



RAFAEL MEDINA DE LIMA

TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

FIC- MINAS GERAIS

2016

RAFAEL MEDINA DE LIMA

A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Monografia submetida a FIC-Faculdades integradas de Caratinga como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito do trabalho. Orientador: Prof. MSc. Ivan Barbosa.

FIC-CARATINGA

2016

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus por tudo e a minha família por todo o carinho, força e compreensão de sempre. A todos meus professores que ao longo desta jornada estiveram presentes com seus ensinamentos, em especial ao meu professor orientador Dr. Ivan Barbosa. Agradeço também a todos meus amigos que acreditaram em minha capacidade, me ajudando nos momentos difíceis, que de modo geral estão presentes de alguma forma em minha vida.

Dedicatória

Dedico a presente monografia, com todo meu esforço e amor a minha família, meus primos e amigos.

Dedico também a todos meus professores das Faculdades Integradas de Caratinga, que me ensinaram de uma certa forma a amar a área que escolhi, e que só há perseverança quando amamos o que fazemos. E por fim dedico aos meus colegas de sala, por todas alegrias que passamos juntos.

Resumo

O presente trabalho monográfico, versa sobre a terceirização no Direito do Trabalho, pois é um tema que vem apresentando muito nos dias atuais das empresas e que vem crescendo muito no Brasil, decorrente da competitividade no mercado do trabalho, onde as empresas chamadas (tomadoras de serviço), contrata uma outra empresa terceira (prestadora de serviço), para realizar a atividade meio da empresa, para que esta possa dedicar de forma integral em sua atividade-fim. Será mostrada no quanto este tipo de trabalho trás desvantagens a classe trabalhista, quando as empresas optem por esta forma de trabalho. Será analisado os riscos que ocorrem, através de um estudo da súmula 331 TST, podendo responder estas na forma de responsabilidade solidaria e responsabilidade subsidiaria. Sendo apresentado o entendimento majoritário sobre terceirizar, e a falta de lei especifica sobre o tema, que por falta destas, as empresas se beneficiam, obtendo um tipo de prática, sendo esta voltada à distorção dos preceitos protetivos dos trabalhadores.

Palavras-Chaves: Terceirização; atividade meio; atividade fim; responsabilidade solidaria; responsabilidade subsidiária.

Sumário

Resumo.....	
Introdução.....	7
 Capítulo I: Relação de Emprego.....	 9
1.1 Relação de emprego e relação de trabalho.....	9
1.2 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego.....	11
1.3 Empregador e Empregado.....	18
 Capítulo II: Terceirização.....	 20
2.1 Origem do fenômeno.....	20
2.2 Conceito de terceirização.....	22
2.3 Regramento da Terceirização.....	24
2.3.1 A Súmula 331 do TST.....	25
2.3.2 Terceirização Lícita e Ilícita.....	29
 Capítulo III: Terceirização Lícita e consequência para o contrato de trabalho.....	 32
3.1 Precarização das relações trabalhistas.....	32
3.2 Consequências Nocivas da Terceirização para o Empregador.....	35
 Considerações finais.....	 37
Referências das fontes citadas.....	39

Introdução

O objetivo da presente pesquisa é o estudo sobre a forma de trabalho de terceirização, que as empresas vêm utilizando cada vez mais, em razão do quadro de crescente competitividade do mercado econômico.

O objetivo é estudar acerca da aplicabilidade da terceirização das empresas tomadoras de serviços, através do direito do trabalho.

Nas diversas fases da pesquisa será apresentada as técnicas do referente, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica. A natureza deste estudo de pesquisa, será dividida em três capítulos, versando o primeiro capítulo sobre o Direito do trabalho, sua natureza jurídica, e os direitos constitucionais do trabalhador.

Já no segundo capítulo, será tratado sobre a terceirização, seu surgimento, seu conceito as vantagens e desvantagens que a terceirização trás para os trabalhadores terceirizados, e o risco que as empresas terão quando optem por este meio de trabalho.

O terceiro capítulo será analisado a súmula 331 do TST definindo a responsabilidade solidária e subsidiária do tomador de serviço.

Para a presente monografia foi levantada o seguinte problema jurídico: Considerando a existência da Súmula 331 regulamentadora da terceirização no âmbito da jurisprudência do TST, pode-se afirmar que a terceirização lícitamente realizada na forma da referida súmula, é prejudicial aos direitos dos trabalhadores?

Desde assim, fica claro que a Terceirização mesmo na forma lícita, tem apenas o intuito de visar somente um lado, lado esse unilateral das empresas, deixando a classe dos trabalhadores em forma precária, tendo um único propósito de diminuir os custos das empresas, acabando por afetar a todos.

Pretende-se responder esta pergunta com o Marco Teórico escolhido. Vejamos a decisão da turma do TRT - 3ª Região, nos termos das seguintes Ementa:

“A evolução que admite a terceirização não pode, validamente, implicar em desigualdade social, ou em acirrar a sociedade injusta para atrair a prevalência de menor custo em detrimento do trabalhador com aumento de lucratividade do empreendimento. Os objetivos da terceirização não se lastreiam em lucro maior ou menor. Utilizá-la para pagar salários menores que os observados pela tomadora quanto aos seus empregados que exercem a mesma atividade é ilegítimo, constituindo-se em prática voltada à distorção dos preceitos protetivos da legislação trabalhista. Dentre as suas vantagens não se inclui a diversidade salarial ou de direitos individuais do empregado e independente da pessoa que seja seu empregador. O empregado de terceirizante, que desenvolve

seu trabalho em atividade terceirizada, tem os mesmos direitos individuais e salários dos empregados da tomadora dos serviços exercentes da mesma função.”¹

Não se pode deixar que uma forma de trabalho, como é a Terceirização, mesmo sendo utilizada na forma lícita ser tão precária para a classe trabalhista, desrespeitando milhões de brasileiros

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, e da pesquisa bibliográfica.

¹BRASIL. TRT - 3ª R - 2ª T - RO nº 16763/95 - Rel. Ricardo A. Mohallem - DJMG 29.03.96 - pág. 40. Disponível em **WWW.TRT3.GOV.BR**.

Capítulo 1: Relação de Emprego

Para iniciar este estudo, devemos compreender que a relação de emprego é umas das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas, tem a particularidade de constituir-se, do ponto de vista econômico social, na modalidade de prestação de trabalho, desde a sua instauração.

1.1. Relação de Emprego e Relação de Trabalho

A ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, onde um poderá ou não ser o complemento do outro.

Relação de emprego é o vínculo que surge entre empregado e empregador, contudo, trata-se de um vínculo especial, que será verificado apenas se presentes alguns requisitos, dispostos, em especial, no art. 3º da CLT.

Não é qualquer relação de trabalho que pode ser considerada relação de emprego, pois aquela é gênero da qual esta é uma de suas espécies. Em um caso concreto, pode ser verificada a prestação de serviços por uma pessoa a outrem, sem que esteja configurada uma relação de emprego.

O doutrinador Maurício Delgado Godinho, com propriedade, distingue a relação de trabalho com a de emprego, como:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.²

Sobre o tema, destaca-se o art. 442 da CLT, que assim dispõe: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

² Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 275.

A relação de trabalho, poderá abranger várias outras coisas, pois, refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer. Refere-se em toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível.

Pode se caracterizar diferente gênero na relação de emprego e relação de trabalho não sendo uma sinônima da outra. Pois, a expressão relação de trabalho denota situação mais ampla que relação de emprego, por tratar-se de gênero, sendo uma de suas espécies a relação de emprego. Isso porque qualquer prestação de serviços entre uma pessoa física ou física e jurídica, constitui uma relação de trabalho, já que há a prestação de serviços e o recebimento de quantia em contraprestação ao serviço realizado. Porém, tal relação somente será qualificada a ponto de ser denominada de emprego, se estiverem presentes alguns requisitos, a saber: trabalho realizado por pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação e alteridade. A ausência de qualquer dos requisitos elencados desqualifica a relação de emprego para uma relação de trabalho, retirando daquele que está prestando os serviços os direitos e garantias previstos na CLT e em outras leis trabalhistas.

Mauricio Godinho delgado explica que:

A prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem pode concretizar-se segundo formulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia. Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual); Em todos estes casos, não se configura uma relação de emprego.³

Os requisitos legais que devem estar preenchidos para que uma relação de trabalho seja qualificada como relação de emprego encontram-se, em sua maioria, no art. 3º da CLT⁴, que assim reza: “Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Nesse dispositivo encontram-se os seguintes requisitos: trabalho realizado por pessoa física; habitualidade, onerosidade e subordinação.

³ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011. p. 277.

⁴CLT- Decreto-Lei 5452 De 1 de maio de 1943, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acessado em 20/09/2016.

Os demais requisitos, pessoalidade e alteridade são retirados do art. 2º da CLT, que define a figura do empregador, da seguinte maneira: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

1.2. Elementos Fático-Jurídicos da Relação de Emprego

Acerca da formação e caracterização da figura jurídica da relação de emprego, pode-se dizer que estará caracterizada a relação de emprego, sempre que nas duas extremidades da relação, configurarem pessoas com características de empregado e empregador.

Maurício Delgado Godinho descreve que:

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sócio-jurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos de um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sócio jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configuram a mencionada relação.⁵

São elementos fáticos porque ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do direito; são jurídicos porque, em função de sua relevância sócio-jurídica, são captados pelo Direito que lhes confere efeitos compatíveis. Daí decorre a denominação de elementos fático-jurídicos.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Os elementos fático-jurídico componentes da relação de emprego são cinco: 1º - prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; 2º - prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; 3º - caráter não-eventual da prestação; 4º - prestação efetuada sob subordinação ao tomador dos serviços; 5º - prestação de trabalho efetuada com onerosidade.⁶

Já Alice Monteiro de Barro, nos ensina que:

⁵ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011.p. 279.

⁶ Delgado, Maurício Godinho. Op.Cit., P.279.

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não-eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.⁷

Presente esses elementos fático-jurídicos em uma determinada relação sócio-econômica, surge a relação de emprego. Constatase, portanto, que não é qualquer relação de trabalho estará sujeita ao Direito do Trabalho, mas somente aqueles que possuam as características antes mencionadas, as ditas relações de emprego.

Na legislação trabalhista, o conceito legal de empregador e empregado está delimitado no art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 3º descreve em seu caput o conceito de empregado: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."

De acordo com Alice Monteiro de Barros:

Empregado pode ser conceituado como a pessoa física que presta serviço de natureza não-eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas. Daí se extraem os pressupostos do conceito de empregado, os quais poderão ser alinhados em: pessoalidade, não-eventualidade, salário e subordinação jurídica (art. 3º da CLT). Esses pressupostos deverão coexistir. Na falta de um deles a relação de trabalho não será regida pela disciplina em estudo.⁸

Estão presentes neste dispositivo os elementos: pessoa física, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação. O artigo 2º conceitua o empregador e acentua o caráter da pessoalidade quando descreve: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços."

Mauricio Godinho Delgado, explicita que:

Cada um desses elementos fático-jurídicos, após apreendidos pelo Direito, vêm formar um tipo legal específico e delimitado. Busca a Ciência do Direito

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005. p.200.

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005, p. 237.

precisar a composição e caracterização de cada um de tais elementos, de modo a tornar mais objetiva e universal sua compreensão pelos operadores jurídicos.⁹

Desta forma, analisaremos cada um destes elementos:

1º - Trabalho por Pessoa Física:

De modo, não existe relação de emprego entre pessoas jurídicas, sendo este o primeiro aspecto a ser destacado. Somente a pessoa física pode ser considerada empregado. O vínculo entre pessoas jurídicas não é regulamentado pelas leis trabalhistas, em especial pela CLT, e sim, pelo Código Civil, pois nessa situação o objeto é um contrato de prestação de serviços, em que há a igualdade jurídica entre as partes contratantes, não havendo necessidade de proteger um dos sujeitos da relação.

Afirma Maurício Godinho Delgado que:

Na verdade, a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.¹⁰

Baseado no entendimento do autor, o fato é que fica afastada a relação jurídica de âmbito trabalhista e a pactuação e efetivação de prestação de serviço se esta for realizada por pessoa jurídica. Na realidade concreta, somente se puder ser demonstrado que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, evidenciar-se-á este elemento na relação empregatícia.

2º - Pessoaalidade:

Além do empregado ser pessoa física, exige-se, para a configuração do vínculo de emprego e, por consequência, a percepção dos direitos exclusivamente elencados para os empregados, que o trabalho seja desenvolvido de forma pessoal, ou seja, sem possibilidade de substituição.

Maurício Godinho Delgado explícita que:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada-ou efetivamente cumprida-deve ser, desse modo intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.¹¹

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Op.Cit., P.280.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011.p. 280.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011. p. 281.

O pressuposto da pessoalidade exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir.

Ocorre que muitas vezes, no intuito de fraudar a legislação trabalhista, o empregador pactua um contrato de prestação de serviços com uma empresa, mas em verdade, trata-se de contrato de trabalho, em uma nítida relação de emprego, pois presentes todos os requisitos legais, em especial a pessoalidade. Explica-se. Se há a contratação de uma pessoa jurídica para o desenvolvimento de alguma atividade, contratam-se os serviços da empresa, independentemente de quem os faça.

Em outras situações, que já foram objeto de análise pela Justiça do Trabalho de nosso país, o empregado é demitido, cria uma pessoa jurídica e essa é contratada pelo ex-empregador, para lhe prestar serviços. Ocorre que os serviços continuam a ser realizados, com pessoalidade, pelo ex-empregado, ou seja, tratou-se apenas de uma manobra para fraudar direitos trabalhistas, pois nessa situação não há pagamento de FGTS, INSS, férias, 13º salário, aviso prévio, etc. As decisões da Justiça do Trabalho foram no sentido de reconhecer a fraude trabalhista e reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, condenando-o a pagar todas as verbas trabalhistas que foram sonegadas.

Cabe ainda destacar que a pessoalidade é elemento que incide somente sobre a figura do empregado; ao empregador prevalece o princípio da despersonalização da figura do empregador.

3º - Não-eventualidade:

O Direito do Trabalho preceitua que a relação empregatícia deve ser regida pelo princípio da continuidade, incentivando normativamente a permanência indefinida do vínculo de emprego, para fins de reconhecimento de vínculo empregatício, não seja eventual, e sim contínuo.

Maurício Godinho Delgado afirma que:

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessária que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico.¹²

A legislação atual, apesar de não conceituar sobre o trabalhador eventual, o conceito de não eventualidade traz à tona algum parâmetro doutrinário. Em termos legais

¹² Delgado, Maurício Godinho. Op.Cit., P.283.

o pressuposto da não eventualidade é tratado de forma diversa. Enquanto a CLT utiliza a expressão "serviços de natureza não eventual", a Lei 5859/72, específica para o trabalho doméstico, em seu artigo 1º preferiu referir-se a "serviços de natureza contínua".

Segundo Mauricio Godinho Delgado, que diz:

A doutrina, por sua vez, construiu distintas teorizações como fim de precisar com maior clareza o exato sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade. A conduta mais sensata nesse contexto é valer –se o operador jurídico de uma aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo a ocorrência ou não da eventualidade.¹³

A teoria da descontinuidade esclarece que o trabalho descontínuo, disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos, é eventual.

Alice Monteiro Barros, nos explicita que:

São várias as correntes que procuram explicar o que seja serviço eventual. Filiamo-nos à corrente segundo a qual o trabalho eventual é aquele que não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o elevador de um estabelecimento comercial. Outros autores afirmam que o trabalho eventual é ocasional em relação à fonte para o qual o serviço é prestado. Há ainda quem considere trabalhador eventual aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho.¹⁴

A teoria do evento considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado fato ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Neste caso, o trabalho terá a duração do evento temporal ocorrido, não podendo ser considerado um serviço que necessite de tempo mais amplo.

A teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) informa que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa. É a teoria mais prestigiada, pois explicita que não estando inserida nos fins da empresa, serão temporárias e de estreita duração.

A teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços esclarece que é eventual o trabalhador que não tem uma fonte de trabalho fixa, diferentemente do empregado que se fixa numa fonte de trabalho.

¹³ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p. 283.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**: LTR, março de 2005, p. 201.

4º - Onerosidade:

Na relação de emprego surgem, por parte do empregado e do empregador, direitos e obrigações. Dentre os últimos, tem-se que o empregado deve prestar os serviços para os quais foi contratado, da forma mais técnica possível, enquanto o empregador possui, por dever, pagar a contraprestação devida, que é a remuneração. Tal fato advém da onerosidade do contrato de trabalho. Trata-se de vínculo entre ambas as partes, empregado e empregador.

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral e oneroso, sendo o elemento fático-jurídico da onerosidade sempre presente desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem.

Deste modo, Mauricio Godinho Delgado explicita que:

A pesquisa do elemento onerosidade no contexto de uma relação sócio-jurídica concreta deve envolver não só o plano objetivo de análise, como também o plano subjetivo. No plano objetivo, a onerosidade se traduz no pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato pactuado. De maneira geral, a dimensão objetiva revela-se com clara transparência, sendo que raramente o operador jurídico necessitará recorrer à pesquisa subjetiva. No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, ou seja, há que se verificar o *animus contrahendi* para traduzir a fundamental intenção das partes (em especial do prestador de serviços) com respeito à natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas.¹⁵

5º - Subordinação:

Será a subordinação o elemento mais importante de diferenciação entre a relação de emprego e as diversas modalidades de trabalho autônomo.

Ao trabalhador autônomo falta a subordinação para caracterização da relação de emprego, e por isso não está sujeito à tutela do Direito do Trabalho. Assim explica Alice Monteiro de Barros:

No trabalho autônomo, o prestador de serviços atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e disciplinar de uma organização empresarial. O trabalhador autônomo conserva a liberdade de iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e, em consequência, suportar os riscos daí advindos.¹⁶

¹⁵ Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p. 289.

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR, março de 2005, p. 201.

No Direito do Trabalho a subordinação significa, portanto, uma limitação à autonomia do empregado, de forma que a execução dos serviços seja pautada nas normas do empregador. Destaca-se que não é uma relação de sujeição pessoal, pois quem é subordinado não é o trabalhador, mas a função que ele desenvolve na empresa.

Mauricio Godinho Delgado¹⁷ nos diz que “de fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades, a que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia”.

No Direito do Trabalho a subordinação significa, portanto, uma limitação à autonomia do empregado, de forma que a execução dos serviços seja pautada nas normas do empregador. Destaca-se que não é uma relação de sujeição pessoal, pois quem é subordinado não é o trabalhador, mas a função que ele desenvolve na empresa.

1.3. Sujeitos do Contrato do Trabalho

1.3.1 Empregador

São várias as definições conceituais sobre empregador, podendo a todas serem atribuída como, todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, empregador se caracteriza por:

Pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com personalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.¹⁸

A legislação trabalhista também cuidou de estabelecer, sobretudo, no artigo 2º da CLT, o que vem a ser o conceito de Empregador para o Direito do Trabalho. Assim descreve o artigo da CLT¹⁹: ” Consolidação das Leis do Trabalho. Art.2 Considera-se

¹⁷ Delgado, Maurício Godinho. Op.Cit., P.290.

¹⁸ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p.390.

¹⁹ CLT- Decreto-Lei 5452 De 1 de maio de 1943, [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acessado em 20/09/2016.

empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Na verdade, empregador não é a empresa, ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado titular da empresa ou estabelecimento.

1.3.2 Empregado

O empregado trata de um dos sujeitos da relação jurídica contratual, que deve ter seu conceito estudado e compreendido. Assim, Mauricio Godinho Delgado explica que:

Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a estes efetuados com personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.²⁰

No conceito acima encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego. Reunidos, portanto, esses cinco elementos, será empregado o prestador de serviços.

Conforme dispõe o artigo 3º da CLT²¹, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A pessoa física que exerce a atividade fixamente, habituais não pode ser substituída durante seu contrato de trabalho nas atividades correlativas, pois na relação de emprego temos neste mesmo ponto a figura da pessoalidade, ou seja, deve ser a mesma pessoa física contratada exercendo suas atividades dentro da empresa. É lógico que eventualmente essa pessoa poderá ser substituída, por motivo de férias, algum tipo de licença, como por exemplo, para se afastar, em caso de tratamento de saúde.

Quando dizemos que o trabalho do empregado tem sua natureza não eventual, falamos de habitualidade, pois o serviço não pode ser eventual, momentâneo, devendo, portanto, ter uma relação de continuidade. Até mesmo quando contrata-se alguém para prestar algum tipo de serviço em determinada empresa, por exemplo, todas

²⁰ Delgado, Maurício Godinho. Op.Cit., P.348.

²¹ CLT- Decreto-Lei 5452 De 1 de maio de 1943, http://www.planalto.gov.br/http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acessado em 20/09/2016.

as terças e sextas-feiras, este fato também caracteriza uma relação de continuidade, pois não é eventual, incerto, casual.

Diante do exposto, podemos concluir que, para que haja a figura do empregado, deve estar presente à pessoalidade (pessoa física), habitualidade (não eventual), subordinação (dependência) e onerosidade (salário). Existem no momento, várias modalidades de empregados e empregadores, em uma relação direta ou de forma intermediária, que é o caso da terceirização dos serviços.

Capítulo II: Terceirização

Terceirização pode ser definida como a contratação de outra empresa (prestadora) para realizar atividade que não represente o objetivo principal no contrato social da empresa contratante.

A ilustre Alice Monteiro de Barros diz que:

Terceirização consiste em transferir para outrem atividade considerada secundária, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entende-se por aquela cujo objetivo a registra na classificação sócio-econômica destinado ao entendimento das necessidades socialmente sentidas.²²

Já Maurício Godinho Delgado, expressa que:

A expressão Terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro. Compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro a empresa.²³

Assim, este meio de trabalho na forma de terceirizar, vem crescendo cada vez mais, devido a precarização do trabalho em todos os setores, sendo de grande importância social.

2.1 Origem do Fenômeno

A terceirização é o fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza ao tema e tamanha importância em sua dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.

É certo que a terceirização encontra sua origem durante a segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos se juntou aos países europeus para combater as forças

²² Barros, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ed ver. E ampl. São Paulo: LTR, 2012. p. 357.

²³ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR, 2011. p.426.

nazistas e também o Japão. As indústrias de armamento não conseguiram abastecer o mercado, necessitando assim cobrir o excessivo aumento da demanda e aprimorar o produto e as técnicas de produção.

Essa necessidade demonstrou que a concentração industrial deveria voltar-se para a produção, e as atividades de suporte deveriam ser transferidas para terceiros, o que, sem dúvida, gerou um maior número de empregados na época.

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. As empresas que têm por atividade limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização de serviços no Brasil, pois existem desde, aproximadamente, 1967.

O objetivo dessas empresas era conseguir mão-de-obra com menores custos, sem se furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, a qual visa a proteger a relação de trabalho.

Mas foi a partir da década de 70 que a terceirização veio para incorporar o diploma normativo brasileiro, como explicita Maurício Godinho Delgado:

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n.6.019\74). Tempos depois pela Lei n.7.102\83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n.6.019\74, que era temporária).²⁴

Assim, se pode observar que ao longo desses trinta anos, independente da autorização de texto legal, com a crescente demanda, passou a incorporar muito este tipo de trabalho na forma de terceirização.

Daí, com o alto crescimento nas demandas de consumidores, com o surgimento do neoliberalismo, com menos participação do Estado, deixando mais livre a iniciativa privada em suas concorrências, a velocidade das informações aumentou imensamente, as fronteiras se tornaram menos separatistas e os consumidores cada vez mais exigentes em relação aos produtos e serviços que desejam consumir. A competição entre as empresas já não se dava entre àquelas situadas no mesmo local, ou mesmo país - a concorrência era

²⁴ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p.427,428.

entre organizações de várias partes do mundo. As privatizações são mais um fator que fez aumentar esta concorrência.

Jorge Luiz Souto Maior, em um de seus artigos, explicita o surgimento da terceirização devido o seguinte:

As fábricas, seguindo o modelo toyotista, se pulverizaram. A produção não mais se faz, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo a terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização, apresenta-se, assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da grande empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas.²⁵

Desde então, esta técnica tornou-se um meio incontestável em todo o mundo, inclusive no Brasil, devido ao crescimento da descentralização do trabalho.

Apesar de a legislação do código civil 2002, já regulamentar a empreitada e a prestação de serviços, a norma regulamentadora da terceirização ficou por muito tempo sem texto legal para o meio, sendo devido apenas o trabalho temporário, acrescentado dos serviços de limpeza e segurança.

Assim, com o devido tempo, e ao crescimento das práticas à terceirização, foi editada a sumula 256, que após muito se falar ao tema nas jurisprudência trabalhistas foram Editada a Súmula 331 TST de 1993, sendo esta uma revisão da anterior.

2.2 Conceito de Terceirização

Por não existir uma conceituação legal sobre a terceirização, o estudo desta, fica em dificuldade, podendo ser estudado e analisado por base de jurisprudência contextuais, já que não temos até o momento uma norma jurídica que a regulamenta.

A expressão “terceirização” resulta da palavra terceiro, podendo ser compreendida por delegação de execução de atividades que não apresenta ser o foco essencial a terceiro. Este modelo triangular de relação de emprego, na qual o trabalho é prestado em benefício de um terceiro, denominado “tomador de serviços”. Estabelece-se,

²⁵ Maior, Jorge Luiz Souto. **A terceirização sob uma perspectiva humanista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2004. v.70, p.119 – 129.

então, uma relação trilateral envolvendo o tomador de serviços, o prestador de serviços e o trabalhador, através do processo terceirizante. Entretanto, no relatar jurídico, a expressão não seria muito adequada, pois este terceiro não será um terceiro desconhecido, mas sim um que faz parte da relação.

Assim, mesmo sem possuir um conceito jurídico real expresso, o saudoso autor Mauricio Godinho Delgado, explica que para o Direito do Trabalho:

...a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se ao trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços em que se estendam a estes laços trabalhistas, 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 junto a empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação da labor, mas não assume a posição clássica de empregador desse trabalhador envolvido.²⁶

Já o ilustre Sergio Pinto Martins, a define como:

Consiste a terceirização a possibilidade de contratar terceiro, para a realização de atividades que não constitui o objeto principal da empresa. Esta contratação pode envolver tanto a produção de bens, como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância, ou até de serviços temporários.²⁷

A ideia principal é que a terceirização deve abranger a atividade não central, ou seja, deve abranger a atividade meio. Para identificar essas áreas, as empresas devem verificar o contrato social e definir a sua atividade-fim.

A terceirização tem como a forma de prestação de serviços, com o objetivo de reduzir gastos, buscando a melhoria na qualidade de serviços voltados para a atividade-meio.

Alice Monteiro de Barros, explica que:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio.²⁸

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p.426.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6 ed. Ver e amplo - São Paulo: atlas, 2003. p.23.

²⁸ Barros, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 Ed. São Paulo: LTR, 2012. p.357.

É possível conceituar terceirização de diversas formas. Veja-se que as ciências da administração, da economia e do Direito do Trabalho, entre outras, apresentam uma grande diversidade de conceitos sobre o fenômeno da terceirização.

No mesmo sentido, esclarece Alice Monteiro de Barros:

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes.²⁹

Mas podemos instituir a terceirização, como a entrega de determinados serviços a empresariais terceiros, para que estes executem sua atividade não específicas, podendo a empresa tomara se estabelecer em sua atividade principal. Com ela surgem as figuras do prestador de serviços, contratante formal do empregado, e da tomadora de serviços, efetiva beneficiária da força de trabalho do obreiro.

2.3 Regramento da Terceirização

Nos últimos anos a terceirização de mão de obra vem se tornando crescente no Brasil, trazendo discussões acerca de sua finalidade e contratação.

No Brasil, a terceirização passou a ganhar forças pela necessidade de redução de custos, aumento de produção e, principalmente, para cessão de mão de obra. Seu marco de expansão se deu na década de 90, quando os serviços de telefonia expandiram-se, e passaram a chamar a atenção pelos números de empregabilidade e movimento na economia.

A terceirização instalou-se em nossa legislação através de forma temporária de trabalho, trazendo contigo as formas mais conceptas de serviços prestados por terceiros, sendo estes serviços nas áreas de limpeza e segurança.

Mas entretanto, na decorrência expansão da terceirização e a falta de lei específica, ocorreu o avanço fora da normalidade de regulamentação expressa em textos legais.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTR, 2012.p.357.

A expansão desenfreada de utilização de serviços terceirizados ocasionou uma enorme desconfiança acerca da regularidade do processo, bem como o surgimento de questionamentos sobre os prejuízos que a adoção dessa prática poderia resultar para os trabalhadores. Sendo que as empresas aproveitavam deste tipo de trabalho, aumentando a prática dos serviços, e diminuindo seus salários e benefícios.

Como resultado, com o objetivo de restringir a institucionalização da terceirização privada no Brasil, em 30/09/1986, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) aprovou a Súmula n. 256, acerca de Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância.

Mas devido as fraudes usadas pelas empresas, influenciada pela ampliação normativa das hipóteses de terceirização, e até mesmo pelas críticas da doutrina, a jurisprudência do TST foi, formalizando o rigor da Súmula n. 256, estabelecendo uma distinção entre a mera intermediação de mão de obra, que continuou sendo ilícita, e a prestação de serviços técnicos especializados, situação que tornaria lícita a terceirização, sendo, posteriormente, ampliada para abarcar todas as atividades meio do tomador dos serviços. Com isto, A revisão da Súmula n. 256 ensejou a edição da Súmula n. 331, passando a admitir como lícita a terceirização em atividades meio.

A Súmula 331 do TST, buscou esclarecer de forma clara, o contraponto entre a terceirização lícita e ilícita, disponibilizando de maneira específica dos casos em que é possível a aceitação dos serviços de terceirização.

Definitivamente, diante do histórico da normatização da terceirização, o que se verifica é que a única regulamentação que fala explicitamente sobre o assunto é a Súmula 331 do TST, tornando-se a regulamentação deficiente em meio a tantas discussões sobre o tema.

2.3.1 A Súmula 331 do TST

Como exposto, a Súmula 331 TST, foi uma evolução que a Jurisprudência teve a respeito do trabalho de Terceirização, sobre as fortes críticas obtidas do texto da Súmula 256.

Mauricio Godinho Delgado, em suas palavras afirmou que:

Todas essas circunstâncias —e a acirrada polêmica judicial que sempre acercou a aplicação do entendimento consubstanciado no referido verbete de Súmula—

conduziram, anos depois já em fins de 1994, a revisão da referida súmula, editando –se a Súmula 331, TST.³⁰

No entanto, no ano de 1993, dia 17 de dezembro de 2013, foi aprovado pela Resolução Administrativa nº 23/93, a Súmula 331 do TST que versaria sobre a contratação de prestação de serviços.

Assim, foram obrigados os estudiosos jurídicos, criarem um padrão normativo, para a regulamentação deste fenômeno, abandonando a súmula anterior, para nova regulamentação, criando assim um regramento mais excessivo ao conteúdo, criando então a súmula 331 TST.

Súmula 331 TST:

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

II. A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade – meio do tomador dos serviços, desde que inexistam a personalidade e a subordinação direta.

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666/93).³¹

A devida Súmula foi dividida em quatro tópicos, mas tempos depois devido ao não esclarecimento direto da responsabilidade subsidiária, o inciso IV receberia nova redação.

Assim, explica Sérgio Pinto Martins, o motivo desta edição:

O Ministério do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existem, mitigando a aplicação da Súmula 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal

³⁰ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p.435.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011, p.435 e 436.

acabou dando origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria – Geral do Trabalho, em 20 de maio de 1993, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de que a empresa iria, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação.³²

Com a alteração promovida na Súmula 331, de adequá-la ao entendimento do STF, resultaram na alteração do item IV e inclusão dos itens V e VI.

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

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

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.³³

Sendo assim, antes do surgimento do referido enunciado só era permitido o trabalho temporário e o serviço de vigilância, não englobando outros que também, apesar de não compor a atividade principal da empresa, eram essenciais para que a mesma pudesse se concentrar no ramo econômico para o qual fora criada, como era o caso da exclusão dos serviços de limpeza.

Ao analisar esse novo complexo da súmula, pode-se observar, que empresas interpostas ao serem contratadas, constitui ilegalidade formando vínculo empregatício,

³² MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p.128.

³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado nº 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

sendo vedado a empresa tomadora contratar uma empresa para realização de sua atividade-fim.

Tendo assim, a referida súmula, foi escrita no primeiro inciso com devido procedimento de regularizar que, um funcionário terceirizado, não será admitido fazer o trabalho principal da empresa, pois estes serão excluídos de vários benefícios, com salários menores daqueles não terceirizados, ferindo assim tais princípios, como o princípio da isonomia.

No segundo inciso, o texto foi descrito para coibir a contratação de trabalhadores por empresa interposta na relação de emprego com órgãos da administração direta ou indireta, proibindo a quem não prestar concurso público ser contratado.

Assim explícita Alice Monteiro De Barros:

No tocante ao item II da Súmula 331 TST, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da administração direta e indireta quando aquele que lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. O TST, visou principalmente a coibir os apadrinhamentos no serviço público e a dar a efetividade no comando do art.37 da constituição da Republica 1988.³⁴

No item III da súmula, o referente limita-se a permitir a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, e também a de serviços especializados entre a empresa tomadora para sua atividade-meio, desde que não exista a pessoalidade e a subordinação direta.

Sobre a atividade –meio esclarece Sergio Pinto Martins:

A atividade – meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade – meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certas atividade- fins da empresa podem, ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias.³⁵

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTR, 2012.p. 359.

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p.133.

Na hipótese do item IV, temos a relação da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, quando contrata uma empresa para prestar sua atividade, as empresas tomadoras de serviços possuem com relação ao adimplemento dos encargos trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços justifica-se pelo fato de que, caso este adimplemento não ocorra, a primeira será subsidiariamente responsável e terá então que assumir o pagamento das referidas obrigações.

Alice Monteiro De Barros, explica que:

A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização.³⁶

Apesar da referida Súmula, prover objetivando o equilíbrio a respeito da terceirização, é fato que o enunciado nº 331 da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho permanece muito distante de esgotar todas as dúvidas que rodeiam o fenômeno de terceirização trabalhista.

2.3.2 Terceirização Lícita e Ilícita

As atividades terceirizadas, são validamente aquelas que são subsidiárias, ou seja, as atividades-meio da empresa tomadora, para que esta possa exercer seu núcleo principal, que é a atividade-fim.

Apesar de a jurisprudência não conseguir definitivamente distinguir atividades-meio de atividades-fim, é necessário fazer uma distinção entre terceirização lícita e ilícita ou terceirização legal e ilegal.

Sendo assim, Mauricio Godinho Delgado nos ensina que:

As hipóteses de terceirização lícita são excetivas, uma vez que, a forma de contratação de trabalho, no Brasil, está contida na fórmula empregatícia clássica. Dentro desta órbita, importa ressaltar a súmula 331 do TST que trata de dois pontos importantes: as situações-tipo das terceirizações lícitas e a ausência de pessoalidade e subordinação diretas.³⁷

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTR, 2012. p.359.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo: LTR 2011.p. 437.

As situações em que a terceirização poderá ser considerada lícita, se dividem em quatro grupos, sendo:

A terceirização lícita pode se dar de quatro grandes grupos de situações sócio jurídicas, sendo: 1) Contratação de trabalho temporário-regida pela Lei n.6.019/74, onde poderá realizar a substituição transitória de pessoal regular por necessidade de acréscimo de trabalho. Trabalhador este que será juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário. 2) Atividades de vigilância-regida pela Lei n.7.102/83(súmula 331,III,ab initio) nos dias atuais poderá ser realizado por qualquer segmento no mercado de trabalho, regidas pelas empresas especializadas no serviço. 3) Conservação e limpeza-(súmula 331,III)-possui característica unívoca por não se classificar dentro das atividades empresariais. 4) A Contratação terceirizada lícita relacionados a serviços ligados a atividade meio do tomador- possui características de situações unívocas.³⁸

Assim, Mauricio Godinho Delgado, distingue a diferença entre atividades-meio com atividades-fim, sendo estas:

Atividades-fim são “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”, já as atividades-meio são “atividades periféricas da dinâmica empresarial do tomador de serviço”, tais atividades estão definidas na Lei 5.645/70.³⁹

A própria noção de atividade-meio e fim descritas na doutrina e na jurisprudência trabalhista é utilizada como fundamento para distinguir a terceirização lícita e ilícita no seio do Direito do Trabalho.

Já a terceirização ilícita, poderá ser atribuída, quando excluídas as quatro situações mencionadas acima, sendo que não vale discutir se a empresa é lícitamente constituída, sendo que o núcleo a ser exposto é o vínculo empregatício.

Pode-se observar que hoje em dia, a terceirização vem sendo cada vez mais usada de forma ilícita, pois as empresas usam esta forma de trabalho, para seus próprios benefícios, os prestadores de serviço são subordinados à empresa tomadora e ainda existe pessoalidade nessa relação, ainda ocorrendo a prestação de serviços realizados em atividades-fim, ou seja, as atividades nucleares da empresa.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do trabalho. 12 Ed.– São Paulo: LTr, 2013.P.451.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., P.438.

Sérgio Pinto MARTINS ensina-nos sobre os requisitos da terceirização, e suas formas de ilicitudes:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços.⁴⁰

Com as consequências desse resultado ilegal de trabalho terceirizado, o único prejudicado seria os empregados. Pois é preciso verificar se a empresa que presta o serviço possui sede própria, se o empregado não está prestando serviço exclusivo da empresa tomadora, pois assim poderá ser comprovada a ilicitude da terceirização, gerando pessoalidade com o tomador de serviços.

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 153.

Capítulo III: Terceirização Lícita e Consequências para o Contrato de Trabalho.

Na forma de se tornar uma ferramenta proveitosa, a terceirização precisa ser enfrentada como uma parceria no meio de trabalho, ocorrendo de forma lícita. As partes envolvidas precisam ter o mesmo objetivo, compreendendo o valor de terceirizar, sem prejudicar ambos. Para isso, ambas, precisam estar em harmonia pois o sucesso de uma refletirá na atuação da outra.

Desde que não configure uma relação de emprego entre o tomador e o empregado, a terceirização é aceita, mas mesmo assim, é preciso um estudo acerca das consequências que a terceirização pode trazer num contrato de trabalho.

3.1 Precarização das Relações Trabalhistas

O objetivo da terceirização na teoria é aumentar o nível de produção, reduzindo os custos, assim podendo ter aumento na competitividade no mercado. Mas na prática, poderá ser bem diferente.

A terceirização mesmo sendo conduzida licitamente, ela traz graves consequências para os trabalhadores, podendo fragiliza-los colocando em risco seus direitos trabalhistas. Com a terceirização mesmo sendo feita sob a atividade-fim, formaria um nível de empresas menores e mais frágeis, formando uma subclasse de trabalhadores com direito precários acerca dos demais.

Assim explicita em um de seus artigos, Ricardo Amorim:

Além disso, já existem duas classes de trabalhadores no Brasil, uma com todos os direitos trabalhistas, outra sem nenhum direito. Hoje, o grupo dos trabalhadores informais representa quase metade da mão de obra ativa. Até poucos anos atrás, era mais da metade. Com a recessão desde o ano passado, mais trabalhadores estão perdendo o emprego e parte deles indo para a informalidade. Com a terceirização também de atividades fins as empresas podem reduzir seus custos, e assim demitirão menos funcionários.⁴¹

⁴¹Amorim, Ricardo. Terceirização, causas e consequências. Disponível em:<
http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra_terceirizacao_causas_e_consequencias.
Acessado em 20\11\2016.

No entanto esta modalidade de trabalho traz grandes consequências, um dos aspectos que merece destaque é que com a terceirização da mão de obra dos trabalhadores surge a precarização dos direitos trabalhistas e o rebaixamento de seus salários. Ocorre que os empregadores, muitas vezes, tentam mascarar a relação empregatícia direta, ou seja, a realidade. A má-fé dos empregadores ao utilizar a terceirização com o propósito de se escusar dos encargos trabalhistas, representa uma distorção ao princípio da primazia da realidade.

Assim pode-se observar que diversos são os problemas inerentes à terceirização, como a precarização das relações trabalhistas, como:

A terceirização vai ‘precarizar’ as relações de trabalho. Por ‘precarização’ entende-se: redução dos direitos dos trabalhadores (férias, décimo terceiro, assistência médica, etc) e redução da remuneração (trabalhadores terceirizados tendem a receber remuneração inferior à dos trabalhadores diretamente contratados). As empresas, sempre interessadas em reduzir custos, vão terceirizar o máximo possível as suas atividades. Por isso, a geração de empregos dentro das empresas será reduzida. Haverá, ainda, redução da segurança dos trabalhadores. Afinal, não sendo a contratante final do trabalhador, a empresa que terceirizar o serviço não se preocupará com as condições de segurança oferecidas.⁴²

Desta forma, Jorge Luiz Souto maior, em um de seus textos a respeito da terceirização, afirma que:

Dizer que a terceirização não precariza é tentar fazer todo mundo de idiota, afinal, a situação das condições de trabalho dos terceirizados na realidade brasileira tem sido, há mais de 20 (vinte) anos, a de um elevadíssimo número de acidentes do trabalho, inclusive fatais; de trabalho em vários anos seguidos sem gozo de férias; de jornadas excessivas; de não recebimento de verbas rescisórias; de ausência de recolhimentos previdenciários e fundiários, sem falar do assédio provocado pela discriminação e, mais propriamente, pela invisibilidade.⁴³

Por mais que seja benéfica a terceirização em alguns meios, como na otimização dos serviços, certo é que, quanto mais se terceiriza, mais os direitos dos trabalhadores são precarizados e os princípios do Direito do Trabalho são desrespeitados

⁴² MENDES, Marcos. **Quem tem medo da terceirização**. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/05/25/quem-tem-medo-da-terceirizacao/> > Acessado 20/11/2016.

⁴³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2015. **Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento**. Disponível em <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>

por empresários que se beneficiam dos trabalhadores que se submetem às condições precárias por temerem o desemprego e a competitividade do mercado de trabalho.

“De acordo com o Princípio da Igualdade Salarial, expresso no art. 461/CLT, todo trabalho de igual valor e mesma atribuição, no mesmo local, deve corresponder a igual salário.”⁴⁴

No entanto, o trabalhador terceirizado, pela própria lógica da terceirização, que pressupõe que o terceirizado não pode custar mais que o empregado direto, acaba recebendo salários e benefícios menores que os empregados contratados diretamente, pois, nem mesmo a Súmula 331 do TST, garante comunicação remuneratória entre o terceirizado e o empregado direto, exceto no caso do trabalhador temporário da Lei n.6.019 de 03 de janeiro de 1974.

Vejamos a decisão da turma do TRT - 3ª Região, é o de que se devem respeitar os mesmos direitos para os trabalhadores da empresa tomadora e os da empresa prestadora, nos termos das seguintes Ementa:

“A evolução que admite a terceirização não pode, validamente, implicar em desigualdade social, ou em acirrar a sociedade injusta para atrair a prevalência de menor custo em detrimento do trabalhador com aumento de lucratividade do empreendimento. Os objetivos da terceirização não se lastreiam em lucro maior ou menor. Utilizá-la para pagar salários menores que os observados pela tomadora quanto aos seus empregados que exercem a mesma atividade é ilegítimo, constituindo-se em prática voltada à distorção dos preceitos protetivos da legislação trabalhista. Dentre as suas vantagens não se inclui a diversidade salarial ou de direitos individuais do empregado e independente da pessoa que seja seu empregador. O empregado de terceirizante, que desenvolve seu trabalho em atividade terceirizada, tem os mesmos direitos individuais e salários dos empregados da tomadora dos serviços exercentes da mesma função.”⁴⁵

Observa-se, portanto, que para os empregados a terceirização não se mostra vantajosa, posto que, reduz salários, benefícios e garantias, bem como poderá acabar com a contratação direta, já que a contratação do serviço terceirizado se mostra mais vantajoso e lucrativo.

⁴⁴ BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em:<
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acessado em 20/11/2016

⁴⁵BRASIL. TRT - 3ª R - 2ª T - RO nº 16763/95 - Rel. Ricardo A. Mohallem - DJMG 29.03.96 - pág. 40. Disponível em **WWW.TRT3.GOV.BR**.

3.2 Consequências nocivas da terceirização para o empregador.

Com o grande crescimento deste tipo de trabalho, a terceirização está presente em grande proporção dias atuais de várias empresas, pois movimenta milhões na economia, e para o empregador significa redução de custos e aumento da produtividade. Mas nem sempre terceirizar, será um bom caminho, pois para o empregador é preciso ter cautela quando contrata uma empresa para prestar seus serviços secundários, pois estes não poderão ter controle de subordinar os empregados terceirizados diretamente, podendo ter vários riscos.

Quando uma empresa contrata outra para prestar seus serviços, terá necessidade da empresa contratante controlar se a empresa contratada registrou corretamente os trabalhadores terceirizados e está em dia com o pagamento de direitos trabalhistas e previdenciários, pois esta empresa poderá responder subsidiariamente em futuros processos trabalhistas. Pois, caso a contratada não cumpra com as obrigações listadas acima, a empresa contratante pode ser autuada pelo Ministério do Trabalho.

Assim, quando tem o envolvimento dos serviços prestados pelo trabalhador ao empregador, em contraprestação ao tomador, a Súmula 331 do TST em seu inciso IV, atribui ao tomador a responsabilidade subsidiária pelo inadimplente.

Muitas empresas para diminuir os custos, objetivando rápido desejo de obter vantagens, acarretará na falta de controle direto sobre a qualidade da prestação de serviço, tendo riscos em contratar uma empresa não qualificada, que acabaram por ter que arcar com as consequências.

Todavia, poderá se observar que não é somente a adoção de procedimentos de burlar a lei que devem se preocupar, obtendo somente economias, reduzindo custos com a terceirização. Pois o barato sai cara para as empresas, sendo estas responsáveis pela contratação de uma empresa terceirizada incapacitada para atender a demanda.

Mesmo quando a terceirização é realizada de forma lícita, é preciso tomar sempre cuidado, assim explica Patrícia Oliveira, em um de seus artigos:

Este procedimento é de suma importância, uma vez que, mesmo nos casos de terceirização regular (em que não há subordinação ou pessoalidade entre o trabalhador “terceirizado” e o tomador de serviços), temos que, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte empresa prestadora de serviços em relação aos deveres para com seu empregado cujo labor reverteu

em face da empresa tomadora, poderá ser chamada judicialmente a arcar com tal ônus de forma subsidiária, como vimos anteriormente.⁴⁶

Assim, antes de contratar um trabalho de terceirização, deverá este ser bem estudado pelo empregador, pois se não feito adequadamente, trará prejuízos à empresa, sendo nociva, de forma a ter que arcar com suas consequências.

⁴⁶ PESSANHA, Patrícia Oliveira Lima. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização: Análise sob a ótica da prevenção de litígios.** Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255> Acessado em: 20\11\2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo feito nesta monografia, acerca da Terceirização no Direito do Trabalho, é possível fazer uma análise de forma ampla, do quanto seria este tipo de trabalho, mesmo na forma lícita, prejudicial aos trabalhadores.

A terceirização surgiu para especializar os serviços das empresas, obtendo mais qualidade e reduzindo os custos. Mas pela falta de lei específica e fiscalização, pode-se dizer que esta forma de trabalho tem um único intuito, de reduzir gastos das empresas, obstando de pagamentos sociais empregatícios.

Percebe-se que no primeiro capítulo foi abordado o estudo sobre relação de emprego, os elementos fático-jurídicos da relação, e a distinção de empregador e empregado.

Já no segundo capítulo, abordamos a terceirização de forma mais específica, atribuindo sua origem, seu conceito, apesar da jurisprudência não ter um conceito legal acerca do assunto, seu regramento, a Súmula 331 do TST, e as formas de terceirização sendo lícita e ilícita.

No terceiro capítulo, foi abordado a figura da terceirização no contrato de trabalho, abordando a terceirização lícita com suas consequências para o contrato de trabalho, a precarização das relações trabalhistas e as consequências nocivas da terceirização para o empregador.

Assim chegamos à conclusão que, no atual universo da terceirização, mesmo ela sendo realizada de forma lícita, se houver vantagem, essa será apenas para o empregador, trazendo grande ampliação da precarização do trabalho, pois mesmo estas empresas seguindo na forma explícita do enunciado da súmula 331 do TST, significando uma forma "legal" de trabalho, mas que trará consequências ruins para os trabalhadores.

Os resultados deste meio de trabalho traz consequências alargadoras, com destaque para a precarização das relações de emprego, considerável redução salarial, fragmentação das relações trabalhistas e utilização abusiva pelas empresas aduzindo riscos que esvaziam a função que protege a classe trabalhadora, com o não raro de apenas utilizarem a terceirização com o único propósito de reduzir os custos de mão de obra, e fraudar pagamentos trabalhistas.

Por outro lado, também, para o empregador, a terceirização também poderá ser nociva, pois a contratação de qualquer maneira, sem observâncias deste tipo de trabalho,

traria consequências graves para estas empresas, sendo as mesmas tendo que arcar com estes prejuízos, pois seria uma redução que no final sairia caro para os empregadores.

Contudo, a pesquisa realizada, portanto, confirmou a hipótese levantada de que, a terceirização, mesmo sendo realizada de forma lícita, não seria beneficiária dos trabalhadores, pois o trabalhador terceirizado será de forma cruel distanciado diretamente da empresa tomadora, até mesmo porque não se pode haver subordinação entre a empresa principal(tomadora) e o empregado terceirizado, sendo estes precarizados em todas as formas e meios possíveis, de modo que desrespeita milhões de trabalhadores.

REFERÊNCIAS:

AMBITOJURÍDICO. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9225&revista_caderno=25>. Acesso em 20\11\2016.

AMORIM, Ricardo. Disponível em:

http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra_terceirizacao_causas_e_consequencias. Acessado em 20\11\2016.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho.ver.E ampl. São Paulo:LTR,2005.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado nº 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: www.tst.jus.br.

BRASIL. TRT - 3ª R - 2ª T - RO nº 16763/95 - Rel. Ricardo A. Mohallem - DJMG 29.03.96 - pág. 40. Disponível em: www.trt3gov.br

CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a Responsabilidade da Empresa Tomadora de Serviços**. São Paulo: IOB Thomsom,2006.

CLT- Decreto-Lei 5452 De 1 de maio de 1943, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 Ed. São Paulo,LTR 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 12 Ed.– São Paulo: LTr, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A terceirização sob uma perspectiva humanista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.70. 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Enunciado 331, do TST: **Ame-o, ou deixe-o! Revista Trabalhista**. V.4, out\nov\Dez. 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2015. **Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento**. Disponível em <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. Ver e amplo - São Paulo: atlas. S.A ,2009.

MENDES, Marcos. **Quem tem medo da terceirização**. Disponível em:<<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/05/25/quem-tem-medo-da-terceirizacao/>>Acessado 20\11\2016.

PESSANHA, Patrícia Oliveira Lima. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização: Análise sob a ótica da prevenção de litígios.** Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255.