceirização firmado, o que é muito raro, responderá a empresa tomadora dos serviços em face à atitude de terceiro (responsabilidade por fato de terceiro), ou seja, ante o inadimplemento da prestadora de serviços que contratou, deverá

responder subsidiariamente pelo pagamento dos encargos trabalhistas, haja vista que incorreu em culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*.

Rodrigo de Lacerda Carelli (2010, p. 56) critica essa posição afirmando que:

[...] o Tribunal Superior do Trabalho, ao criar a figura da “responsabilidade subsidiária”, instituto inexistente na legislação pátria, confundiu institutos, misturou as duas formas de culpa acima citadas, e afirmou que somente poderia ser demandada a tomadora de serviços após a busca e a constatação de inexistência ou insuficiência dos bens da empresa contratada.

Ora, a constatação da existência de culpa, no Direito Civil, geraria responsabilidade civil *direta* de indenizar, e não “subsidiária”. Assim, no momento da constatação da culpa, que nada mais é do que elemento subjetivo do ato ilícito que gerou a lesão, a responsabilidade deve ser daquele que foi considerado culpado, e não remetido a um benefício de ordem que não é concedido pela legislação. O correto é: ato ilícito (inadimplemento das verbas trabalhistas) – constatação de culpa pela ocorrência de ato ilícito (culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*) – responsabilidade solidária com a causadora direta do ato ilícito. (grifo do autor).

Como solução da questão e afastando a primeira corrente, dadas as críticas formuladas, ele propõe que sejam interpretados conjuntamente os artigos 186, 187, 927 e 932, todos do Código Civil, dando azo ao surgimento de um segundo posicionamento.

Carelli afirma que o Novo Código, atento aos princípios da função social dos contratos e da boa-fé na prática de atos civis, também atribui responsabilidade àquele que, ao exercer seu direito, deixa de cumprir finalidade econômica, social, boa-fé ou mesmo bons costumes.

Aduz ainda que a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, quando do não pagamento das verbas pela prestadora, será direta e objetiva, não se baseando na ideia de culpa (*in eligendo* e/ou *in vigilando*) pautando seu entendimento no inciso III, do artigo 932, do Código Civil, conforme suas próprias palavras (2010, p. 58):

[...] a tomadora de serviços nada mais é do que a comitente [...] que entrega um trabalho a ser realizado por uma preposta, ou seja, a empresa contratada.

Peguemos justamente o exemplo da companhia telefônica acima [que contratou outra empresa para que instalasse um telefone, sendo que esta, no caminho, derrubou um poste sobre uma casa]. Qual a razão de uma empresa ser responsável pelo dano causado pela sua preposta a terceiros, como um dono de imóvel, e não ser responsável pelos danos causados pela



mesma preposta aos trabalhadores, também terceiros? Só pela razão de serem trabalhadores? Simplesmente não há diferenças, devendo ser a comitente responsabilizada pelos danos causados pela preposta, sem se discutir a existência de culpa ou dolo.

Ainda conforme a linha de raciocínio deste doutrinador, mesmo ante a inexistência do supramencionado artigo, a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços, continuaria a ser objetiva, face ao disposto no parágrafo único do artigo 927, do Código Civilista, que é uma cláusula geral, além da aplicação da teoria do risco.

Logo, ao contratar uma empresa para a realização de determinado serviço, a tomadora estaria assumindo o risco da ocorrência de inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa contratada, aplicando-se ao caso o brocardo *ubi emolumentum, ibi onus* (quem auferir as vantagens, deverá arcar com as desvantagens).

Contudo, à tomadora dos serviços caberia ação regressiva contra a prestadora, para que esta seja compelida a ressarcir o valor pago.

Arremata Carelli (2010, p. 59) dizendo que “a contratação na terceirização deve ser realizada com responsabilidade social e essa somente poderá ser alcançada na medida da responsabilização direta dos tomadores de serviços”.

Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 322), também defende a responsabilização solidária da empresa tomadora de serviços, mesmo que seja lícito o contrato de terceirização, em suas palavras: “a responsabilidade, em uma terceirização considerada válida, deve ser sempre solidária, pois de uma forma ou de outra as empresas contratantes utilizam o trabalho prestado pelo empregado”.

Apesar de pertinentes os argumentos exarados, não é esse o entendimento adotado atualmente, sendo que há a predominância de julgados em sentido diverso, ou seja, adotando a primeira corrente, que advoga a tese da responsabilidade subsidiária quando lícita a terceirização, somente podendo se falar em responsabilidade solidária face à intermediação de mão-de-obra. Nesse sentido, as seguintes decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADO. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO POR MEIO DE EMPRESA INTERPOSTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Somente tem pertinência o debate sobre a responsabilidade subsidiária na hipótese de terceirização lícita, o que não é o caso dos autos. Configurada a terceirização ilícita, cujo intuito é a inequívoca fraude à legislação trabalhista, é solidária a responsabilidade

do tomador e da prestadora de serviços com fundamento no art. 942 do CCB. Precedentes. ISONOMIA. EMPREGADA TERCEIRIZADA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE-FIM. Decisão recorrida em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR: 1518-80.2010.5.09.0072, 2013, Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014).

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESCABIMENTO. Demonstrado nos autos a licitude da terceirização de serviços, não há cogitar em responsabilidade solidária da empresa tomadora, pois incide na hipótese o item IV da Súmula nº 331 do Colendo TST. Destarte, comprovado que a quinta reclamada, empresa de telefonia (Brasil Telecom S.A), era beneficiária direta do serviço prestado pelo reclamante, na qualidade de empregado da primeira reclamada (Acesso Distribuidora de Cartões Ltda.), e que não houve adimplemento dos créditos trabalhistas do autor por parte da intermediadora, a responsabilidade subsidiária da empresa de telecomunicações se impõe, durante o período em que se beneficiou do esforço do trabalhador. (GOIÁS, Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, RO: 0158100-79.2009.5.18.0012, Relator: Des. Geraldo Rodrigues do Nascimento, 2010).

Uma terceira vertente, adepta da responsabilidade subsidiária, soma à ideia de culpa (*in vigilando* e *in eligendo*), a noção de risco (responsabilidade de caráter objetivo), misturando os fundamentos das duas correntes supracitadas, conforme o julgado abaixo transcrito:

RESPONSABILIDADE. Toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada a "grande vedete do direito civil", ela se estende a outros ramos da ciência jurídica, inclusive ao direito do trabalho. A função da responsabilidade é servir como sanção, a qual se funda na culpa (responsabilidade subjetiva) e no risco (responsabilidade objetiva), traduzindo essa última "uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização". Outra tendência diz respeito à extensão da responsabilidade que amplia-se no tocante ao número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireta por fatos de terceiros, fundada na idéia da culpa presumida ("*in eligendo*" e "*in vigilando*"). A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços; trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida ("*in eligendo*"), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco, já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, RO: 16980/96, Relatora: Des. Alice Monteiro de Barros, 1997).

Sinteticamente, prega que a responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços por ato praticado por terceiro, decorre tanto de culpa como de assunção de risco inerente à atividade empresarial que, afora isso, lhe gera a percepção de lucro (*qui habet commoda, ferre debet onera*).

Para uma quarta corrente, ante a juridicidade do contrato de terceirização, não há que se falar em responsabilização da empresa tomadora dos serviços, fundamentando seu posicionamento na ideia de que a prática de um ato lícito, ou seja, conforme o ordenamento jurídico, não poderia ensejar qualquer responsabilidade de indenizar. A título de exemplo, segue a ementa:

EMENTA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. LICITUDE. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CONTRATANTE. Apesar de equivocados entendimentos jurisprudenciais que vão sendo firmados em sua esteira, o Enunciado No. 331, do TST, não autoriza a indiscriminada responsabilização das empresas tomadoras de serviço, unicamente por beneficiarem-se, de alguma forma, dos serviços prestados pelos empregados da empresa contratada. Aos termos da jurisprudência sumulada, e ante ao fenômeno cada vez mais comum da chamada terceirização, deve ser dada a correta interpretação, com atenção aos limites da situação e à regulação legal que lhe prepondera. A contratação de serviços de vigilância e segurança decorre de obediência à letra da lei, visto que o exercício da atividade é exclusivo de quem detém autorização legal, nos termos da Lei No. 7.102/83. Não sendo a contratante empresa especializada em segurança, lhe é vedado o exercício dos serviços correlatos, e, por conseq"uência, é forçosa a atribuição dos mesmos a terceiros. Daí porque, se há mero cumprimento do ordenamento jurídico, não é possível cogitar, ao mesmo tempo, de ilicitude. (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, RO: 187301 00997-2000-113-03-00-4, Relator: Des. Antonio Fernando Guimaraes, 2001).

A par das quatro correntes citadas, importante consignar ainda que há em nosso ordenamento jurídico um caso em que embora ilícita a terceirização (na verdade mera intermediação de mão-de-obra), haverá responsabilidade subsidiária e não solidária. Verificando-se essa situação quando a terceirização envolver ente da Administração Pública, haja vista ser vedado o reconhecimento da vinculação justralhista, mesmo ante a ilicitude da terceirização, em face do disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

Neste sentido, o seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Configurada a terceirização ilícita (conforme as premissas fáticas registradas pelo TRT - Súmula nº 126 do TST), cujo intuito é a inequívoca fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), a responsabilidade seria solidária, o que

somente não pode ser reconhecido no caso dos autos porque o recorrente é ente público da Administração direta. Nesse contexto, o Tribunal Regional, ao manter a condenação do reclamado, de forma solidária, ao pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao reclamante, contrariou o entendimento desta Corte, preconizado na Súmula nº 331, item IV. Recurso de revista a que se dá provimento.

(BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR: 105900-62.2009.5.02.0361, Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014).

Ante todo o exposto, claro fica que, embora possua a falsa aparência de simplicidade, a questão da responsabilização quando da existência de contrato de terceirização, na verdade, levanta muita polêmica, tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial.

Tentando pacificar definitivamente, dentre outras, esta questão, discute-se atualmente a aprovação ou não do Projeto de Lei nº. 4.330/2004, que tem gerado muita polêmica e discussões ferrenhas entre a classe trabalhadora e a empresarial, conforme oportunamente se abordará.

#### **5.4 Breves Comentários ao Projeto de Lei nº. 4.330/2004**

Atualmente está em discussão, o Projeto de Lei nº. 4.330, apresentado dia 26 outubro de 2004, pelo ex-deputado federal e empresário Sandro Antonio Scodro (PMDB-GO), mais conhecido como Sandro Mabel por ter presidido o Conselho de Administração do Grupo Mabel (fabricante de biscoitos).

O mencionado Projeto, que ambiciona regulamentar a terceirização no Brasil, tem gerado muita polêmica, suscitando posicionamentos antagônicos entre a classe trabalhadora, que o repudia completamente, e a empresarial que o considera um avanço legislativo. Essa divergência acabou ocasionando passeatas contrárias à sua aprovação, sendo que, em alguns casos, teve-se notícia até mesmo da ocorrência de confrontos diretos.

Dentre os pontos mais polêmicos do Projeto de Lei nº. 4.330/2004 podem ser citados três.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de terceirizar-se toda e qualquer atividade empresarial, ou seja, não sendo mais vedada a terceirização da atividade-fim da empresa.

Tal possibilidade vem descrita no parágrafo 2º, do artigo 4º do Projeto, que tem a seguinte redação:

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

[...]

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Nota-se que, o que há de ser permitido não é, em verdade, terceirização, mas sim intermediação de mão de obra, extraindo-se essa conclusão dos requisitos que diferenciam os institutos, já previamente analisados.

Conforme se demonstrou, depreende-se do próprio conceito de terceirização que ela tem como escopo permitir que a empresa fique concentrada em seu *core business*, repassando a terceiras as atividades periféricas. Assim, a partir desse ponto pode-se notar que não seria possível a terceirização da atividade-fim da empresa, pois, caso contrário, em que ela se concentraria? Logo, restaria evidente a mera intermediação de mão-de-obra, ou seja, o mero repasse de trabalhadores, como forma de evitar a incidência das normas trabalhistas.

Carelli afirma que (2003, p. 80):

Assim, a impossibilidade de existência de verdadeira terceirização em atividade-fim, ou central, de uma empresa, além de decorrer de incompatibilidade lógica com o instituto, segundo seu próprio conceito oriundo da Ciência da Administração, é prática, pois o controle de execução é sempre realizado pela empresa, alcançando, aí sim, o direito do trabalho e o instituto da subordinação jurídica [...].

Implica dizer que, não seria possível ao se terceirizar a atividade principal da empresa fugir à subordinação jurídica, pois, nessa situação, a própria empresa tomadora dos serviços é quem dirigiria a execução das atividades e não a prestadora.

Afirma ainda Carelli (2003, p. 80) que: “contraria também logicamente o sentido técnico de terceirização o repasse de atividades administrativas, pois estas são e estão inseridas umbilicalmente nas atividades centrais da empresa.”

Logo, verificando-se que no caso concreto a empresa delegou a terceira a realização de sua atividade-fim, estar-se-á diante da figura da intermediação de mão-de-obra e não da terceirização.

Dessa forma, se o Projeto for sancionado, estar-se-á legalizando um instituto, ora tido como ilegal, em clara afronta aos princípios que protegem os direitos dos trabalhadores, em que pese o da dignidade da pessoa humana e, inerente a este, o da não mercantilização do trabalho humano (Declaração de Filadélfia de 1944).

O segundo ponto polêmico está relacionado à questão da garantia aos direitos dos trabalhadores, ou seja, à preocupação com a flexibilização das normas protecionistas e as consequências que ela pode acarretar, tanto ao trabalhador como à sociedade em geral.

Consoante se demonstrou a terceirização ilícita, considerada aquela que encampa a intermediação de trabalhadores, ocasiona danos de três ordens, ou seja, ela atinge o sistema jurídico, o trabalhador e a sociedade. Gera desde a multiplicação de demandas, devido ao calote das empresas intermediadoras, até mesmo a potencialização das doenças e acidentes no ambiente laboral.

Assim, é certo que o Direito do Trabalho deve acompanhar os avanços econômicos, os novos modelos de produção, ou seja, deve adaptar-se à modernidade, entretanto, flexibilizar não é o mesmo que desregulamentar.

Logo, reorganizar o sistema jurídico trabalhista não implica em suprimir direitos laborais nem mesmo em violar princípios contidos na Carta Maior ou em legislação infraconstitucional. Essa lógica é aplicada ao instituto da terceirização, pois há a necessidade de normatizá-la, contudo, no que tange à intermediação, caso seja permitida, haverá verdadeira desregulamentação do sistema protecionista.

O terceiro assunto de maior repercussão no mencionado Projeto de Lei, diz respeito a como se dará a responsabilização da prestadora e da tomadora dos serviços ante a ocorrência de inadimplemento das verbas trabalhistas.

Tal questão vem regulamentada pelos artigos 10, 11 e 14, inciso III, do Projeto de Lei, os quais abaixo se transcreve:

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

[...]

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Da interpretação conjunta dos artigos 10 e 14, inciso III, poderia se concluir que a empresa tomadora dos serviços deve estar atenta quando ao cumprimento dos direitos trabalhistas pela sua contratada (prestadora), caso contrário, ou seja, sendo ela desidiosa quanto ao seu dever de fiscalização, será responsabilizada de forma subsidiária pelas verbas preteridas. Logo, demonstrando a empresa contratante que procedeu à devida fiscalização da empresa terceirizada, não haveria que se falar em responsabilidade por verbas trabalhistas inadimplidas, em claro prejuízo ao trabalhador que é a parte vulnerável da relação.

Além do que, só seria cabível falar em responsabilidade solidária entre a empresa prestadora de serviços e as suas subcontratadas, conforme inteligência do artigo 11.

O texto principal do aludido Projeto de Lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 08 de abril deste ano, entretanto, restava pendente a análise de algumas emendas.

Assim, na quarta-feira, dia 22 de abril, com 230 votos favoráveis frente a 203 contrários, foi aprovada emenda aglutinativa<sup>5</sup>, que manteve a possibilidade de se “terceirizar” a atividade principal da empresa, mas modificou a responsabilidade da empresa tomadora frente às verbas trabalhistas não adimplidas pela prestadora.

Com a proposta de alteração ratificada, a responsabilidade passa a ser solidária entre a contratante e a contratada pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas e previdenciários, passando o artigo a ter a seguinte redação:

---

<sup>5</sup> Aquela que visa unir textos de emendas ou fundir ao texto da proposição principal o texto das emendas.

Art. 15. A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei.

Parágrafo único. Na hipótese de subcontratação de parcela específica da execução dos serviços objeto do contrato, na forma do § 2º do art. 3º desta Lei, aplica-se o disposto no caput deste artigo cumulativamente à contratante no contrato principal e àquela que subcontratou os serviços.

Dessa forma, dispõe o artigo 16 que:

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.

§ 1º Caso não seja comprovado o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias a que se refere o caput deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, a contratante deve efetuar diretamente o pagamento dos salários, os recolhimentos fiscais e previdenciários e o depósito do FGTS.  
[...]

Feitas essas breves considerações acerca do controvertido Projeto de Lei nº. 4.330/2004, certo é que a discussão está longe do fim, seguindo a proposta agora para a apreciação do Senado Federal.

Assim, o que resta no momento é aguardar a votação e torcer para que a questão seja analisada sob uma perspectiva humanista, tendo como premissa o princípio da dignidade humana, visto que este além de auxiliar a interpretação do direito, deve servir como vetor de orientação ao legislador quando da criação de normas jurídicas.



## 6 DA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO PRECARIZANTE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Conforme restou demonstrado no decorrer do trabalho, a terceirização como método de produção inovador é um instituto lícito, amparado pelo ordenamento jurídico. O que se veda, em regra, é a prática de intermediação de mão-de-obra.

Corroborando essa assertiva, assevera Carelli (2003, p. 111) que:

[...] é proibida a intermediação de mão-de-obra, de qualquer forma, sob qualquer circunstância, com exceção da única possibilidade existente na lei de intermediação lícita de mão-de-obra, que é aquela realizada por empresa de trabalho temporário, desde que sejam seguidos os rigorosos requisitos impostos naquela lei.

Enquanto a terceirização é o repasse de atividades que melhor podem ser executadas por uma terceira empresa, a intermediação de mão-de-obra é o repasse de trabalhadores por empresa interposta.

A primeira visa a aperfeiçoar o sistema de produção, baseada em uma ideia de especialização e concentração de atividades, já a segunda objetiva tão somente evitar ou encobrir a formação de vínculo empregatício entre o obreiro e a empresa contratante (tomadora de serviços), ficando esta exime do pagamento dos encargos de natureza trabalhista.

Nota-se, que entre os institutos não há convergência, entretanto, atualmente vários doutrinadores e até mesmo operadores do Direito os tem tratado como se sinônimos fossem.

Essa confusão nasceu devido à frequente utilização da terceirização com a finalidade de escamotear o repasse de trabalhadores por empresa interposta. Nesse sentido, visando conferir um rótulo de legalidade a um instituto ilícito, os empresários que dele se valiam, passaram a chamá-lo de terceirização.

Com base na análise desse cenário, infere-se que ilícita é toda terceirização fraudulenta, ou seja, que encerra em seu âmago a mera intermediação de mão-de-obra. Em sentido contrário, será lícita aquela que não tiver por escopo fraudar as normas de proteção ao trabalhador, não se confundindo com a intermediação de mão-de-obra.

Nesse sentido são as palavras de Sérgio Pinto Martins (2007, p. 158) quando afirma que:

A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízo aos trabalhadores.

Assim, claro fica que a solução do problema da terceirização vai além da simples delimitação do que seria a atividade-meio ou a atividade-fim de uma empresa, visto que o primordial é identificar, no caso concreto, se há ou não verdadeira terceirização. Para tanto, deve-se valer dos elementos indicadores da existência de mera intermediação de mão-de-obra, já explicitados<sup>6</sup>.

Feitas tais pontuações, cumpre responder a seguinte indagação: por que a terceirização como intermediação de mão-de-obra deve ser tida por ilícita?

Primeiramente, porque não condiz com as normas que informam e regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Aqueles que praticam intermediação de mão-de-obra enxergam no trabalho humano não um valor, mas uma mercadoria a qual podem atribuir um preço, conforme a lei da oferta e da demanda. Dessa forma, como não é possível dissociar o trabalho daquele que trabalha, o trabalhador é, reflexamente, tratado como coisa cuja substituição ou descarte pode ser realizado quando conveniente.

Isso fere frontalmente os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) na medida em que avilta a honra do trabalhador; da valorização do trabalho humano (artigos 1º, inciso IV e 170, *caput*, da Carta Maior); e da não mercantilização do trabalho, este insculpido na Declaração de Filadélfia de 1944.

Cumpre também deixar claro que, a terceirização ilícita o é, inclusive, por ferir princípios sobre os quais se assenta a ordem econômica, dentre eles o da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal), o da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal) e o da função social da empresa (artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, da Carta Maior).

---

<sup>6</sup> Os elementos indicadores de mera intermediação de mão-de-obra foram abordados na seção 4.1 (p. 46).

Assim, aquele que se vale da intermediação de mão-de-obra travestida de terceirização pratica concorrência desleal, abusando de seu poder econômico e agindo sem observar sua responsabilidade e função social.

Conforme se afirmou, o Direito do Trabalho se encontra estruturado sobre dois importantes pilares, sendo eles o princípio da proteção do trabalhador e a determinação, através da lei, do conceito de empregado e de empregador.

Nesse sentido, a terceirização ilícita, cujo objetivo é frustrar a formação do vínculo empregatício evitando os ônus daí decorrentes, não passa de uma manobra artilosa para evitar a aplicação dos artigos 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivos de caráter imperativo e indisponível.

Logo, essa prática desonesta deve ser, no caso concreto, afastada mediante a aplicação do princípio da primazia da realidade.

O Enunciado de n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho, nesse ponto, encontra-se totalmente afinado com os princípios supramencionados, na medida em que veda a prática de intermediação de mão-de-obra.

Entretanto, é certo que mesmo que inexistisse essa expressa vedação, o instituto continuaria sendo ilícito, pois sua aplicação é incompatível com as diretrizes delineadas no ordenamento jurídico.

Assim, é completamente falacioso o argumento de que a vedação dessa prática, calcada tão somente em entendimento sumular, violaria o princípio da livre iniciativa e da separação dos Poderes.

Ainda com base nessa falácia, existem alguns projetos de lei, dentre eles o de n. 4.330/2004, já comentado<sup>7</sup>, que se propõem a solucionar o impasse e reger a questão, contudo, o fazem errônea ou intencionalmente sem delinear os limites entre a verdadeira terceirização e aquela utilizada apenas com intuito fraudulento.

Conforme acertadamente aduz Carelli (2003, p. 99): “[...] aceitar a terceirização como intermediação de mão-de-obra é avalizar a precarização e o subjuço do trabalhador frente a questões econômicas”.

Além disso, a aceitação desse instituto corrompido também configuraria violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, na medida em que esvaziaria de eficácia os direitos fundamentais sociais.

---

<sup>7</sup> O mencionado Projeto de Lei n. 4.330/2004 foi abordado na seção 5.4 (p. 73).

Os malefícios da intermediação de mão-de-obra, consoante se expôs, são verificáveis por meio de dados empíricos<sup>8</sup>, que comprovam que os trabalhadores terceirizados percebem menores salários e, em contrapartida, possuem jornadas de trabalho mais extensas, estando sujeitos às condições precárias no ambiente laboral, o que aumenta o risco de adquirirem uma doença ocupacional ou de serem vítimas de um acidente de trabalho.

Eles também são privados, em sua maioria, de uma representação sindical eficiente, na medida em que a presença de diversos sindicatos dentro de uma mesma empresa enfraquece a luta sindical, pois promove a desunião entre os trabalhadores.

Além disso, o trabalhador intermediado não tem qualquer segurança quanto a manutenção de seu emprego devido à alta rotatividade nos postos de trabalho, pois sendo o labor tido como mera mercadoria, cuja oferta é grande, esta pode ser facilmente trocada ou até mesmo desprezada quando não for mais conveniente mantê-la.

Não bastasse isso, o obreiro ainda amarga, na grande maioria dos casos, o calote das empresas intermediadoras, pois estas, em regra, são inidôneas também financeiramente.

Isso acarreta o abarrotamento do Judiciário de reclamações trabalhistas, embora em diversas ocasiões os trabalhadores se quer saibam de quem cobrar seus direitos.

Assim, infere-se que a terceirização ilícita busca, em síntese, a retração dos custos e o aumento dos lucros, por meio da subtração ou, como preferem alguns, flexibilização dos direitos trabalhistas.

Entretanto, consigne-se que os malefícios decorrentes dessa prática ultrapassam os limites das relações privadas de trabalho, gerando reflexos negativos na própria sociedade, na medida em que impede a criação de novos postos de trabalho e compromete a qualidade dos produtos e serviços oferecidos. Aduz Ciro Pereira da Silva (1997, p. 28) que: “qualquer terceirização que privilegie custos e menospreze qualidade cai no campo do modismo e do engodo”.

Do quanto exposto, nota-se que a terceirização ilícita se mostra como uma grande barreira a ser vencida na busca pelo trabalho decente e na construção

---

<sup>8</sup> Os dados estão elencados na seção 4.2 (p. 51).

de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal).

Logo, conclui-se que, é posto perante a sociedade moderna o desafio de conciliar os avanços nas formas de produção de capital com o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais conquistados, sendo absolutamente ignóbil a sociedade que admite a valorização do capital em detrimento do ser humano.

## 7 CONCLUSÃO

A globalização financeira acentuou a competitividade empresarial, culminando na necessidade da criação de novas técnicas produtivas e de aprimoramento das já existentes.

Nesse sentido, visando serem mais eficientes e competitivas, as empresas passaram a se valer da terceirização, instituto afeto à área da Economia e Administração de Empresas.

Terceirizar, conforme se explicou, consiste em transferir a empresas especializadas (prestadoras de serviço) a realização de determinada tarefa, concentrando-se a empresa tomadora em seu *core business*, ou seja, em sua atividade-fim.

Entretanto, a utilização desse método de produção refletiu efeitos tanto na forma como se estruturava a relação de trabalho, como na forma em que se prestava o serviço, merecendo atenção do Direito Laboral.

Sob a perspectiva justtrabalhista, notou-se o nascimento de verdadeira relação trilateral, na medida em que a empresa prestadora de serviços é quem contrata o trabalhador, assumindo a posição de empregadora, entretanto, o obreiro executará suas atividades com vistas a atender as necessidades de outra empresa, denominada tomadora de serviços, com a qual não terá qualquer vínculo.

Essa prática é permitida pelo ordenamento jurídico, tanto em face dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, como em conformidade com o disposto no entendimento sumular do Tribunal Superior do Trabalho de número 331, que rege a questão.

Contudo, percebeu-se que a utilização da terceirização em conformidade com as normas enunciadas na supramencionada súmula, não era capaz de promover a tão almejada redução de custos, embora fosse capaz de promover melhoria na qualidade do produto final.

Logo, os empresários perceberam que se quisessem suprimir gastos, o instituto mais adequado para tanto seria a intermediação de mão-de-obra que, em regra, é uma prática ilícita, conforme se extrai do enunciado sumular mencionado.

Assim, objetivando dar uma aparência de legalidade a essa prática, passaram a chamá-la de terceirização.

Mas, consoante restou demonstrado no decorrer do trabalho, a terceirização não se confunde com a intermediação de mão-de-obra, não passando esta de mero fornecimento de obreiros, por empresas sem qualquer especialização, à outras, que buscam tão somente esquivarem-se da formação do vínculo de emprego e furtarem-se ao pagamento de verbas trabalhistas.

Sinteticamente falando, enquanto a terceirização se consubstancia no repasse de atividades, a intermediação é o repasse de trabalhadores.

Na prática, é possível diferenciá-las com base em alguns indícios, verificando-se quem gerencia o trabalho, se a prestadora contratada possui alguma especialidade, bem como os meios necessários à realização do serviço, quem dá ordens aos trabalhadores, quem organiza o trabalho, como está redigido o contrato entre as empresas, ou seja, se o foco é o serviço ou se são os trabalhadores, etc.

No que se refere à responsabilização judicial das empresas pelos encargos trabalhistas, é correto afirmar que as que se valem da intermediação de mão-de-obra responderão solidariamente.

No que tange àquelas que praticam a terceirização em conformidade com o ordenamento, a contratada responde diretamente, sendo a contratante subsidiariamente responsável, caso aquela não cumpra suas obrigações. Esse é o entendimento majoritário, embora seja objeto de ferrenhas críticas, visto que a responsabilidade pela escolha da empresa prestadora de serviços seria da tomadora, devendo ela arcar, caso tenha escolhido mal, solidariamente com os encargos trabalhistas, pois aquele que obtém vantagens deve, também, suportar as desvantagens.

Assim, no decorrer do trabalho, chegou-se à conclusão de que a terceirização ilícita é aquela que, em essência, não passa de mera intermediação de mão-de-obra.

É ilícita, pois vai de encontro ao ordenamento jurídico, fere princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, na medida em que, não dando o devido valor ao trabalho, mas sim reduzindo-o à categoria de mercadoria, avilta a própria honra do trabalhador.

Dessa forma, confronta ainda um dos princípios internacionais basilares da Organização Internacional do Trabalho, ou seja, o da vedação à mercantilização do trabalho humano.

Fere, inclusive, as normas que regem a própria ordem econômica, pois tanto a empresa que repassa os trabalhadores como aquela que os recebe, abusam do poder econômico e praticam *dumping social*, sendo que este é vedado, pois não condiz com o que pregam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

Além dos constitucionais, a terceirização ilícita contraria ainda princípios de ordem infraconstitucional, mormente o da proteção do trabalhador, visto que restou demonstrado, inclusive com dados concretos, que a intermediação é causa da precarização do trabalho humano, contribuindo para: a subtração de direitos trabalhistas, a fragmentação e enfraquecimento dos sindicatos, o aumento no número de trabalhadores com doenças ocupacionais ou vítimas de acidente de trabalho, etc.

Assim, abala o próprio sistema jurídico trabalhista, atingindo seus principais pilares, quais sejam o princípio protetor e a determinação, mediante lei, da identidade do empregador e do empregado, não respeitando, outrossim, os princípios da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, logo, devendo ser afastada com fulcro no princípio da primazia da realidade.

Nessa esteira, prejudica, ainda, o acesso à justiça, pois muitas vezes os trabalhadores se quer sabem de quem cobrar os encargos que lhe são devidos, entretanto, pontue-se que isso não atenua o fato de a Justiça do Trabalho estar abarrotada de reclamações trabalhistas devido aos golpes das empresas intermediadoras.

Contudo, consigne-se que os malefícios da terceirização ilícita não se restringem ao prejuízo do sistema jurídico e do trabalhador propriamente dito, mas vão além, atingindo a própria sociedade, na medida em que a qualidade dos produtos decai flagrantemente, o que não poderia ser diferente dadas as condições em que são fabricados e à baixa qualificação da mão-de-obra.

Além disso, ela dá causa à diminuição dos postos de trabalho, pois os intermediados cumprem jornadas mais extensas, o que evita a contratação de mais trabalhadores.

Enfim, é acertado dizer que a terceirização ilícita não se coaduna com os objetivos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, dentre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), pautada no respeito aos direitos sociais e visando proporcionar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?**: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **As relações de trabalho no espetáculo**. São Paulo: LTr, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 4.330 de 26 de outubro de 2014. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=258C6D75EF39831B5C575D2BC9AC4C5A.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=258C6D75EF39831B5C575D2BC9AC4C5A.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004)>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento/Recurso de Revista**: 1518-80.2010.5.09.0072, 2013. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda,



2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121182627/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-15188020105090072/inteiro-teor-121182646>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento/Recurso de Revista**: 29-97.2010.5.02.0461. Relatora: Min. Vania Maria da Rocha Abensur, 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140544510/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-299720105020461/inteiro-teor-140544530>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**: 1721-47.2011.5.04.0201. Relatora: Des. Kátia Magalhães Arruda, 2015). Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172129396/recurso-de-revista-rr-17214720115040201/inteiro-teor-172129418>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**: 630100-15.2009.5.09.0965. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121523728/recurso-de-revista-rr-6301001520095090965/inteiro-teor-121523748>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**: 105900-62.2009.5.02.0361. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135206685/recurso-de-revista-rr-1059006220095020361/inteiro-teor-135206703>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**: 72600-76.2009.5.15.0061. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda, 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132812286/recurso-de-revista-rr-726007620095150061/inteiro-teor-132812320>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. 2. ed.; São Paulo: LTr, 2010.

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

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36. ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Terceirização e Desenvolvimento**: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os

trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Disponível em: <[http://www.cut.org.br/system/uploads/action\\_file\\_version/ccd1777535608a1ba65cfd753d36ae83/file/dossie-terceirizacao-e-desenvolvimento.pdf](http://www.cut.org.br/system/uploads/action_file_version/ccd1777535608a1ba65cfd753d36ae83/file/dossie-terceirizacao-e-desenvolvimento.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed.; São Paulo: LTr, 2007.

EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 19. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIOSA, Lívio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. São Paulo: Pioneira, 1997.

GOIÁS. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **Recurso Ordinário**: 0158100-79.2009.5.18.0012. Relator: Des. Geraldo Rodrigues do Nascimento, 2010. Disponível em: <<http://trt18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18967519/1581200901218005-go-01581-2009-012-18-00-5/inteiro-teor-104217215>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2014.

LOURENÇO, Adaumirton Dias. **Dignidade, Trabalho e Capitalismo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=123>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Cooperativas de trabalho: sua relação com o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MERCANTE, Carolina; GARCIA, Welington Castilho. **A Terceirização e o Supremo Tribunal Federal: riscos aos direitos trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.anpt.org.br/index2.jsp?tipo\\_noticia=3&pk=0](http://www.anpt.org.br/index2.jsp?tipo_noticia=3&pk=0)>. Acesso em: 2 dez. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário: 16980/96**. Relatora: Des. Alice Monteiro de Barros, 1997. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128877291/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1698096-16980-96>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário: 187301 00997-2000-113-03-00-4**. Relator: Des. Antonio Fernando Guimaraes, 2001. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129125198/recurso-ordinario-trabalhista-ro-187301-00997-2000-113-03-00-4/inteiro-teor-129125208>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário-Procedimento Sumaríssimo: 1105/01**. Relatora: Des. Maria Lucia Cardoso Magalhaes, 2001. Disponível em: <<http://trt3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129124899/rops-110501-1105-01/inteiro-teor-129124909>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração De Filadélfia)**.

Disponível em:

<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2015.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2009.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário**: 0002848-63.2012.5.01.0461. Relatora: Des. Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, 2014. Disponível em: <<http://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120117818/recurso-ordinario-ro-28486320125010461-rj/inteiro-teor-120117904>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário**: 0001183-30.2012.5.04.0234. Relatora: Des. Maria Cristina Schaan Ferreira, 2014. Disponível em: <<http://trt4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129527395/recurso-ordinario-ro-11833020125040234-rs-0001183-3020125040234/inteiro-teor-129527402>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5. ed.; São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Ciro Pereira da. **A Terceirização Responsável**: modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed.; São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2009.