



FACULDADE BAIANA DE DIREITO - FBD
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

ANTONIO BALBINO PRAZERES DE OLIVEIRA

**TERCEIRIZAÇÃO: PRECARIZAÇÃO OU FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO?**

SALVADOR

2019



ANTONIO BALBINO PRAZERES DE OLIVEIRA

**TERCEIRIZAÇÃO: PRECARIZAÇÃO OU FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO?**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito, com exigência parcial para obtenção do grau Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Banca examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof^a _____

Faculdade Baiana de Direito

Prof^a

Avaliador

Faculdade Baiana de Direito

“É a dedicação do trabalho que distingue um indivíduo de outro; não acredito em talentos.”

Euryclides de Jesus Zerbini

RESUMO

Esta pesquisa trata da terceirização sob a perspectiva da Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista, sob o aspecto da terceirização da atividade-fim, diante da importância que o instituto da terceirização tomou nos últimos anos devido a aprovação e promulgação da reforma, incluindo a permissão de terceirizar a atividade-fim das empresas. A terceirização era cristalizada pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que autoriza a terceirização apenas em quatro situações. Contudo, diante das novas formas de trabalho, a súmula do TST não mais comportava todos os mecanismos jurídicos. O fenômeno da terceirização é inevitável às novas relações de trabalho, diante disso, a discussão brota calorosamente sobre a flexibilização ou precarização das relações laborais. De um lado os que defendem que apesar da regulamentação da terceirização, baseada nas modificações da Lei 6.019/1974, existe uma flexibilização nos novos rumos do direito do trabalho e fortalece a economia, de outro, pensadores dissertam que a terceirização geral e irrestrita atinge os direitos e garantias fundamentais dos empregados terceirizados.

Palavras-Chave: Terceirização. Reforma Trabalhista. Flexibilização. Precarização

RESUMO

INTRODUÇÃO	6
1. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO	8
1.1 - Conceito de Princípio.....	8
1.3 – Princípio da Irrenunciabilidade ou Intransacionabilidade.....	9
1.4 – Princípio da Primazia da Realidade sobre a forma	10
1.5 – Princípio da boa-fé	11
1.6 – Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho.....	11
1.7 - Princípio da Livre Iniciativa e da Ordem Econômica.....	12
2 – RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO.....	13
2.1 - Empregador.....	15
2.2 - Empregado.....	16
2.3 – Histórico do Direito do Trabalho – Direitos Trabalhistas Alcançados.....	17
2. 4 – Flexibilização das Normas Trabalhistas	20
3 – TERCEIRIZAÇÃO	23
3.1 – Histórico no Brasil e no Mundo	23
3.2 – Terceirização no Direito Comparado.....	30
3.3 – Conceito.....	32
3.4 – Fundamentos	34
3.5 - Responsabilidade Indireta	35
3.6 – Histórico Legislativo – Proteção Legal.....	37
3.7 – Caracterização e Efeitos Jurídicos.....	42
4 - PROJETO DE LEI 6.787/2016 E 38/2017.....	43
4.1 – Reforma Trabalhista – Aspectos Legais	48
5 – TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM.....	51
5.1 – Precarização ou Flexibilização das Relações de Trabalho?	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Atualmente muito se tem discutido sobre a terceirização no Brasil, a escolha do tema se deu, justamente, pela importância deste instituto nas relações de trabalho. A declinação pelo Direito do Trabalho corrobora para este desenvolver. Partimos da pesquisa elaborada na graduação, sob o tema terceirização de serviços bancários, acentuando-se com a Reforma Trabalhista - Lei n. 13.467/2017.

Outrora, o Tribunal Superior do Trabalho, através da súmula 331, já autorizava a terceirização em quatro situações, contudo, diante das novas formas de trabalho, relevante discussão fora nascida através da lei 13.429/2017, a qual alterou a lei de trabalho temporário (6.019/1974), ao regulamentar a possibilidade da terceirização na atividade fim, deu nova redação e acrescentou dispositivos à Lei 6.019/1974, passando a tratar não só do trabalho temporário, mas também da terceirização.

Almeja-se com esta pesquisa discutir o instituto da terceirização como inevitável aos novos rumos do direito do trabalho, suas principais características, surgimento no Brasil e no mundo, efeitos da terceirização, classificação quanto à licitude e suas situações tipo.

De per sí, analisar os aspectos legais da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), suas inovações, constitucionalidade e efeitos jurídicos. Demonstrar as principais alterações desta lei, refletir se o Direito do Trabalho deve expurgar o instituto da terceirização ou se amoldar a este fenômeno.

A discussão sobre a terceirização de forma irrestrita, incluindo a atividade-fim da empresa é o principal alvo deste trabalho. A pesquisa buscou julgados e teses dos principais doutrinadores e tribunais nacionais. Utilizamos, através de levantamento bibliográfico, pesquisas científicas disponibilizadas em sites jurídicos, blogs, pesquisa em livros de direito, desenvolvendo, essencialmente, pela pesquisa bibliográfica nas áreas do conhecimento jurídico específicas, transcorrendo pelas etapas de identificação, localização, compilação e fichamento.

O caminho metodológico utilizado numa pesquisa científica se mostra como instituto nuclear, Medeiros (2010, p. 30, 31), afirma que a pesquisa de forma geral exige a aplicação de metodologia e técnicas apropriadas. O pesquisador deve voltar sua atenção para os fatos literários ou linguísticos, desprezando o anedótico e o individual. Esta comparação deve abranger os planos temporal e espacial.

Diante disso, utilizamos o método dedutivo, que é um tipo de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada premissa¹. Partimos da pesquisa geral sobre terceirização, utilizando leis e teorias para então discutirmos os aspectos específicos da nova lei. O que Medeiros (idem, p. 226), chama de predições sobre a ocorrência de fenômenos particulares.

A pesquisa foi delineada em cinco etapas. Primeiramente, devido a importância que carrega para qualquer ramo do direito, trouxemos os mais notáveis princípios relacionados ao direito do trabalho, seu conceito e os princípios constitucionais do trabalho. Em seguida, distinguimos a relação de trabalho da relação de emprego, essencial para entender as consequências da terceirização no contrato de trabalho.

Na terceira etapa, adentramos ao conceito de terceirização, sua historicidade no Brasil e no mundo, aplicação no direito comparado, seu fundamento, exploramos a responsabilidade indireta do empregador tomador do serviço de mão-de-obra, foi analisado, também, o histórico legislativo e sua evolução, caracterização e efeitos jurídicos. Desenvolvemos os tipos de terceirização: lícita e ilícita, bem como suas situações tipo, com enfoque na discussão do problema da nova lei de terceirização.

Posteriormente, será discutida a Lei 13.429/2017 (Lei da Terceirização), lançamos os principais pontos em debate no mundo jurídico, os posicionamentos favoráveis e contra a regulamentação da terceirização no Brasil, notadamente quanto à permissão da terceirização da atividade-fim, anteriormente impedida pela icônica Súmula 331 do TST.

Após este intróito, mergulhamos no embate desta pesquisa, a discussão sobre a Lei 13.467/2017. Bailamos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, os quais ainda carecem de pacificação, trazendo as principais ideias favoráveis e contrárias a terceirização da atividade fim da empresa e sua consequência para o direito do trabalho.

¹ <http://www.infoescola.com/filosofia/raciocinio-dedutivo/>, acessado em 31/05/15, às 20h05.

De um lado, alguns doutos sustentam a legalidade, ancorada no princípio da livre iniciativa, no direito de empreender. Noutra banda, os que defendem sua irregularidade, sustentam o pensar nos direitos e garantias fundamentais.

1. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 - Conceito de Princípio

Antes de adentrarmos ao debate do tema, é necessário conceituar princípio, pois a correta compreensão nos trará a certeza de que todas as discussões do Direito brotam deste instituto. Acertadamente, o mestre Delgado (2012, p.184) afirma que, no Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas; atuam, na verdade, até mesmo na fase de construção da regra de Direito — fase pré-jurídica ou política, mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante.

Princípio é a postura mental que leva o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz, de arcabouço, de orientação para que a interpretação seja feita de uma certa maneira e, por isso, tem função interpretativa (Cassar, 2011, p. 134). Tendo esta função, o pensador do Direito se adjudica de responsabilidades ainda maiores, vez que a aplicação dos princípios se torna indispensável para a sociedade jurídica.

O festejado Professor Celso Antonio Bandeira de Mello nos traz brilhantemente um dos conceitos mais respeitados na doutrina, no seguinte refletir:

O principio é um 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 por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (APUD, Dirley da Cunha Júnior, 2012, p. 35).

Note-se que a definição não é restrita a este ou aquele ramo do Direito, o princípio deve ser aplicado ao ordenamento jurídico, de maneira a uniformizar sua finalidade interpretativa e protetiva no caso concreto.

1.2 – Princípio da Proteção

Este é o princípio corolário do Direito do Trabalho, a melhor doutrina, acompanhada por Cassar (2011, p. 197), entende que o intérprete deve optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca da relação empregatícia.

O princípio em comento manifesta-se, segundo Cairo JR (2012, p. 101) pelas ideias do *in dubio pro operario*, da regra da aplicação da norma mais favorável e da regra da condição mais benéfica. Quando há duas normas possíveis de serem aplicadas ao mesmo caso concreto, devem ser utilizadas determinadas regras de escolha, por exemplo, a da lei mais recente, a da lei hierarquicamente superior, a da norma mais específica. Quando da interpretação da norma jurídica surgirem interpretações divergentes em relação à mesma norma a ser aplicada a um determinado caso concreto, será de preferência àquela que mais favoreça ao empregado, esta é, portanto, a regra do *in dubio pro operário* ou *pro mísero*.

1.3 – Princípio da Irrenunciabilidade ou Intransacionabilidade

Este princípio refere-se à imperatividade das regras trabalhistas. Ele 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. (Delgado, 2012, p. 197).

É comum a doutrina valer-se da expressão irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas para enunciar o presente princípio. A expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio focado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo, também, nos atos bilaterais de disposição de direitos

(transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador. (idem p.198).

1.4 – Princípio da Primazia da Realidade sobre a forma

O princípio em comento é de é deveras importante na elaboração desta pesquisa, vez que, no contrato de trabalho, deverão ser analisados os fatos que realmente ocorreram na terceirização, pois, a correta classificação dependerá das informações reais de como se deu a prestação dos serviços, sendo necessário analisar os dois tipos de terceirização: Trabalho Temporário e Terceirização em geral. O primeiro tipo é praticado pela empresa de trabalho temporário, como já estava previsto na Lei nº 6.019/74, e o segundo, pela primeira vez regulado em lei, pela empresa de prestação de serviços².

Delgado (2012, p. 202) afirma que o princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais a intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002).

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

A prática habitual — na qualidade de uso — altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. (ibidem)

Afirma, ainda, (p.203) que 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 desponhem, concretamente, todos os

² Vólia Bomfim Cassar, acessado em : <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852>, 11/05/2017, às 19:44

elementos fático-jurídicos da relação de emprego, como trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação.

1.5 – Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé norteia não somente o Direito do Trabalho, mas todo e qualquer Direito que se dedique, principalmente, à regulação das obrigações, sejam elas derivadas dos negócios jurídicos, do ato ilícito ou do abuso de direito, como ocorre com o Direito Civil, Direito Comercial e Direito Administrativo.

Tem aplicação prática mais incisiva nos contratos, nos quais se exige colaboração mútua e que conta, inclusive, com o acolhimento expresso do art. 422 do Código Civil vigente (CLT Organizada LTr, 2012, p. 557) o qual cristaliza que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O Princípio da boa-fé (*bona fides*) tem como pressuposto a existência de uma obrigação e de um direito correlatos, dentro de uma relação jurídica, e deriva da máxima romana *neminem laedere*, ou seja, da intenção de não lesar ninguém. (Cairo JR, 2012, p. 108)

1.6 – Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho

Cairo JR, (2012, p. 111), orienta que a Constituição é a norma fundamental de um País. Da análise do conjunto dessas normas é possível extrair os princípios que regem não só todo o ordenamento jurídico, mas aqueles que são válidos para cada um dos ramos do Direito.

Como exemplo dos princípios gerais que são aplicáveis ao Direito Laboral Brasileiro, podem ser citados aqueles derivados dos seguintes enunciados constitucionais: dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa; princípio da isonomia, sendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e busca de pleno emprego.

Os princípios citados servem, antes de tudo, para orientar o legislador no desempenho de sua função primordial, qual seja, criar normas que garantam a efetividade destes institutos.

Cassar (2011, p. 169) declina que o Direito Constitucional não pode mais ser estudado sem o viés filosófico e a historicidade dos direitos fundamentais, em face da modificação de seu conteúdo e formato com o passar do tempo. Isto acarretaria a perda de conquistas históricas ao ordenamento jurídico, notadamente, neste aspecto de discussão, o Direito do Trabalho.

1.7 - Princípio da Livre Iniciativa e da Ordem Econômica

Delgado (2012, p. 187) disserta que existem princípios gerais de todo o Direito que tem inquestionável aplicação no âmbito especializado do Direito do Trabalho. São princípios que tendem a incorporar as diretrizes centrais da própria noção de Direito. Tendem a ser, portanto, princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política.

Notadamente, estes dois princípios, também ganham relevância nesta pesquisa, devido a proximidade com o Direito do Trabalho, de modo que a discussão sobre Terceirização permeia também por eles, pois, é possível afirmar que no Brasil a terceirização ganhou corpo através de fundamentos constitucionais como estes sedimentados.

Em nosso ordenamento, a livre iniciativa é, em primeiro lugar, mencionada como fundamento da república, no art.1º, inciso IV, reaparecendo como princípio da ordem econômica no caput do art.170 da Constituição Federal de 1988(CF/88).

De forma muito sucinta, pode-se afirmar que, esta liberdade é o espaço de atuação na economia independente da compressão do Estado. Uma vez no exercício da atividade econômica, o agente deve desfrutar da faculdade de contratar ou não; deve poder escolher com quem contratar e que tipo de negócio efetuar, fixando o conteúdo do contrato, bem como podendo mobilizar o aparelho estatal para que se faça cumprir o avençado entre as partes.

Claro que esta liberdade não é absoluta em face da conexão existente no interior do próprio art.170, a saber: *o trabalho, a dignidade da pessoa humana, a propriedade*

e sua função social, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. (www.portaleducacao.com.br)⁴.

2 – RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO

Para entendermos os efeitos da terceirização, é necessário diferenciar relação de trabalho da relação de emprego. Delgado (2012, p. 279), é do pensar que a relação jurídica, englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é a categoria básica do fenômeno do Direito. Efetivamente, ela se qualifica como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico. Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados.

Para ele, na verdade, a especialização desses ramos surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a deflagrar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação surgida.

A particularidade das relações jurídicas próprias ao Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Penal, Direito Civil (e a particularidade das relações jurídicas nucleares de cada um dos ramos deste último segmento jurídico: Direito das Coisas, Direito Obrigacional, Direito de Família, etc.) é que irá justificar a construção de características teóricas e normativas tão distintivas para cada um dos clássicos ramos que compõem o universo jurídico hoje. (idem)

No segmento trabalhista, esse núcleo básico centra-se na *relação de trabalho*, mais propriamente na *relação de emprego*. (p. 279)

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. 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

³ <http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/44998/livre-iniciativa>, acessado em 25/04/15, às 22h45.

⁴ idem

outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio. (idem)

Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se o dispêndio de energia pelo *ser humano*, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. E, em síntese, o *conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim*. (ibidem, p. 280)

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes. (Delgado, p. 281)

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo.

Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho. (idem, p. 281)

Relata, por fim, que, passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico-social, quer sob a ótica jurídica. (ibidem)

No primeiro plano, por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter as suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea.

No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo — o Direito do Trabalho.

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço às demais relações de trabalho ou assimilando as

suas normas situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (*relação de emprego*) pela denominação cabível ao gênero (*relação de trabalho*).

Nessa linha, utiliza-se a expressão *relação de trabalho* (e, conseqüentemente, *contrato de trabalho* ou mesmo *Direito do Trabalho*) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes a relação de emprego, no sentido específico. (p.282)

A relação empregatícia é formada por elementos que a caracterizam e a distinguem das demais relações de trabalho *lato sensu*, na afirmação de Cairo JR (2012, p. 353), esta espécie de relação de trabalho deve ser não eventual, onerosa, pessoal e subordinada, seguindo, assim, a definição legal estabelecida pelo art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.1 - Empregador

Diante do embate jurídico que será demonstrado adiante, a figura do Empregador torna-se criteriosa, pois, como veremos, a terceirização traz conseqüências jurídicas para ambos desta relação (Tomador e Prestador).

Empregador é a pessoa que remunera e dirige a prestação de serviços do obreiro. Celebrado o contrato de trabalho, o empregador assume a obrigação principal de pagar salários ao trabalhador. Ao lado desta obrigação principal surgem outras ditas acessórias, mas de importância vital para a manutenção do bem-estar do empregado como, por exemplo, a concessão de férias anuais e de outros períodos de descanso mais curtos, o pagamento do 13º salário, o depósito na conta do FGTS, entres outras. (Cairo JR, 2012, p. 353)

A consolidação das Leis do Trabalho define o empregador no seu art. 2º, que cristaliza: *considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.*

Cassar (2011, p. 442) assevera que, vinculando o empregado à atividade econômica (empresa) e não à pessoa física ou jurídica que a explora, o legislador protegeu o empregado das variações das pessoas que exploram o empreendimento e das manobras fraudulentas que visem impedir a aplicação da lei trabalhista. Desta

forma, a mudança de sócio, a mudança na estrutura societária ou o tipo de sociedade, por exemplo, não trarão prejuízos aos contratos de trabalho, em observância aos artigos 09º, 448 e 468 da CLT, que assim versam:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Para ela, a CLT adotou esta postura progressista, com o objetivo de proteger o trabalhador, vinculando à empresa, independente dos titulares dela. Desta forma, tem-se a teoria da despersonalização ou despersonalização do empregador, o que irá justificar, inclusive, a sucessão. (p, 442)

2.2 - Empregado

Empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Ao afirmar que o empregado há de ser sempre uma pessoa física, a lei quer que fique bem claro não ser possível o estabelecimento de um vínculo empregatício entre uma pessoa jurídica e o empregador (firma individual ou não). (Saad, 2004, p. 34)

Assim deve ser, porque o contrato de trabalho só se celebra depois de o empregador verificar que uma pessoa física — o trabalhador — tem aptidões morais e técnicas para desempenhar as funções que pretende atribuir-lhe. (idem)

O contrato de trabalho é *intuitu personae* no que se refere ao empregado. Só adquire o “status” jurídico de empregado quem presta serviços contínuos que respondam a uma necessidade permanente da empresa, tendo em vista os fins econômicos que persegue. (ibidem)

Declina ainda, no mesmo diapasão que:

A condição de trabalhador não resulta de um “status” permanente, pois o contrário só ocorre numa organização social dividida em segmentos herméticos, sem qualquer comunicação entre si. Esse “status” só se manifesta, entre nós, depois da celebração de um contrato de trabalho. Quer isto significar, que, desfeito tal contrato, o prestador de serviços poderá desistir do trabalho subordinado e cuidar da própria subsistência de outra maneira, trabalhando com independência, sem qualquer laço de subordinação com sua clientela. Há profissões que se exercem autonomamente ou com dependência. O caso mais comum é o dos Representantes Comerciais e o de Vendedores Pracistas. Quando trabalham com exclusividade e sob condições prefixadas pela empresa, ganham a condição de empregado. É certo que esta condição se procura, às vezes, dissimular com registro em órgãos de controle profissional ou com matrícula de autônomos no INSS. No âmbito do Direito do Trabalho, o que se leva em conta é a verdadeira natureza da relação de trabalho estabelecida com a empresa. A dependência a que se refere o artigo em epígrafe não é a econômica, necessariamente, embora ela se faça presente na maioria dos contratos laborais. Deixa de ser um elemento caracterizador da condição de empregado porque tal dependência econômica só existe em alguns, mas não em todos os casos. (p. 35)

Portanto, preenchidos os requisitos da relação empregatícia (art. 3º CLT) imperioso o reconhecimento de vínculo laboral, assumindo o empregado todas as benesses que o contrato de trabalho possui.

2.3 – Histórico do Direito do Trabalho – Direitos Trabalhistas Alcançados

Diante da sua importância, é necessário, também, fazer uma digressão referente aos direitos conquistados pelos trabalhadores.

Autores afirmam⁵, que, nos idos de 1800, ainda no auge do sucesso estrondoso da Revolução Industrial, o mundo presenciava uma marcha irreversível de conversão da população rural em operariado.

Na Inglaterra, por exemplo, as revoluções sociais e tecnológicas do campo – que criavam um enorme excedente populacional nas áreas rurais – se aliavam à demanda por mão-de-obra da indústria nas cidades, gerando um grande movimento de êxodo em direção às indústrias⁶.

Essa população era recebida em um contexto político e institucional imaturo – como são aqueles de todas as grandes e radicais mudanças sociais⁷.

⁵ <http://ano-zero.com/direitos-trabalhistas/>, acessado em 13/05/2017

⁶ idem

⁷ ibidem

O novo operariado, desorganizado, não conseguia fazer frente ao poder político e econômico do barão de indústria que o empregava – patrão que, muito frequentemente, tinha do seu lado o poder do Estado⁸.

A Era do Capital fez catapultar as condições de vida das populações dos países que participaram do desenvolvimento industrial, de um lado melhorando as condições do operário – que também era consumidor dos produtos que fabricava, o que o retirou da penúria e da miséria quase absoluta das condições pré-industriais, principalmente, no que se refere ao consumo de bens essenciais – e, de outro, criando fortunas nunca sonhadas nas mãos dos grandes capitalistas⁹.

Estas imensas melhorias, correndo paralelas, mas em velocidades profundamente desiguais, mudaram a dinâmica da sociedade.

A situação política e jurídica era imatura, e era forçoso reconhecer que um contexto desses não perdura por muito tempo sem criar agitações internas. Do lado do trabalhador urbano, lentamente, começou a se elevar uma camada letrada, organizada, que questionava a profundamente desigual divisão das melhorias que a Revolução Industrial trazia aos dois lados.¹⁰

Unida e inspirada por intelectuais, fez surgir uniões de operários, nos moldes das antigas corporações de ofício – que foram desmanteladas pela indústria – com ações que visavam anular a imensa assimetria de poder de barganha dos grandes capitalistas.¹¹

Estes, por sua vez, utilizavam a sua fortuna para comprar favores do Estado, que iam desde o uso do poderio militar para abertura de mercados à força, em uma retomada saudosista do mercantilismo, à criminalização das uniões dos trabalhadores e suas ações. Em 1799, o Estado conseguiu reprimir a organização dos operários, com o Combination Act que proibia as associações de trabalhadores e negociações coletivas.¹²

O modelo se espalhou, principalmente para os Estados Unidos e demais países industrializados da Europa. Em países de inclinação liberal, as “unions”

⁸ <http://ano-zero.com/direitos-trabalhistas/>, acessado em 13/05/2017

⁹ idem

¹⁰ ibidem

¹¹ <http://ano-zero.com/direitos-trabalhistas/>, acessado em 13/05/2017

¹² idem

desenvolveram imensa coordenação e capacidade de negociação, e trabalharam no sentido de reequilibrar a balança do mercado de trabalho. Sem depender excessivamente do Estado, impuseram, até pouco tempo, um jogo duro aos grandes industriais, efetivamente dando as cartas em certos setores produtivos. Assumiam, como procuradores, o lugar do trabalhador individual em negociações coletivas, onde ele não teria condições de negociar sem sucumbir à enorme pressão da outra parte.¹³

A história do direito trabalhista no Brasil ocorre a partir do término da escravidão, no final do século XIX. Embora no final do período da utilização da mão de obra escrava houvesse uma série de leis que regulassem algumas relações de servidão, não se pode confundir estas normas com leis trabalhistas: a escravidão não é uma forma de trabalho, mas de servidão¹⁴.

Ao fim deste período, com a maior necessidade de mão de obra assalariada e um processo global de consolidação das relações de trabalho (principalmente na Europa), começaram a surgir as demandas por normas que definissem as regras destas relações.¹⁵

A primeira definição brasileira do trabalho nos moldes atuais aconteceu na Constituição de 1891, que definiu a existência de todo trabalho como uma prática livre e remunerada, com a possibilidade de um trabalhador a vincular-se e desvincular-se de uma atividade de acordo com sua própria vontade. Além disso, ficou estabelecido que nenhuma criança abaixo de 12 anos poderia trabalhar em fábricas, e que sua jornada de trabalho diária deveria ser de, no máximo, 7 horas.¹⁶

Ao tomar o governo em 1930 – um período delicado da economia mundial – e preocupar-se com a nacionalização de diversas indústrias de base (como a metalurgia e extração de recursos naturais), buscando gerar empregos, o governo de Vargas precisava gerar uma solução que acalmasse os ânimos dos trabalhadores insatisfeitos e dos empresários, também preocupados com o cenário.

Para lidar com isso, Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1934, colocou as leis trabalhistas com o nível de importância constitucional.

A CLT foi um esforço para reunir toda a legislação trabalhista, de forma que o direito trabalhista fosse mais acessível.

¹³ *ibidem*

¹⁴ <http://direitosbrasil.com/evolucao-do-direito-trabalhista-no-brasil/>, acessado em 13/05/2017, às 21:12

¹⁵ *idem*

¹⁶ <http://direitosbrasil.com/evolucao-do-direito-trabalhista-no-brasil/>, acessado em 13/05/2017, às 21:12

Junto à iniciativa, uma série de garantias e benefícios foram criados: o salário mínimo, a jornada de trabalho máxima de 8 horas diárias, o repouso semanal remunerado, o direito à folga remunerada em feriados, as férias universais, a proibição do trabalho para menores de 14 anos, e esforços como maior fiscalização sobre acidentes de trabalho, e ocasiões de insalubridade.

Após a criação da CLT, muitas leis foram adicionadas – desde leis específicas para o fortalecimento da mulher no mercado de trabalho, até as mais recentes regulamentações para empregadas domésticas, por exemplo. Mas a CLT é o marco definitivo do estabelecimento de uma lei trabalhista clara e protetiva no Brasil¹⁷.

2. 4 – Flexibilização das Normas Trabalhistas

Martins (2017, p. 49) disserta que o Direito do Trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho, entende que:

Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada flexibilização dos direitos trabalhistas. Essa teoria surgiu a partir das crises econômicas existentes na Europa, por volta de 1973, em decorrência do choque dos preços do petróleo. Flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

Os exemplos mais comuns seriam a flexibilização da jornada de trabalho (*flexitime*), que é usada principalmente nos países de língua inglesa, em que o funcionário entra mais cedo, saindo, também, mais cedo do trabalho, ou ingressa mais tarde, saindo, também, em horário mais adiantado do que o normal, estabelecendo, assim, seu próprio horário de trabalho, trabalhando mais horas num determinado dia ou semana para trabalhar menor número de horas em outros dias, porém observando o número mínimo de horas trabalhadas no ano, no mês ou na semana: o *job sharing*, ou a divisão do posto de trabalho por mais de uma pessoa; o contrato segundo as necessidades do empreendimento (*Kapovaz*), do direito alemão, conforme lei de 26 de Abril de 1985; o part-time, ou seja, o trabalho em tempo parcial; as formas de trabalho, ou de trabalho a distancia; o estágio, o trabalho

¹⁷ idem

temporário, o contrato de trabalho por prazo determinado; o contrato de safra ou de temporada; e o trabalho avulso, que geralmente é feito na orla marítima, em que o trabalhador, sendo ou não sindicalizado, presta serviços a uma ou mais empresas, mediante intervenção do sindicato da categoria.

Para ele, a flexibilização está dividida da seguinte forma:

- a) quantitativa externa, que trata da contratação do trabalhador e da facilidade com que pode ser despedido, de acordo com as necessidades da empresa;
- b) quantitativa interna, que engloba a utilização do tempo do empregado, como horário de trabalhos, o trabalho em tempo reduzido; e
- c) funcional, que diz respeito aos métodos ou técnicas de gestão de mão de obra, em decorrência das exigências da produção

Quanto à classificação, pode ser dá seguinte forma:

- a) de remuneração;
- b) na utilização da força de trabalho
- c) em relação à estabilidade no tempo de duração do contrato de trabalho.

Já se verificava uma série de procedimentos de flexibilização no direito do trabalho brasileiro. A terceirização não deixa de ser uma forma de flexibilização trabalhista. São exemplos: a subempreitada, a locação de mão de obra que pode ser a prevista para a vigilância bancária (Lei 7.102/1983, o trabalho temporário (Lei. 6.019/1974), o trabalho em domicilio (art. 6º e 83 da CLT), o contrato por prazo determinado (art. 443 e seu §2º da CLT), o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT), o contrato técnico estrangeiro (Decreto Lei 691/1969), o contrato de safra (Lei. 5.889/1973, art.14) e o estágio (Lei. 11.788/2008). O próprio Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar 123/2006).

A tendência da flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial

para a pós –industrial revelando uma expansão do setor terciário da economia. Assim, deveria haver uma proteção ao trabalhador em geral, seja ele subordinado ou não, tanto o empregado como também o desempregado. É nesse momento que começam surgir contratos distintos da relação de emprego, como contrato de trabalho em tempo parcial, de temporada, de estágio etc. (idem, p.50)

Durante muitos anos os trabalhadores suportaram trabalhos forçados e sem nenhuma garantia. Somente a partir do século XIX começa a surgir a ideia da necessidade de se proteger o trabalhador e de lhes garantir o mínimo de dignidade para o desempenho de seu labor. Somente em 1988 com a promulgação da Constituição Federal foram instituídos e aperfeiçoados os chamados direitos sociais previstos no artigo 7º do citado diploma, caracterizando-se como verdadeiros direitos fundamentais da pessoa humana¹⁸.

Nos dizeres de Dirley da Cunha Junior referindo-se à Constituição de 88, outra importante inovação, digna de referência, foi a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio do título dos direitos fundamentais, evidenciando, de forma irrecusável, sua condição de verdadeiros direitos fundamentais, é inquestionável que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos sociais, de tal sorte que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento.

Para ele, o direito constitucional brasileiro, entretanto, não padece dessa omissão, na medida em que a nossa Constituição reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais, pelo menos os mais importantes à garantia do mínimo existencial.¹⁹

Dessa forma, é inegável o fato de que os direitos sociais são considerados pelo ordenamento jurídico pátrio, verdadeiros direitos fundamentais da pessoa humana. O que significa dizer que o seu exercício presta-se a garantir aos indivíduos o mínimo existencial para que possam viver de forma digna²⁰.

Nesse diapasão, entra um questionamento pertinente, qual seja: se os direitos sociais trabalhistas garantidos pela Magna Carta de 88 em seu artigo sétimo prestam-se a garantir um mínimo existencial como poderão ser reduzidos sem ferir o bem maior conquistado por essa classe que é justamente a sua dignidade?

¹⁸ <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,flexibilizacao-das-normas-trabalhistas-limites-e-consequencias,56249.html>, em 19/03/2018

¹⁹ idem

²⁰ idem

Diante de tal questionamento, constata-se a importância do tema em apreço, uma vez que a flexibilização irracional e desmedida das normas trabalhistas pode extirpar direitos tidos por fundamentais, o que significa um retrocesso e uma afronta à própria Constituição Federal vigente, tendo em vista que os direitos nela previstos são indisponíveis²¹.

Constata-se, destarte, que a flexibilização das normas trabalhistas pode ser usada de forma a beneficiar ambos os lados da relação empregatícia. Entretanto, não se trata de uma desregulamentação, uma vez que é imprescindível a presença do Estado nesta relação, para que se evitem abusos.

Com relação aos prejuízos que podem ser gerados na sociedade pela flexibilização das normas trabalhistas, tem-se que a sua aplicação desmedida pode gerar um retrocesso ao passado, uma vez que se não respeitados os limites impostos por lei e pelos princípios, os direitos dos trabalhadores podem ser tolhidos, em prol dos interesses do poder econômico, da lucratividade e da competitividade.²²

3 – TERCEIRIZAÇÃO

3.1 – Histórico no Brasil e no Mundo

Ao historiar a terceirização, necessário, rapidamente, observar a evolução da sociedade relacionada ao Direito do Trabalho. Meireles (2008)²³, em excelente pesquisa, destacou que, no período histórico da Idade Antiga, prevaleceu o regime de escravidão, ao qual eram submetidos os prisioneiros de guerra pelos povos vencedores, não havendo, de maneira nenhuma, qualquer traço característico de uma relação de trabalho, vez que era prestado sob forma de exploração humana e sem qualquer tipo de remuneração.

Diante da evolução histórica das sociedades humanas surge, na Idade Média, o regime feudal, que era caracterizado pela concentração de poder nas mãos dos senhores feudais, tidos como verdadeiros 'reis', uma vez que eram proprietários das

²¹ ibidem

²² ibidem

²³<http://www.webartigos.com/articles/1744/1/a-terceirizacao-e-a-administracao-publica/pagina1.html>, acesso em 26/04/15, às 18h16.

terras produtivas, denominadas feudos, valendo-se do trabalho dos servos para seu sustento e de sua família²⁴.

Como formas de recompensa pelo trabalho prestado eram dados aos servos abrigo e alimentos, isso depois, obviamente, de satisfeitas as necessidades de alimentos dos senhores feudais. O regime feudal, entretanto, entrou em crise com a revolta dos servos diante das péssimas condições de vida a que eram submetidos²⁵.

Em consequência, surgiram, posteriormente, as corporações de ofício, que, como o próprio nome sugere, eram organizações artesanais compostas pelos chefes, que eram os detentores dos meios de produção, e pelos companheiros e aprendizes que lhes prestavam serviço em troca de salário²⁶.

Com o fim da Idade Média e início da Idade Moderna, surge na história da humanidade o absolutismo monárquico, uma espécie de governo no qual somente aos reis cabiam às vantagens políticas e a dominação social era praticamente absoluta.

Consequentemente, a outra classe menos favorecida – a nobreza pródiga, os ditos burgueses – não conseguia se impor aos reis, tal era seu poder. Dessa forma, só lhes restou, então, fugir para as cidades fora da dominação dos reis. E, assim, eles se uniram e formaram os burgos, que eram os centros de comércio dos burgueses. Tal reação foi positiva e prosperou a ponto de daí se originar o chamado modo de produção capitalista²⁷.

O ideal capitalista era o máximo de lucro com o máximo de exploração da força de trabalho, que não era valorizada tanto quanto era explorada, tendo em vista a baixa remuneração que recebiam os trabalhadores que eram submetidos a horas ininterruptas de trabalho repetitivo.

Todo o lucro obtido, resultante desse trabalho, era investido na atualização e renovação dos meios de produção, mas nunca na valorização do trabalhador. Diante do investimento feito na evolução dos meios de produção, surgiram, como consequências, as indústrias, consolidando o sistema capitalista.²⁸

²⁴ idem

²⁵ ibidem

²⁶ <http://www.webartigos.com/articles/1744/1/a-terceirizacao-e-a-administracao-publica/pagina1.html>, acesso em 26/04/15, às 18h16

²⁷ idem

²⁸ ibidem

A partir da segunda guerra mundial (1939-1945), surgiu a necessidade de aumento da produtividade na indústria bélica, com o objetivo de manter a oferta de armamento para os países em conflito. Como as grandes fábricas não conseguiam suprir toda a demanda, “a saída encontrada” foi remodelar a forma de produção, transferindo atividades não essenciais a outras Empresas. Dessa forma, a indústria percebeu que era necessário voltar seu foco na produção de material bélico, delegando suas atividades secundárias à terceiros. (Cruz, Revista CAAP, 2009)²⁹

Após o conflito mundial, os países vencedores apresentaram grandes conquistas no plano econômico. Surgiu, naquele momento, o modelo de produção *taylorista*, que, aliado ao modelo *fordista*, conduziu ao elogio da grande planta industrial capitalista, com grande massa de trabalhadores, vinculados a funções pouco especializadas, que se conectavam pela esteira rolante da linha de produção. Entretanto, em virtude da acumulação de capital durante duas décadas, ocorreu nos anos 70, uma das crises estruturais do capitalismo então vigente, instaurando uma fase de retrocesso e de limitação de direitos, cujos impactos afetaram estruturas e componentes do sistema capitalista de produção.³⁰

Esta crise atingiu tanto os países centrais quanto os países emergentes, já que a economia destes estava sempre vinculada às oscilações positivas do capitalismo central. A crise capitalista da década de 70, na Europa Ocidental, provocou um abalo nas relações de trabalho e de emprego.³¹

Entre as transformações trazidas destaca-se o surgimento de um novo modelo de produção, a partir do paradigma do Estado Neoliberal, conhecido como modelo toyotista. Este visa elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor.

Assim, se implementa a ideia de horizontalização da empresa, em oposição ao método utilizado pelo taylorismo, fordismo, de manifesta organização verticalizada.

Bartelli (2014, Anamatra)³², vislumbra :

²⁹ <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/32/31>, acessado em 26/04/15, às 16h30.

³⁰ idem

³¹ ibidem

³² <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/terceirizacao-forma-de-gestao-de-trabalho-ou-meio-de-comodacao-da-producao-capitalista>, acessado em 26/04/15, às 17h32.

Durante a Segunda Guerra Mundial despontaram os primeiros sinais da terceirização no mundo contemporâneo: as grandes potências, concentrando esforços e capital na produção da indústria armamentista, passaram a transferir para terceiros as atividades acessórias. Mas como um fenômeno de descentralização da atividade produtiva, sobretudo no setor de serviços, em larga escala e com expressivos reflexos nas relações socioeconômicas, a terceirização incrementou-se apenas na década dos 70, a partir do impacto que a crise do petróleo gerou na economia, no setor produtivo e nas receitas fiscais do *Estado de bem-estar social*. Iniciou-se, como reação a essa crise, um novo ciclo econômico. Nessa conjuntura, para atender ao modo “criativo” do capitalismo reinventar-se, as relações de trabalho tiveram que se adequar, já que o nível de emprego estava comprometido e os trabalhadores em absoluta vulnerabilidade. A política econômica liberal adotada pelos Estados nesse período, notadamente na era *Tacher-Reagan*, promoveu precarização das relações de trabalho, por meio da desregulamentação dos direitos conquistados nas décadas anteriores (no período do pós-guerra), investidas severas contra os movimentos coletivos e hostilização da atuação dos sindicatos

Novas formas de gestão da produção e do trabalho surgiram, sendo substituído o modelo *fordista* (produção em massa e fluxo contínuo, com a concentração de trabalhadores no mesmo local, para controle do ritmo e da qualidade da produção), pela idéia de subcontratação de mão-de-obra, introduzindo o modelo enxuto da indústria (*toyotismo*).

Para Basso (2008, revista jurídica *Anamatra*)³³, a partir da segunda metade do século XIX, com o avanço da Revolução Industrial e Tecnológica, a grande empresa capitalista estabeleceu as bases para a produção em larga escala nos setores econômicos emergentes, vindo a indústria do automóvel, a química, a siderúrgica, dentre outras, passando-se a investir nos países mais atrasados e fornecedores de matéria-prima à empresa-sede, cujos investimentos, chegaram a atingir 2/3 do total dirigido ao exterior, com importante impacto na organização do trabalho em nível local.

As primeiras experiências de criação de “empresas-espelho” da própria organização matriz, em outras nações, surgiram na década de 1850, com o fito de produzir insumos para a matriz, como os casos da Colt, na Inglaterra, em 1852; da

³³ http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5388/005_basso.pdf?sequence=5, acessado em 26/04/15, às 17h38.

Bayer, nos EUA, em 1865; da Singer, em Glasgow, em 1867. Na França, *Martin Nadaud*, migrante de Creuse, conta em suas memórias a tentativa de se transformar num *tâcheron*, ou subcontratante, em Paris, na década de 1840³⁴.

Diante deste contexto, podemos afirmar que o fenômeno da Terceirização notadamente eclodiu durante a II Guerra Mundial, desenvolvendo-se doravante mais fortemente com a força capital.

No Brasil, 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 subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). (Delgado (2012, p. 436)

A época de 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 sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. (Idem)

Vislumbra que, afora essas ligeiras menções celetistas (que, hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante), não despontaram outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo trabalhista brasileiro. (Ibidem)

Isso se explica pela circunstância de o *fato social* da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram a acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. (Delgado (2012, p. 436)

Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 1950, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência a formação do modelo trilateral terceirizante. (Idem, p.436)

No Brasil, a terceirização começou a ser implantada com a vinda das empresas multinacionais, principalmente do setor automobilístico. Os processos de terceirização ganharam impulso porque representam a postura do “ganha-ganha”, ou seja, todas

³⁴ idem

as partes envolvidas tendem a ter vantagens. Para a empresa que contrata o serviço de uma terceira, a vantagem é ela poder focalizar sua produção de modo a concentrar seus investimentos, atenção e desenvolvimento tecnológico naquilo que é sua atividade-fim. (Marcelino, 2009)³⁵

Para Martins (2017, p. 22), no Brasil, a noção de terceirização foi trazida pelas multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e fazendo a montagem final do veículo.

Desde a década de 1970 existem registros de casos, porém, como um instrumento meramente complementar à atividade produtiva. No início da década de 1990, no entanto, a terceirização, virou uma espécie de “onda” no meio empresarial, um dos aspectos de uma ampla reestruturação produtiva, que marcou a economia brasileira na década de 1990. (Cardoso, 2012,)³⁶

Nessa década, portanto, a terceirização deixa de ser uma política de gestão usada marginal e localizadamente e passa a ser aplicada de forma ampla e intensa, especialmente nas firmas de grande porte. Neste contexto, a terceirização surge como uma reação das empresas a uma conjuntura que combinava, no início dos anos de 1990: recessão econômica, abertura da economia às importações, privatizações e outras mudanças estratégicas na condução da economia e da sociedade brasileira (*Neoliberalismo*)³⁷.

A terceirização surgiu, portanto, muito mais como uma forma de as empresas reagirem aos desafios de mercado, impostos pela política econômica praticada no país na década de 1990, do que propriamente como uma alternativa virtuosa de avanços da produtividade e da qualidade da produção³⁸.

Delgado (2012, p.437) preceitua que o avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da

³⁵ <http://www.ucl.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>, acessado em 26/04/15, às 19h00.

³⁶ <http://sensoreconomicobrasil.blogspot.com.br/2012/07/o-desafio-da-terceirizacao-no-brasil.html>, acessado em 26/04/15, às 19h40.

³⁷ idem

³⁸ ibidem

fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT.

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, a margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo, algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país. (Idem)

Trata-se de exemplo marcante de divorcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica. (Ibidem)

Afiança ainda que, as primeiras referências legais sobre a sistemática *terceirizante* (ainda que sem o batismo de tal denominação) ocorreram com respeito ao *segmento estatal* das relações de trabalho. (p.438)

No quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200, de 1967), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de *descentralização administrativa*, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.

Tais textos normativos consistiam no art. 10 do Dec.-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal a terceirização de atividades meramente executivas, *operacionais*, no âmbito da Administração Pública. No *segmento privado* do mercado laborativo, entretanto, o processo de terceirização não teve o mesmo respaldo jurídico. (Idem)

Nos anos de 1970 apenas um único diploma legal, de efeitos restritos a contratos de curta duração (Lei do Trabalho Temporário, de 1974), veio acobertar o processo terceirizante. Nos anos 80 mais um diploma legal surge (Lei n. 7.102, de 1983), caracterizado também por seus restritos efeitos, dado dirigir-se a um específico e delimitado conjunto de trabalhadores (vinculados à segurança bancária, na época). (ibidem)

Para ele, (p.439), não obstante esse pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, tal processo acentuou-se e generalizou-se no segmento privado da economia nas décadas seguintes a 1970 — em amplitude e proporção muito superior as hipóteses permissivas contidas nos dois diplomas acima mencionados.

Tais circunstâncias induziram a realização de esforço hermenêutico destacado por parte dos tribunais do trabalho, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável. (Idem)

Em excelente lição, o Professor Sérgio Pinto Martins (2017, p. 22) nos ensina que o art. 17 da Lei 4.594/64 dispõe que a seguradora não pode fazer a venda do seguro diretamente ao segurado, o que tem que ser feito por corretor autônomo ou corretora. As empresas que tem por finalidade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967.

Os Decretos-Leis n. 1.212 e 1.216, de 1966, permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares, gerando a prestação de serviços por empresas de segurança bancária. O Decreto n. 62.756, de 22 de Maio de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, revelando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de funcionários por meio das mencionadas agências, atividade rotineira e prática. (idem)

Em outras linhas, (ibidem, p.24), afirma, pensamento no qual nos filiamos, que a terceirização, é, portanto, um fenômeno que vem sendo largamente utilizado no mundo moderno, especialmente na Europa. Em nosso país é que passou a ser adotada pelas empresas. Isso mostra que estamos saindo da era industrial para entrar na era dos serviços.

3.2 – Terceirização no Direito Comparado

Não é alvo deste trabalho exaurir o estudo da terceirização no Direito estrangeiro, contudo, necessário delinear algumas considerações atinentes ao tema.

Cassar (2011, p. 519), informa que alguns países, como a Itália e a Suécia, proíbem a existência deste instituto, pois entendem ser nefasto ao trabalhador. O México também não admite a terceirização, salvo algumas exceções legais. A França autoriza somente a contratação para trabalho temporário (art. 125 – 3 do Código do Trabalho Francês), assim como na Bélgica, Dinamarca, Noruega e Países Baixos também tratam a regulamentação sobre a matéria.

Alemanha, Inglaterra, Luxemburgo, Irlanda e Suíça permitem a terceirização, porém não a regulamentaram, o que aumenta a importância da negociação coletiva. Argentina, Colômbia e Venezuela a admitem, enquanto Peru permite, mas a limita. No Japão, a terceirização é comum e muito utilizada, possuindo lei específica sobre a matéria. A mesma postura é adotada pelos Tigres Asiáticos (Cingapura, Taiwan, Hong Kong). (idem)

Barros (2011,)³⁹ acrescenta que, no Japão, a subcontratação de mão-de-obra ou terceirização é praticada em larga escala em todas as atividades estranhas à atividade-fim da empresa. Estima que 45% dos trabalhadores do setor siderúrgico são subcontratados, chegando a 60% em algumas usinas mais modernas. No Japão, a *Lei do Trabalhador Subcontratado (Worker Dispatching Law)*, de 1985, autorizou a terceirização. Os sindicatos são favoráveis à subcontratação e à terceirização, porque entendem que há uma melhoria acentuada nos resultados das empresas.

Segundo ele, na Espanha, o art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores, a terceirização é lícita, gerando, conforme o caso, responsabilidade solidária pelos encargos trabalhistas das empresas envolvidas. Para eximir-se dessa solidariedade, o empresário beneficiário dos serviços deve, segundo o mesmo art. 42, exigir da empresa prestadora a comprovação do recolhimento das cotas da seguridade social. No tocante aos direitos trabalhistas, o empresário responderá solidariamente durante um ano após o término do contrato pelas obrigações salariais contraídas durante a vigência desse mesmo contrato. Nos Estados Unidos, os grandes empreendimentos, principalmente nas áreas tecnológicas, possuem fabricantes de componentes específicos em várias partes do mundo. (Idem)

No Direito Internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) não trata especificamente do tema *terceirização*, mas observa-se certa permissão nesse sentido. A Convenção n. 34, de 1993, e a Convenção n. 96, de 1949, recomendam a supressão progressiva das agências de colocação de mão de obra com fins lucrativos. Estimulam a criação de serviços públicos gratuitos com essa finalidade, o que também faz parte da Convenção n. 88, de 1948, e da Convenção n. 96, de 1968. Esta última convenção foi denunciada pelo Brasil em 1972. (Martins, 2017, p. 48).

³⁹Seminário Internacional de Direito do Trabalho, disponível em :<http://s.conjur.com.br/dl/terceirizacao-cedes.pdf>, acessado em 27/04/15, às 21h37.

A Convenção n. 122, de 1965, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 61 de 1966, e promulgada pelo Decreto n. 66.499, de 27 de abril de 1970, porém, não trata do tema, mas da política de emprego. A Convenção n. 161, aprovada pelo Decreto-Legislativo n. 86 de 14 de Dezembro de 1989, e promulgada pelo Decreto n. 127, de 22 de Maio de 1991, falou sobre serviços de saúde do trabalho, no seu art. 7. Permite esse artigo que tais serviços sejam organizados para uma só ou para várias empresas, e também mostra que as empresas podem terceirizar as atividades de assistência médica, o que torna tais serviços permitidos. (Idem).

A Diretiva 104, de 2008, da União Europeia, ao tratar do trabalho temporário, impõe aos Estados Unidos o dever de estabelecer requisitos para sua validade. (Ibidem).

3.3 – Conceito

Diante dos excelentes doutos brasileiros em Direito do Trabalho, adotamos o conceito do Mestre Mauricio Godinho Delgado, (2011, p. 436), o qual, com requintado acerto, nos traz, primeiramente, a expressão *terceirização* como o 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 à empresa.

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito) foi *terciarização*, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, este épiteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e justralhista aqui examinado.

Explana 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 à este os laços justralhista, 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. (idem)

E cristaliza seu notável saber, ao elucidar que, o *modelo trilateral* de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante e francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente *bilateral*. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. (ibidem)

Também com notáveis ensinamentos, Martins (2017, p. 31), entende que terceirização é a possibilidade de contratar empresa prestadora de serviços para a realização de atividades específicas da tomadora. Para ele, geralmente, tem-se entendido que a terceirização deve se feita em atividades que não constituem o objeto principal da empresa.

Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens e serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. Terceirização da atividade diz respeito à empresa. Terceirização de mão de obra diz respeito ao serviço. Compreende terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta serviços, à atividade-meio da outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementariedade. (idem)

Cassar (2017, p. 470 e 471) pensa terceirização como a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

A empresa prestadora de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes. Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores,

sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra. (idem)

Para ela, a subcontratação de empregador contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção ao princípio da *ajenidad*, onde a relação de emprego se forma diretamente com o tomador de serviços, isto é, com o empregador natural (relação bilateral). A relação bilateral é regra de todos os contratos e a terceirização, exceção e, como tal, deve ser interpretada de forma restritiva. (ibidem)

3.4 – Fundamentos

Como visto, a força capital a partir na II Guerra Mundial fez desenvolver ligeiramente o fenômeno da terceirização. Cassar (2011, p. 511) disserta que, a globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. Para ela, o primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve vários direitos flexibilizados e outros revogados.

Para Cairo JR (2012, p. 375), o avanço industrial e tecnológico, aliado às novas técnicas de administração e produção, deu ensejo ao fenômeno denominado terceirização.

Tradicionalmente a empresa desenvolvia, dentro do seu estabelecimento, todas as fases de sua atividade de produção ou serviços. Em determinado momento, percebeu-se que haveria uma sensível redução dos custos operacionais de um empreendimento, com o transpasse de parte da atividade desenvolvida para outra empresa, cujo objetivo social seria, exclusivamente, o fornecimento de mão-de-obra. (idem)

A redução dos custos e o conseqüente aumento dos lucros adviriam da especialização da unidade produtiva. Inicialmente, o Direito do Trabalho não se preocupou em regulamentar essa relação triangular, pois se pensava que o trabalhador permaneceria protegido pela legislação trabalhista, em face do seu empregador direto. (ibidem)

A ilustre Alice Monteiro de Barros (2009, p. 450) afirma que as relações de trabalho individuais sofreram várias modificações nos últimos anos, em face de uma

conjugação de fatores, que podem ser sintetizados na inovação tecnológica, nas alterações na organização de produção, nos métodos utilizados na gestão da mão-de-obra e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores. Essas mudanças deram origem ao debate da flexibilização do emprego, em contraposição à relação de emprego típica.

Noutro assentir, Martins (2017, p. 21), afiança a terceirização como um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que se especializaram.

3.5 - Responsabilidade Indireta

Superadas estas introduções históricas, principiológicas, conceituais e fundamentais acerca da terceirização, passaremos doravante, discutir os tipos de terceirização, caracterização e seus efeitos, responsabilidade, e, conseqüentemente, as discussões jurídicas atuais, notadamente, a Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (C. TST), e a Lei 13.467/2017, a qual, atualmente, cristaliza as diretrizes da terceirização da atividade-fim no Brasil.

Quanto à responsabilidade, Cairo JR (2012, p. 376), afirma que, segundo a divisão clássica proposta pelo Direito Civil, a responsabilidade pode ser por fato próprio, também denominada de reponsabilidade direta, ou por fato de terceiro (responsabilidade indireta). O art. 932 do Código Civil de 2002, regula a situação fática semelhante, podendo ser aplicado, por analogia, às hipóteses de terceirização, conforme permissão contida no art. 4º do Decreto – Lei nº 4.657, de 04/09/1942 – Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Este dispositivo contido no Código Civil estabelece a denominada responsabilidade indireta, ou seja, aquela derivada de ato ilícito praticado por outrem, com fundamento na *culpa in vigilando e in elegendo*, de enorme relevância nos contratos terceirizantes. A pessoa é responsável por sua ação de ter escolhido mal ou não ter fiscalizado de forma adequada. (idem)

Sustenta ele, ademais, que desse modo, são responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por ato dos seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Nesse passo, não resta dúvida de que as empresas prestadoras de serviços terceirizados podem ser consideradas como prepostas das tomadoras de serviços, respondendo, destarte, pelo contrato de trabalho. (p.377).

Ao delinear os fundamentos sobre a responsabilidade, é necessário, também, buscar fundamentos no Direito Civil, isto porque, o Direito do Trabalho não sustenta este instituto isoladamente como seu, mas busca amparo do ramo cível.

O nobre douto civilista Gonçalves (2012, p. 1218), vislumbra que, 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.

No Direito Especializado, a pedra de toque para responsabilizar os contratantes, afirma Cassar (2011, p. 539) é o art. 09º da CLT, que considera praticado em fraude à lei todo ato que vise impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos previstos na CLT, pois de acordo com o art. 187 do Código Civil de 2002, o abuso do direito equipara-se ao ato ilícito que é o fato gerador da responsabilidade civil.

Portanto, todos os envolvidos na terceirização (Contratante e Contratado) são responsáveis pelo contrato de trabalho, o que veremos adiante, pois é necessário analisar se responderá de forma solidária ou subsidiária.

Oportuno informar, ainda, que a terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra, a qual, em regra, é vedada pelo sistema jurídico, uma vez que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, o que seria contrário ao seu valor social e à dignidade da pessoa humana.

Logo, a terceirização se distingue do trabalho temporário, pois enquanto aquela diz respeito à prestação de determinados serviços por empresa especializada, neste, há o fornecimento de mão de obra à tomadora por meio de empresa interposta (ou seja, pela empresa de trabalho temporário), nas hipóteses excepcionalmente admitidas pelo sistema jurídico⁴⁰.

O art. 4º-C da Lei 13.467/2017⁴¹, estabelece que é responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos

⁴⁰ http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-claro-quanto-permissao-atividade-fim#_ftnrefl

⁴¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm, acesso em 04 de março de 2018, às 15:45

trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

Note-se que, mesmo na hipótese de terceirização lícita, a empresa contratante é responsável, subsidiariamente, pelo cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa prestadora de serviços a terceiros, referentes ao período em que ocorrer a prestação dos serviços, (como já previa a súmula 331 do TST), e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei 8.212/1991. (idem)

No que pertence a responsabilidade da administração pública, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento, em tese de repercussão geral, que “ O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 (STF, Pleno, RE 760.931/DF, Dje 02.05.2017).

3.6 – Histórico Legislativo – Proteção Legal

Antes de chegarmos aos atuais fundamentos jurídicos que orientam a terceirização no Brasil, é necessário, brevemente, fazer uma digressão histórica, pois a CLT, pensa Cassar (2011, p. 519) sempre teve um pensamento avançado em relação às demais legislações, desde o seu texto originário, estabeleceu única hipótese de subcontratação de mão de obra, no caso de subempreitada prevista no art. 455 da CLT, que assim dispõe:

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

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

Para ela, durante um bom tempo, esta era a única hipótese de terceirização prevista no nosso ordenamento jurídico. O art. 10, § 7º, do Decreto – Lei 200/67 incentivou a ampliação do fenômeno, pois tinha a intenção de descentralizar as

atividades da Administração Pública, mas só foi regulamentado pelo art. 3º, parágrafo único, da lei 5.645/1970 (revogado pela lei 9.527/97). Logo depois, a terceirização foi estendida também ao setor privado, pelas leis nº 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário) e 7.102/83 (Vigilantes), porém com efeitos restritos. (idem)

Afirma, ainda, (p. 520), que até então a interpretação dos casos de terceirização era restritiva e limitada apenas a essas duas leis, motivo pelo qual foi expedida a Súmula 256 do TST. Nos demais casos de terceirização, deveria ser respeitado o princípio da *Ajenidad*, e o vínculo se formaria diretamente com o tomador dos serviços, inclusive com os entes da Administração Pública. Assim dispunha a súmula 256:

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.

O próximo passo foi com a Constituição de 1988, que em seu art. 35, II, vedou o reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público. Como diz respeito à Lei Maior, houve imediata limitação da Súmula 256 do TST, pois a citada norma constitucional é de eficácia plena. O passo seguinte foi tomado pela Lei 8.036/90, ao igualar o empregador formal (empresa colocadora ou intermediadora) ao tomador de serviços, que na verdade é o empregador real. (ibidem, p. 521)

Ainda no contexto histórico legislativo, sob a influência da retração do mercado interno, da globalização e da necessidade de redução de custos, a consequência foi flexibilizar as relações de trabalho, comportamento refletido na jurisprudência. (Cassar, 2011, p. 522)

Por esse motivo, foi cancelada a Súmula 256 e outra editada (Súmula 331 do TST) em 1993, ampliando as hipóteses de terceirização. Foram incluídas conservação, limpeza e outras ligadas à atividade-meio do tomador ou de mão de obra especializada, sempre com ressalva da inexistência de pessoalidade e subordinação com o tomador. Por último, a resolução 96/2000 do TST modificou o inciso IV da Súmula 331 para incluir de forma expressa a responsabilidade subsidiária da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (idem)

Destaca (p.523), que a Lei 8.863/94 ampliou o alcance da Lei 7.102/83, para permitir a terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física. No mesmo ano, a Lei 9.949/94, introduziu o parágrafo único no art. 442 da CLT, estimulando as terceirizações por meio de cooperativa. Estabelece o dispositivo e exame que os cooperados não tem vinculação empregatícia com a cooperativa (prestadora de serviços) e com o tomador de serviços.

Outro ponto muito discutido, também, foi sobre a legalidade da terceirização dos serviços de *call center* no atendimento a cartão de crédito efetuado através do telemarketing, onde o teleatendente, ao ser contratado pela empresa terceirizada, é treinado, especificamente, para exercer sua atividade função.

Ao prestar serviço para o Banco através do *call center*, este executa apenas as atividades estabelecidas para sua função, qual seja, de alteração de limites, venda de seguros, realizar bloqueio e desbloqueio de cartões, liberar aviso viagem, liberar cartão adicional enviar segunda via de fatura, fazer contestações de contas que o cliente afirma não ter realizado e desbloquear cartões que por compras suspeitas estejam temporariamente bloqueados.

Gonçalves (2012, p. 1683) muito coerente, nos lembra de que a expressão *contratos bancários* é indicativa de um grupo de contratos em que uma das partes é um banco ou uma instituição financeira. Há, efetivamente, algumas figuras contratuais que são próprias da atividade bancária e merecem essa designação. São modalidades reservadas, por lei, às instituições bancárias e assemelhadas e seus clientes.

A enorme variedade de operações bancárias é disciplinada em legislação específica, destinada a proteger os depositantes e, simultaneamente, a resguardar a política monetária do governo. A multifária atividade bancária, as diversas operações de crédito e operações financeiras dela decorrentes dão origem a inúmeros contratos, dentre elas, o cartão de crédito. (idem)

Carvalho⁴² expõe que, muito embora as discussões sobre a terceirização tenham se intensificado nesses últimos anos, já que utilizada em todos os ramos de negócio, justamente por mostrar-se útil, tanto para o empresário como para o mercado de trabalho, no setor financeiro ela já existe desde 1966.

⁴² <http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/rogerio-carvalho-terceirizacao-setor-bancario-pratica-antiga>, acessado em 25/05/15, às 23h51

Com o incremento da micro finança no mercado financeiro nacional, e a intensificação do crédito consignado, o assunto foi “ressuscitado” pelo Conselho Monetário Nacional, na edição, pelo Banco Central do Brasil, da Resolução 2.707/03, justamente quando da edição da Lei 10.820/03, conversão em lei da Medida Provisória 130/03⁴³.

Essa lei veio autorizar o desconto em folha de pagamento de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, das prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por eles tomados em instituições financeiras e sociedade de arrendamento mercantil, buscando dar segurança a esses descontos, em face da limitação contida no artigo 462 da CLT⁴⁴.

Diante da importância do tema, e de uma posição ainda não unânime do judiciário brasileiro, o Plenário Virtual do Excelso Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a repercussão geral da terceirização, notadamente nos serviços bancários, no Recurso Extraordinário com Agravo 713.21/2014, através do voto⁴⁵ do Relator, Ministro Luiz Fux, no sentido de que a proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. Para o Relator, patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nos autos.⁴⁶

Assim, destaca⁴⁷ que, a proibição deste tipo de terceirização, baseada apenas na jurisprudência trabalhista, violaria o princípio da legalidade contido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal. Observou que o tema em discussão – a delimitação

⁴³ idem

⁴⁴ ibidem

⁴⁵ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047583>, acessado em 31/05/15, às 12h14

⁴⁶ idem

⁴⁷ idem

das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim – é matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar. A existência de inúmeros processos sobre a matéria poderia, segundo ele, ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos.

Trindade⁴⁸ disserta que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, a partir de uma leitura fortemente seletiva do que seja a livre iniciativa no contexto da Carta de 1988, acaba por esvaziar-lhe o caráter político.

O foco do debate judicial recai sobre o texto constitucional – a proibição genérica de terceirização da atividade-fim é compatível com o princípio da livre iniciativa, entretanto, sendo inevitável a manifestação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que reconhecida a repercussão geral da matéria, que a Corte a enfrente nos seus devidos termos, e não a esconda por detrás de um discurso jurídico, pretensamente técnico e isento.

Em 2018, o STF voltou a se posicionar e colocou entendeu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, no sentido de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante.

Merece destaque, ainda, o Projeto de Lei 4.302/1998, o qual originou a Lei de Terceirização 13.429/2017, e modificou substancialmente a lei de trabalho temporário em diversos pontos.

O prazo de duração do contrato de trabalho temporário deixou de ser de 3 meses, prorrogáveis por mais 3 ou 6 meses dependendo da hipótese, para ser de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, totalizando 270 dias (cerca de 9 meses).

A Lei 13.429/2017 não restringe a sua incidência à esfera privada, podendo dar margem ao entendimento de que as suas previsões sobre terceirização podem ser aplicadas, em tese, também à administração pública, desde que sejam observadas as disposições específicas a respeito, como a exigência de licitação na contratação de serviços.

O art. 4º-A da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, passa a prever que *empresa prestadora de serviços a terceiros* é a pessoa jurídica de direito

⁴⁸ http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1111%3Aserie-de-artigos-qa-terceirizacao-e-o-supremoq-&catid=186%3Atextos-e-artigos-diversos&Itemid=2907&lang=br, acessado em 31/05/15, às 12h58

privado destinada a prestar à contratante “serviços determinados e específicos”. A empresa prestadora de serviços a terceiros, assim, não pode ser pessoa física, nem mesmo um empresário individual, devendo ser necessariamente pessoa jurídica. A expressão “serviços determinados e específicos” revela que a terceirização só é admitida quanto a serviços delimitados previamente e especificados⁴⁹.

Por derradeiro, temos a Lei 13.467/2017, que alterou a Lei 6.019/1974, a qual rege as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante.

Com isso, a terceirização, entendida como prestação de serviços a terceiros, passa a ser entendida como a transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive a sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços. (Garcia, 2017, p. 367).

Ainda assim, entende-se que a intermediação de mão de obra não é admitida, por resultar fraude ao vínculo de emprego com o efetivo empregador e em violação ao valor social do trabalho, o qual não pode ser tratado como mercadoria. Desse modo, a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta. Portanto, defende-se o entendimento de que os referidos serviços, na terceirização, devem ser de certa especialidade (idem).

Conforme art. 4º - A, da Lei 6.019/1974, com a nova redação, considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. Logo, fica superada a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, anteriormente adotada pela jurisprudência, como se observa na súmula 331, item III, do TST. (idem).

3.7 – Caracterização e Efeitos Jurídicos

Consoante visto através do conceito Delgado, a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.

⁴⁹ <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>, acessado em 12/05/2017, às 09:58

É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.

Cassar (2011, p. 510), assevera que, a Empresa prestadora de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes, ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre tomador e os trabalhadores, sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra.

Nos ensinamentos de Martins (2017. p. 34), a terceirização poderia ser dividida em estágios:

- a) inicial: em que a empresa repassa a terceiros atividades que não são preponderantes ou necessárias, como restaurantes, limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica etc;
- b) intermediário: quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como manutenção de máquinas, usinagem de peças;
- c) avançado: quando são terceirizadas atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como gestão de fornecedores, fornecimento de produtos etc. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa.

A terceirização pode, ainda, ser externa ou interna. Na terceirização externa, a empresa repassa para terceiros certas etapas de sua produção, que são feitas fora das empresas. Na terceirização interna, a empresa também repassa para terceiros suas atividades de produção, porém as empresas terceirizadas trabalham dentro da própria empresa terceirizante. É o que vem acontecendo na linha de produção de certas empresas automobilísticas. (idem)

4 - PROJETO DE LEI 6.787/2016 E 38/2017

Inicialmente, a Reforma Trabalhista brotou do Projeto de Lei 6.787.2016, abraçado por maioria da doutrina, tendo em vista que, num primeiro olhar, merecia guarida, pois o referido projeto visava aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país,

regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

Para os propositores, o Brasil vem desde a redemocratização em 1985 evoluindo no diálogo social entre trabalhadores e empregadores. A Constituição Federal de 1988 foi um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho.

O amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das empresas a cada data-base, ou fora dela. Categorias de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas.

Contudo, para eles, esses pactos laborais veem tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vem, reiteradamente, revendo pactos laborais firmado entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho⁵⁰.

Essas discussões demonstraram a importância da medida proposta, de valorização da negociação coletiva, que vem no sentido de garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores.⁵¹

De igual sorte, é a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional assegura a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, com a missão de promover o entendimento direto com a direção da empresa. O representante dos trabalhadores no local de trabalho deverá atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive os referentes ao pagamento de verbas trabalhistas periódicas e

50

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12455D4D33F9A65323D00C0BE6248132.proposicoesWebExterno1?codteor=1544128&filename=Avulso+-PL+6787/2016

51

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12455D4D33F9A65323D00C0BE6248132.proposicoesWebExterno1?codteor=1544128&filename=Avulso+-PL+6787/2016

rescisórias, bem como participar na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho com a empresa⁵².

A experiência europeia demonstra a importância da representação laboral na empresa. Países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido possuem há vários anos as chamadas comissões de empresa ou de fábrica.

A maturidade das relações de trabalho em alguns países europeus propicia um ambiente colaborativo entre trabalhador e empresa, resultando na melhoria do nível de produtividade da empresa. No Brasil temos um nível elevado de judicialização das relações do trabalho, o que é retratado pela quantidade de ações trabalhistas que anualmente dão entrada na Justiça do Trabalho.

Na grande maioria das ações trabalhistas a demanda reside no pagamento de verbas rescisórias. A falta de canais institucionais de diálogo nas empresas que promovam o entendimento faz com que o trabalhador só venha a reivindicar os seus direitos após o término do contrato de trabalho. Com isso, problemas que poderiam ser facilmente resolvidos no curso do contrato de trabalho vão se acumulando, para serem discutidos apenas ao término do vínculo empregatício, na Justiça do Trabalho.⁵³

A regulamentação do art. 11 da Constituição da República tornaria possível o aprimoramento das relações de trabalho no país, ao instituir no ambiente da empresa um agente com credibilidade junto ao trabalhador, já que ele será escolhido dentre os empregados da empresa, independentemente de filiação sindical, com quem ele poderá contar para mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia.

A atuação do representante dos trabalhadores traria ganhos para a empresa, na medida que ela poderá se antecipar e resolver o conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado. Outra medida proposta visava atualizar um dos mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, que é a multa administrativa prevista no art. 47 da CLT pelo não registro de empregado, cuja última atualização de valor ocorreu com a extinção da UFIR, em outubro de 2000.

Os trabalhadores sujeitos ao vínculo empregatício celetista são cerca de 18,5 milhões no país, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE), anual, de 2014. As empresas que não registram seus empregados

⁵² idem

⁵³ idem

deixam de recolher, em média, 24,5% de contribuição previdenciária, sobre as remunerações integrais de seus trabalhadores, além de não recolherem 8,0 para o Fundo de Garantia.

Então, em média, essas empresas deixam de recolher cerca de um terço do valor da remuneração do trabalhador. O valor da multa administrativa para as empresas que não registram seus trabalhadores é de R\$ 402,00 por empregado não registrado. Caso a empresa decida por recolher a multa sem recorrer da primeira decisão administrativa, ela tem o benefício de redução em 50% no valor da multa. Fazendo uso desse direito, o valor efetivo da multa para a empresa resultará em R\$ 201,00 por empregado irregular⁵⁴.

Considerando que o salário médio no Brasil supera R\$ 2.000,00, verifica-se que por mês a empresa deixa de recolher cerca de R\$ 660,00 de encargos sobre a remuneração do empregado, estando sujeita a uma multa administrativa de no máximo R\$ 402,00. Estudos estimam que só a perda anual de arrecadação da Previdência Social seja da ordem de R\$ 50,0 bilhões/ano.

Por fim, a proposta atualizaria a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, promovendo maior flexibilidade no processo de contratação de trabalhadores, ao permitir que a empresa tomadora de serviço pudesse contratar diretamente trabalhadores de acordo com as regras previstas na lei.

Além disso, considerando que a lei é anterior às mudanças constitucionais de 1988, alguns direitos trabalhistas, embora atualmente exigidos, não constam no texto da lei. Como o contrato de trabalho temporário é um contrato a termo, a presente proposta estabelecia que aos trabalhadores contratados sobre o regime da Lei n.º 6.019/1974 são garantidos os mesmos direitos dos trabalhadores contratados a prazo determinado regulados pela CLT.⁵⁵

Entretanto, não foi este o Projeto aprovado, como se vê, o projeto 6.787/2016, visava a alteração de poucos artigos da CLT e da Lei 6.019/1974. Em estranha votação, foi avalizado o Projeto de Lei 38/2017, alterando mais de cem artigos da CLT, sem nenhum veto, permitindo mudanças como a prevalência do acordado entre patrões e empregados sobre o legislado nas negociações trabalhistas.

⁵⁴http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12455D4D33F9A65323D00C0BE6248132.proposicoesWebExterno1?codteor=1544128&filename=Avulso+-PL+6787/2016, acessado em 07/03/2018, as 14h44

⁵⁵ idem

Enviado pelo governo ao Congresso Nacional e aprovado no Senado sem alterações em relação ao texto que passou pela Câmara dos Deputados. Durante a tramitação, o governo negociou com os parlamentares a votação rápida das mudanças em troca da garantia de seis vetos e da revisão de alguns pontos polêmicos por meio de medida provisória ou novos projetos de lei do Executivo.

Um das questões polêmicas da reforma aprovada pelo Congresso foi a possibilidade de que mulheres grávidas ou lactantes trabalhem em locais insalubres. O projeto de lei estabeleceu que o afastamento, antes garantido nessas condições, só será autorizado mediante pedido médico nos casos consideradas insalubres em graus médio ou mínimo.

Outro ponto que gerou controvérsia entre o governo e parlamentares foi a regulamentação do trabalho intermitente, que permite alternar períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador⁵⁶.

Dentre as mudanças trazidas, está o fracionamento das férias anuais, tempo à disposição do empregador, grupo econômico, alteração sobre o direito comum e jurisprudência, responsabilidade do sócio retirante, multa administrativa por empregado sem registro e reajuste de valores, trabalho em regime parcial, duração do trabalho, teletrabalho, fixação do dano extrapatrimonial, trabalho da mulher, trabalho autônomo, trabalho intermitente, sucessão trabalhista, salário e remuneração, utilidades, equiparação salarial, alteração das condições de trabalho, extinção do contrato de trabalho, dispensas individuais plúrimas e coletivas, etc.

Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo⁵⁷, em recente artigo, criticaram a reforma trabalhista conforme apresentada. Para eles, como resultado de inversão maliciosa ou irresponsável dos fatos e da própria funcionalidade real dos institutos, o Direito do Trabalho já foi inúmeras vezes acusado de culpado pelo desemprego e pelo insucesso econômico das empresas, quando, concretamente, são as normas trabalhistas que estruturam e permitem o funcionamento do capitalismo.

O discurso cansativo, monótono, pouco criativo e sem qualquer fundamento, segundo o qual os direitos trabalhistas, por meio de uma jurisprudência protetiva, ao

⁵⁶ https://ruanhcunha.jusbrasil.com.br/artigos/492102291/reforma-trabalhista-2017?ref=topic_feed, acessado em 07/03/2018, às 15h10

⁵⁷ <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/https://www.jorgesoutomaio.com/blog/mais-uma-do-ives-rifando-direitos-fundamentais-e-a-justica-do-trabalho>, acessado em 07/03/2018 às 15h19

avançarem demais provocaram o desemprego, não se sustenta sequer pela análise da própria jurisprudência afrontada pelo Ministro Ives em seu artigo, afinal, a jurisprudência trabalhista tem sido – com honrosas e não raras exceções – uma das principais vias pelas quais questões como o negociado sobre o legislado e a terceirização sem peias tem se tornado a realidade cotidiana de muitos trabalhadores.(idem)

Como se vê, independentemente do ponto de vista de cada um, o que se quer demonstrar é que temas como o que ora estamos a debater sempre materializam posições muito díspares e necessitam de um debate maior e de uma reflexão mais aprofundada, o que, infelizmente, é difícil de acontecer. Não obstante, quando os temas sensíveis à sociedade são levados a discussão, as ideias são propaladas considerando-se as posições mais extremas dos especialistas.⁵⁸

4.1 – Reforma Trabalhista – Aspectos Legais

Não é objeto deste estudo discorrer sobre a reforma trabalhista de forma aprofundada, mas discutir os aspectos legais referentes à terceirização, que, como dito, é fenômeno pelo qual uma empresa contrata outra para lhe fornecer mão-de-obra, em caráter permanente ou temporário.

No Brasil, até a vigência da Lei n. 13.429/17, só havia regulamentação de caráter geral da terceirização temporária, por meio da Lei nº 6.019/74. A Lei nº 7.102/83, trata de terceirização permanente, mas somente no serviço de vigilância e transporte de valores. A terceirização de caráter geral e permanente não era regulamentada no Brasil.

Diante dessa omissão, o TST editou a Súmula nº 331, considerando ilícita a terceirização da atividade-fim da empresa, salvo nos casos regulados pelas leis específicas já citadas. Contudo, a citada Lei nº 13.429/17 alterou a redação e acrescentou dispositivos da Lei nº 6.019/74.

Em sua nova redação, a Lei nº 6.019/74 passou a regulamentar, também, a terceirização de caráter geral e permanente (contrato de prestação de serviços a terceiros), ao lado da já existente regulamentação da terceirização temporária. No bojo da nova norma, identifica-se claramente o tratamento diferenciado conferido para

⁵⁸ <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>, acessado em 07/03/2018, às 15h14

a hipótese de trabalho temporário e para a prestação de serviços a terceiros (terceirização permanente).⁵⁹

Como não há qualquer limitação à atividade privada, entende-se que a Lei nº 6.019/74 aplica-se, também, à administração pública. A empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante “serviços determinados e específicos”. Sendo assim, não é possível a contratação de serviços sem identificação expressa do seu objeto por escrito no respectivo instrumento (art. 9º, inciso II).

Cassar⁶⁰ em recente artigo publicado sobre a Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista, entende que, a reforma começou timidamente, com um projeto de poucos artigos e se transformou numa grande mudança, não só da legislação trabalhista, mas também da estrutura do Direito do Trabalho, seus princípios e fundamentos. Ao longo da história, afirma, tem-se percebido que alguns temas mexem mais com os sentimentos das pessoas do que outros.

Para ela, vivemos um momento em que a humanidade vem passando por inúmeras mudanças de paradigmas, também a sociedade brasileira, todavia, de um modo geral, o que nos têm diferenciado com relação às outras sociedades é que no Brasil, não raro, as mudanças são casuísticas, além de representarem a vontade de um momentâneo grupo que se encontra, de plantão no poder, faltando-lhe, assim, a devida legitimação social material (e não formal). Esse modelo de imposição de vontade é que nos tem deixado apopléticos. (idem)

As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante passaram a ser regidas, expressamente pela Lei.6.019/1974, conforme dicção da Lei 13.467/2017. (Garcia (2017, p. 368)

Conforme visto anteriormente, o atual art. 4º-A da Lei 6.019/1974 considera como prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica

⁵⁹ : <http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/44-relacao-de-emprego/3960-nova-lei-da-terceirizacao-limites#ixzz4ghW1H5U4>, acessado em 10/05/2017, às 15h14.

⁶⁰ <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>, acessado em 07 de março de 2018, às 13h29

compatível com a sua execução. Logo, ficou superada a distinção entre atividades – fim e atividades-meio. (idem)

Entretanto, é importante a recordação sobre os aeronautas, pois, segundo ele, o art. 20 da Lei 13.475/2017, a função remunerada dos tripulantes a bordo de aeronave deve, obrigatoriamente, ser formalizada por meio de contrato de trabalho firmado diretamente com o operador de aeronave. (ibidem)

Conforme regra especial, não se admite a terceirização pelo operador de aeronave das atividades relativas à mencionada função de tripulantes a bordo de aeronave. Do mesmo modo, não é permitida a contratação dos referidos empregados pelo operador da aeronave de forma intermediada (por meio de terceiro) ou interposta, como ocorre no trabalho temporário. (Garcia (2017, p. 368)

Para ele, a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (idem)

Assim, a empresa prestadora de serviços não pode ser pessoa física, nem empresário individual, devendo, necessariamente, ser pessoa jurídica. Não pode figurar como contratada, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (art. 5º-B, Lei 6.019/1974). (ibidem)

Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Garcia (2017, p. 368)

De igual modo, que a lei estabelece requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, como prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), registro na Junta Comercial, capital social compatível com o número de empregados, observando-se os parâmetros estabelecidos.

Neste sentido, a nova lei estabelece que a contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

Essa previsão tem caráter meramente facultativa e são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A da referida Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades

da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições, a saber:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Contratante e contratada podem estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos no art. 4º-C da Lei 6.019/1974.

Trata-se de mera faculdade no caso de terceirização, diversamente da previsão imperativa quanto ao trabalho temporário. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada (prestadora) em número igual ou superior a 20% dos empregados da contratante (tomadora), esta pode disponibilizar aos empregados da contratada is serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (Garcia (2017, p. 369)

5 – TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

5.1 – Precarização ou Flexibilização das Relações de Trabalho?

Há muita polêmica no que pertence a nova lei. De um lado, há quem defenda que a regulamentação flexibiliza as relações de trabalho e traz benefícios e segurança jurídica para o empregado e empregador. Outros argumentam que a medida aumenta a precarização no mercado de trabalho.

Hélio Zylberstajn⁶¹, em artigo publicado sobre a terceirização, disserta que, no caso, a diferença é que o trabalhador terá a carteira assinada pela empresa prestadora de serviços e não mais pela companhia para a qual trabalharia diretamente. Para ele,

⁶¹ <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>

a própria Justiça não tinha um entendimento uniforme sobre o que distingue atividades-meio de atividades-fim, o que causava insegurança jurídica para as empresas.

Defende Barbosa Filho⁶², que a terceirização poderá aumentar a eficiência e produtividade das empresas. Do aumento da produtividade viria a redução de custos. Narra que, em determinadas atividades, pode haver um ganho de produtividade por conta da especialização em determinadas tarefas.

Em vez de a empresa ter que fazer ela mesma as atividades em que ela não é boa, ela poderá contratar outra empresa especializada naquela tarefa, que tem *know how* e experiência em fazer exatamente aquilo. Segundo ele, o principal efeito será o aumento da competitividade das empresas brasileiras⁶³.

Um estudo da Universidade de São Paulo (USP) mostra que a terceirização não significa precarização do mercado de trabalho, como argumentam as centrais sindicais. De acordo com o estudo “Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil”, de autoria dos economistas Hélio Zylberstajn (FEA-USP), Eduardo Zylberstajn (EESP-FGV) e Guilherme Stein (Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser), o trabalhador que passou para uma empresa terceirizada teve uma perda salarial média de 2,3 %.⁶⁴

Defensores da nova lei sustenta que ela trará mais segurança jurídica para as empresas e os cerca de 12 milhões de trabalhadores terceirizados que existem no país. Como atualmente não havia legislação específica que regule esses contratos de trabalho, as regras foram estabelecidas por meio de decisões da Justiça do Trabalho. Garante, ainda, maior segurança jurídica. Isto é essencial para as empresas que buscam, na terceirização, uma alternativa para serviços especializados e o aumento da competitividade".⁶⁵

Segundo o economista, há uma generalização feita pelas centrais sindicais de que a terceirização reduz os salários em 25%, o que, garante, não é verdade. A Central Única dos Trabalhadores (CUT), por exemplo, é contra a terceirização.⁶⁶

⁶² <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>

⁶³ idem

⁶⁴ <https://oglobo.globo.com/economia/terceirizacao-nao-precariza-emprego-aponta-estudo-da-usp-21781582>, acessado em 14/03/2018 às 16h54

⁶⁵ <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305>, acessado em 11/05/2017, às 19:25

⁶⁶ idem

O estudo conduzido pela Universidade de São Paulo (USP) revela que os efeitos da terceirização variam de acordo com o setor analisado. Segundo o economista Hélio Zylberstajn, da FEA-USP e um dos autores do levantamento, em segmentos onde o nível de qualificação exigido do trabalhador é maior, as diferenças salariais para quem passa a ser terceirizado tendem a ser menores⁶⁷.

Para ele, o setor de pesquisa e desenvolvimento é um exemplo. Pela pesquisa, quem passou a prestar os serviços em uma empresa terceirizada viu o rendimento cair 2,47%. Já no caso do telemarketing, o recuo chega a 8,81%.

O estudo “Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil” traz ainda outros quatro setores analisados. No caso de segurança/vigilância, a terceirização elevou o salário em 4,94%. Para os trabalhadores de montagem e manutenção de equipamentos, a terceirização reduziu o salário em 5,94%.

Percentuais semelhantes de queda foram observados nos setores de limpeza e conservação (5,95%) e tecnologia da informação (5,48%).

Para alguns autores, a terceirização está ligada a uma modernização da produção, ela representa um dos caminhos mais avançados da empresa moderna. Nesta visão, Terceirizar é olhar em volta, por cima e além dos muros, conviver mais com a comunidade, aumentar as trocas, estimular surgimento de novos empresários, melhorar a renda da comunidade, combater também desta maneira a pobreza e a fome. Estes autores encaram como vantajoso terceirizar desde que as empresas saibam administrar de maneira correta. Segundo Leiria e Rahde (1992, p. 74) devem-se seguir os seguintes passos para terceirizar⁶⁸:

Planejamento: “estudo e identificação das áreas terceirizáveis”; “formação de perfil do terceiro”; “cronograma de ação do processo de terceirização”. - Ação: “cadastramento de empresas prestadoras de serviço”; “determinação da espécie jurídica do contrato (...)”. - Controle: “acompanhamento da execução do contrato”; “desenvolvimento/acompanhamento periódico (...)”.

Desse modo, essa prática está diretamente ligada a uma ideia de parceria, em que se deve ter um acompanhamento da prestação de serviço, para uma constante

⁶⁷ *ibidem*

⁶⁸ <http://bdm.unb.br/handle/10483/4955>, acessado em 19/03/2018.

avaliação, propondo mudanças e melhorias, necessitando de uma mudança na cultura empresarial⁶⁹.

Assim, a terceirização na produção está ligada a um processo que se desenvolve em longo prazo. E, nesse mesmo sentido, a subcontratação de terceiros não está relacionada diretamente com a redução de custos, mas com a construção de relações ágeis e duráveis, de contratos que enfrentem com sucesso os desafios do presente e do futuro⁷⁰.

Outro aspecto importante é quanto às demissões devido à redução de empregados do quadro da empresa versus terceirização de atividades. Quando se referem ao setor privado, colocam que terceirizar jamais gera uma diminuição de empregos na comunidade, pois a criação de novas empresas estimula cada vez mais a necessidade da mão-de-obra especializada e, portanto, melhor remunerada.⁷¹

Alvarez (APUD Guimarães, p. 49) argumenta que as demissões ocorrem devido à necessidade de amenizar os impactos dos custos e que por muitas vezes acontecerem concomitantemente com a inclusão da terceirização pode resultar na conclusão que as causas das demissões estão ligadas a terceirização:

O que se percebe, contudo, é que o que pretendem é demitir, sendo a terceirização apenas o motivo aparente. [Se] não fosse ela, demitiriam do mesmo jeito. Por outro, é ingênuo pensar que a demissão seja um ingrediente ausente na terceirização; entretanto, seu processo dispõe de alguns mecanismos para minimizar esse impacto, já que seu propósito não é esse (ALVAREZ, 1996, p. 90).

Assim, para estes autores, ainda que as demissões possam ser influenciadas pela terceirização, as pequenas e médias empresas podem incluir esses empregados em seus quadros.

Desse modo, terceirizar também significaria gerar emprego. Além disso, ainda há o incentivo a tornar os ex-funcionários empreendedores, por intermédio de cooperativas, em que estes recebem alguns incentivos e orientações das empresas para serem donos de si mesmo, prestando serviços ou vendendo produtos para essas empresas.

⁶⁹ idem

⁷⁰ ibidem

⁷¹ idem

A terceirização ocorre por meio de pequenas, médias e grandes empresas. Porém, há uma tendência, um incentivo ao funcionamento das pequenas empresas, que apesar de também terem alguns problemas, tem as seguintes vantagens: possibilita a melhor participação e envolvimento dos funcionários em prol da produtividade; estão incorporando cada vez mais as novas tecnologias; tem avançado em termos de sua capacidade gerencial; possibilitam alianças estratégicas com menores riscos; tem facilidade na aproximação com seus clientes; possui baixo impacto ambiental⁷².

Defendem ainda⁷³, que há aspectos positivos e negativos da terceirização. Quanto aos positivos: diminuição do desperdício; aumento da qualidade; desmobilização; diminuição da corrupção interna e externa; diminuição do poder “político” interno e externo; aumento da especialização; aumento do lucro; liberalização da criatividade; otimização dos serviços; melhor administração do tempo da empresa; relação com sindicatos; redistribuição de renda; aumento da produtividade; aumento da competitividade; desmobilização para greves; diminuição das reclamações trabalhistas; aumento da agilidade da organização; aumento da motivação e entre outros.

Quanto aos aspectos negativos, os autores destacam poucos, tais como: aumento de risco a ser administrado; dificuldades no aproveitamento dos empregados já treinados; demissões na fase inicial; mudança na estrutura do poder; falta de parâmetros de preço nas contratações iniciais; custo das demissões; relações com sindicatos; má escolha de parceiros; má administração do processo e aumento da dependência de terceiros. Uma questão importante é pensar quais os motivos para as empresas utilizarem a terceirização.

O Dieese (2007, p. 78), ressalta as principais razões que levam as empresas a terceirizar: necessário para o sucesso das inovações organizacionais e gerenciais pretendidas; o processo permite concentrar esforços no core business (razão de ser da empresa); devido à redução de custos ou transformação de custos fixos em custos variáveis; possibilita a “simplificação dos processos produtivos e administrativos; devido à empresa terceira encontrar soluções mais criativas e menos onerosas.

⁷² Op.cit

⁷³ Op. cit

De outra banda, há sustentação que a terceirização permite a precarização do trabalho⁷⁴. Entende que, se a empresa terceiriza um trabalho, ela dispensa dez trabalhadores e contrata [por meio de uma empresa terceirizada] outros dez para fazer o trabalho daqueles, de modo que esta contratação será mais barata para o empregador, sendo certo que esta diminuição de custos sairá do salário do trabalhador.

Outro argumento contrário à terceirização é que os salários de terceirizados tendem a ser menores do que os de funcionários contratados. Segundo um estudo publicado pelo IPEA em 2015, assinado por Guilherme Stein, Eduardo Zylberstajn e Hélio Zylberstajn, os trabalhadores terceirizados recebem em média um salário 17% menor do que em caso de contratação direta.

A argumentação é que que isso acontece exatamente pelo fato de, há época, apenas as atividades-meio serem terceirizadas – normalmente, são cargos de menor qualificação e que dão apoio à empresa ou ao trabalhador que cumpre a chamada atividade-fim.

Por outro lado, os trabalhadores contratados pelas terceirizadas não necessariamente responderão ao mesmo sindicato dos funcionários contratados diretamente. No caso de funcionários de um banco, eles não necessariamente seriam filiados ao Sindicato dos Bancários. Se a empresa se coloca dentro da área de processamento de dados, todos os funcionários ficariam sob esse sindicato – podendo, inclusive, obedecer a outro piso salarial⁷⁵.

Críticos da ampliação da terceirização dizem que esse modelo vai provocar a precarização das condições de trabalho. Segundo estudo feito pela CUT (Central Única dos Trabalhadores) e o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) a partir de dados de 2013 do Ministério do Trabalho, terceirizados trabalham em média três horas a mais por semana que os contratados diretos, ao mesmo tempo em que ganham salários em média 25% menores.

Os autores da pesquisa, porém, concluem que outros fatores impactam essa diferença, como disparidades no nível de escolaridade dos trabalhadores, idade,

⁷⁴ [Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo \(TRT-2\), Wilson Fernandes, http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html](http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html)

⁷⁵ <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>, acessado em 12/05/2017, às 11:14

gênero, cor, tempo de serviço, entre outras. Quando excluídos esses fatores, calculam, a diferença cai para 3% em média.⁷⁶

Os críticos à ampliação da terceirização, por sua vez, dizem que o único fator que de fato gera emprego é o crescimento econômico. Segundo eles, eventuais economias geradas pela terceirização para as empresas serão convertidas em aumento das margens de lucro, e não em mais contratações.

Existem entendimentos, que a terceirização da atividade-fim implicará em riscos aos direitos e a saúde do trabalhador, além de ser um caminho para o nepotismo na Administração Pública e também para a precarização das relações trabalhistas.

Outro ponto desfavorável diz respeito a vinculação sindical. Em regra, os empregados terceirizados são vinculados a sindicatos bem mais fracos e que possuem direitos bem inferiores aos das empresas tomadoras.

De outro lado, a Justiça do Trabalho nos revela que grande parte dessas empresas prestadoras de serviços são pequenas e sem grande fôlego patrimonial, o que as torna vulneráveis perante o mercado. Isso tem duas consequências: primeiro, certamente o valor salarial do empregado cairá pela pressão do contrato comercial realizado entre as empresas contratante e contratada e por segundo, ausência de estofamento financeiro para honrar e garantir obrigações (inclusive vinculadas ao ambiente e segurança do trabalho). O que pode ocasionar tanto a quebra da empresa como a elevação do número de acidentes.⁷⁷

Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo⁷⁸ esclarecem que a Justiça do Trabalho, embora contribua para uma flexibilização destrutiva, tem sabido impor limites importantes ao avanço de falsas negociações que implicam mera renúncia à ordem constitucional vigente.

Afirma ainda:

Os direitos trabalhistas precisam, concretamente, avançar e não retroceder. Além disso, qualquer direcionamento econômico deve respeitar os “ditames da justiça social”, diz o artigo 170 da mesma Constituição e a livre iniciativa

⁷⁶ idem

⁷⁷ <http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/terceirizacao-pode-gerar-queda-de-ate-27-nos-salarios-precario-das-relacoes-trabalhistas-e-nepotismo-avaliam-especialistas/acessado> em 19/03/2018

⁷⁸ <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mais-uma-do-ives-rifando-direitos-fundamentais-e-a-justica-do-trabalho>, acessado em 07/03/2018 às 15h19

está vinculada a um valor social (art. 1º. IV), assim como a propriedade possui uma função social (art. 5º, XXIII).

E, de fato, a jurisprudência citada pelo Ministro não criou direitos, apenas impediu que direitos dos trabalhadores fossem negados por práticas administrativas empresariais, o mesmo se dando com as invalidações de normas coletivas, afinal, autonomia negocial não é fundamento para se negarem os parâmetros mínimos da proteção jurídica social, até porque a proteção não diz respeito aos interesses exclusivos dos trabalhadores e sim ao modelo de produção capitalista em geral, o qual requer padrões de concorrência, com limites mínimos de exploração do trabalho, para que não acelere sua lógica autofágica.

Ora, se um grande conglomerado econômico, com milhares de empregados, pudesse usar sua força para coagir, por meio da ameaça de desemprego em massa, os representantes sindicais para aceitarem condições de trabalho abaixo do padrão mínimo legal, o efeito negativo dessa situação não atingiria apenas os trabalhadores, mas a todas as demais empresas que, sem a mesma força coativa, não conseguiriam chegar ao mesmo patamar de exploração do trabalho. Essa possibilidade favoreceria os grandes conglomerados econômicos, providos pelo capital estrangeiro, e promoveria uma piora na já combatida distribuição da renda produzida, tudo em detrimento de empresas e empregos, e, claro, com o conseqüente aumento do sofrimento cotidiano dos trabalhadores.

Sustenta, por fim, que a realidade nacional, vinda desde os primórdios da República, sem falar, é claro, dos 388 anos de escravidão, é a do intenso sofrimento da classe trabalhadora, dentro de um contexto de uma ordem jurídica trabalhista que jamais foi aplicada concretamente e que vem se decompondo desde 1965, com a criação sucessiva de diversos mecanismos de retração de direitos, sempre sob o mesmo argumento da necessidade de se reformar uma ordem jurídica anacrônica, para favorecer a “saúde das empresas” e “aumentar o nível do emprego”.

Segundo pesquisa realizada pelo DIEESE, publicada em maio de 2015, com o título “A saúde do trabalhador no processo de negociação coletiva no Brasil”, muitas cláusulas dos acordos e convenções coletivas apenas reproduzem o que está previsto em lei.

Há poucos avanços e, ainda assim, as poucas conquistas não são observadas na prática das relações de trabalho. O estudo evidencia que a negociação coletiva é

uma “ferramenta de intervenção, com o potencial de obter avanços significativos. Estão, portanto, muito distantes do princípio básico cristão, de tratar a todos, sem distinção, como irmãos, uma vez que meramente alimentam a visualização econômica imediatista de que os trabalhadores não são nada além do que força de trabalho a serviço do capital⁷⁹.

A flexibilização das normas de direito do trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio de modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. (Martins, 2017, p. 51).

Para fiscalizar essa flexibilização, essa maleabilidade, o sindicato para a deter o papel principal, ou seja, a participar das negociações coletivas que irão conduzir ao acordo ou convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas. (idem).

A Constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho, determinando que: os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º VI); compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII); o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas poderá ser feito por intermédio da negociação coletiva. (ibidem)

O inciso XXXVI do art. 7º do Estatuto Supremo reconheceu não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho. Como se vê, a flexibilização de certas regras do Direito do Trabalho só pode ser realizada com a participação do sindicato, podendo tanto ser instituídas condições de trabalho *in melius*, para melhor (redução da jornada), como *in peius* para pior (aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento ou redução de salários). (Op. cit)

Flexibilizar não tem, portanto, por sinônimo, desregulamentar, pois é possível, inclusive, flexibilizar por meio de legislação, como o faz a Constituição (art.7º, VI, XIII,

⁷⁹ idem

XIV). Consiste a flexibilização exatamente em menor rigidez da legislação, propiciando adaptações no trabalho, em razão das modificações sociais e econômicas. (Op. cit)

No entanto, apesar do que foi exposto, surge outra forma de flexibilização das relações laborais, por meio da terceirização, não exatamente com essa denominação, no início, mas o que importa é que outros países a têm utilizado e isso chegou ao nosso país. A terceirização também surge como forma de compatibilizar a eficácia econômica com os novos métodos de gestão de mão de obra e também com as inovações tecnológicas. (Op. cit)

Assim, verifica-se que a contratação de terceiro para prestar serviços à empresa também é uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas. É incentivado, portanto, o trabalho em tempo parcial, ocasional ou precário.

Entretanto, na terceirização muitos direitos trabalhistas são perdidos, principalmente a carteira assinada e os benefícios decorrentes do contrato de trabalho, o que não deixa de ser uma forma de flexibilização desses direitos, mormente diante da diferenciação das situações, que trazem inclusive situações *in peius* ou *in melius* ao trabalhador. Daí se verifica a participação do sindicato nesse aspecto, porque, realmente, está preocupado com o tema. (Op. cit)

Pedro Vidal (APUD Martins, 2017, p. 52 e 53) afirma que a flexibilização não consiste em suprimir direitos já adquiridos, mas em interpretar e aplicar as normas jurídicas conforme suas finalidades e atentando para as peculiaridades de cada caso concreto.

Martins (idem) arremata que em razão das inovações tecnológicas e da competitividade no mercado internacional, a empresa moderna só irá sobreviver se conseguir reduzir seus custos, de modo que possa competir no mercado, tanto interno como externo. Para isso, é necessária a adaptação da realidade do caso concreto à situação jurídica existente no país, que pode ser feita pelos processos de flexibilização, de modo, inclusive, a cumprir a finalidade social que se dirige a aplicação da norma e das exigências do bem comum. (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Filiamos-nos ao pensamento de que o dissenso que se estabelecerá num primeiro momento servirá para demonstrar a indeterminabilidade do direito sob análise judicial e, conseqüentemente, se colocará em dúvida a possibilidade de obtenção de

uma resposta correta, o que nos leva a dizer que as respostas serão apenas razoáveis. Enfim, são problemas de que não podemos nos esquivar, e, por via de consequência, para os quais se busca a análise da parte processual da reforma levando em consideração boa parte das premissas mencionadas⁸⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Oliveira⁸¹ considera, pensamento ao qual nos filiamos, que o fenômeno da terceirização é irreversível no mundo, uma vez que está ligado justamente à forma de organização da produção. A ideia que no passado haviam empresas que faziam tudo internamente. Hoje, contudo, existem redes coordenadas, economias aglomeradas em determinado espaço e polos de redes tecnológicas.

A terceirização permite o fortalecimento da economia nacional com a geração de novas oportunidades de emprego, e não precisa estar associada à perda de direitos para os trabalhadores. Por essa razão, cristaliza que ser contra a terceirização é ser contra a algo positivo, como serviços de melhor qualidade para o consumidor, a geração de empregos formais e oportunidades de negócios para as pequenas empresas.

No Brasil, 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.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a terceirização é fenômeno inevitável às novas relações de trabalho, entretanto, merece cautela com as novas implantações. Muitas controvérsias e interpretações divergentes surgirão, principalmente com a permissão de terceirizar a atividade-fim.

Por certo, essa discussão está superada, tendo em vista que a Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, foi expressa ao determinar a possibilidade de terceirização da atividade-fim, com claro espeque no art.4º-A, que considera prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

⁸⁰ <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/em> 19/03/2018

⁸¹ Idem, acessado em 25/05/2015, às 23h07

Percebe-se, portanto, que a questão está longe de uniformidade. O direito à livre contratação, consagrado em nosso ordenamento jurídico por boas razões econômicas e sociais, é elemento fundamental do sistema de livre iniciativa e liberdade econômica. A divisão e a especialização do trabalho como ferramentas essenciais para a eficiência e, conseqüentemente, para o crescimento econômico, é à base do bem-estar social⁸².

De fato, é plausível que pela primeira vez uma lei, de modo objetivo, regula o tema da terceirização na atividade-fim. A flexibilização das relações de trabalho já foi alvo em diversos episódios jurídicos do nosso ordenamento jurídico, a legislação brasileira se quedou inerte durante décadas, vindo a regular efetivamente sobre a terceirização através da súmula 331 do TST.

Em que pese todas as discussões em lume, agora há uma legislação regulamentando um fenômeno que ocorria há décadas do Brasil. O direito não poderia ignorar essa realidade.

Já se verificava uma série de procedimentos de flexibilização no direito do trabalho brasileiro. A terceirização não deixa de ser uma forma de flexibilização trabalhista. São exemplos: a subempregada, a locação de mão de obra que pode ser a prevista para a vigilância bancária (Lei 7.102/1983, o trabalho temporário (Lei. 6.019/1974), o trabalho em domicilio (art. 6º e 83 da CLT), o contrato por prazo determinado (art. 443 e seu §2º da CLT), o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT), o contrato técnico estrangeiro (Decreto Lei 691/1969), o contrato de safra (Lei. 5.889/1973, art.14) e o estágio (Lei. 11.788/2008).

O próprio Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar 123/2006) também pode ser considerado uma forma de flexibilização.

Martins (2017, p.50), foi feliz ao afirmar que a tendência da flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós –industrial revelando uma expansão do setor terciário da economia.

Assim, deveria haver uma proteção ao trabalhador em geral, seja ele subordinado ou não, tanto o empregado como também o desempregado. É nesse

⁸² <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI142804,81042-Primeira+audiencia+publica+do+TST+discute+a+terceirizacao+de+mao+de>, acessado em 25/05/2015, às 22h59.

momento que começam surgir contratos distintos da relação de emprego, como contrato de trabalho em tempo parcial, de temporada, de estágio etc.

Vemos com olhos razoáveis os fundamentos da lei neste sentido, ao afirmar que não pode figurar como contratada, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (art. 5º-B, Lei 6.019/1974).

De igual modo, a lei estabelece requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, como prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), registro na Junta Comercial, capital social compatível com o número de empregados.

Ponto dorsal da terceirização da atividade-fim é a possibilidade da contratante e contratada estabelecerem, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos no art. 4º-C da Lei 6.019/1974.

Sabemos que trata-se de mera faculdade no caso de terceirização, diversamente da previsão imperativa quanto ao trabalho temporário. Martins, (2017, p. 231) em excelente explanação, corrente que adotamos, pensa que os abusos devem ser coibidos e as fraudes não podem ser toleradas por ninguém, mormente pelo poder judiciário.

Mesmo sendo lícitas as atividades descritas na lei n. 6.019/1974 e na Lei 7.102, se houver fraude, a jurisprudência inclina-se a coibir os abusos cometidos, inclusive dizendo que o vínculo forma-se com a empresa tomadora dos serviços, naquele caso.

Pode se aplicar a teoria do abuso de direito às empresas que constituírem empresas distintas, com os mesmos sócios, apenas para não pagar determinados direitos trabalhistas a seus funcionários, o que irá atrair a aplicação do art. 9º da CLT. Daí, o cuidado que deve ter não só na elaboração dos contratos de prestação de serviços com terceiro, na verificação da realidade fática, como também na subordinação existente entre as partes.

Afirma ainda, (2017, p. 223)

O Direito do Trabalho tem o sentido de verificar a observância da norma legal e orientação e aplicação, seguindo, assim, o sentido estrito da palavra “fiscalizar”. Para ele, o fiscal do trabalho, porém, não tem apenas a função de

aplicador de multas ou de fiel cumpridor das leis, mas também a de orientador, visando mostrar às empresas como a lei deve ser aplicada, principalmente se tratando de legislação recente. Na verdade, o fiscal do trabalho vai mostrar às empresas os erros cometidos, para que se enquadrem na legislação trabalhista, inclusive quanto à medicina e segurança do trabalho. Normalmente, o fiscal do trabalho também tem como função verificar as condições de trabalho que ainda não foram regulamentadas pela legislação, mas que posteriormente possam ser objeto dessa regulamentação. O fiscal terá por função principal orientar as empresas na aplicação das leis trabalhistas e, se elas não forem cumpridas, multar os infratores, tendo livre acesso às dependências da empresa. Os aspectos mencionados trazem uma relação da fiscalização trabalhista com a terceirização, pois pode haver problemas trabalhistas em relação à empresa terceirizante, se não forem tomados certos cuidados.

Destarte, entendemos que a terceirização deve ser observada como um instituto inevitável, irreversível ao direito do trabalho, contudo, deve-se analisar perfunctoriamente as mudanças e impactos que causa nas relações de trabalho no Brasil.

Trata-se de fenômeno mundial, amplamente crescido em todo mundo, entretanto, no direito brasileiro, deve cuidadosamente se aplicar observando o contexto histórico, os fundamentos constitucionais, as conquistas trabalhistas alcançadas, de modo a atender o interesse de todos os envolvidos, (empregado, empregador e sociedade), afirmando, assim, a segurança jurídica.

Martins (2017, p.232), se posiciona com um conceito peculiar neste sentido:

A verdadeira terceirização deve ser entendida como parceria, cooperação entre o prestador de serviços e tomador desses serviços. As partes envolvidas são verdadeiros parceiros comerciais, quem têm inter-relação e coparticipação para atingir um fim comum: produção de bens e serviços para o mercado. Seria o caso, então, de se falar em “parceirização”, desde que o parceiro seja pessoa idônea financeiramente e não existam os elementos tipificadores da relação de emprego. Não se confunde, portanto, a verdadeira terceirização como intermediação ilícita de mão de obra. O objetivo da terceirização não é terceirizar pessoas, mas serviços.

O STF, no julgamento sobre o tema, permitiu que as empresas que contratem outras pessoas jurídicas terceirizadas para a sua atividade-fim, não correndo mais

o risco desta terceirização ser declarada nula unicamente com base neste critério, visto que a fixação de tese com repercussão geral vincula todas as ações judiciais com o mesmo objeto⁸³.

A fiscalização trabalhista se coloca como fator elementar para impedir o desvirtuamento da aplicação legal. Num olhar técnico, é possível entender que a Lei 13.467/2017, no aspecto terceirizante, se posta positivamente, devendo ser efetivamente cumprida aplicando-se a finalidade social da norma.

Os argumentos invocados contra a terceirização indicam que o problema não está no instituto em si, mas sim em sua contratação abusiva ou manifestamente ilegal. Assim, a terceirização, como um instrumento jurídico não representa precarização do trabalho.

Perfilhamos o entendimento que a terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade⁸⁴.

Outrossim, a terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações⁸⁵.

O que deve ser analisado, também, é que não se poderá admitir, sob o pretexto da terceirização, afronta aos direitos dos trabalhadores, assegurados no art. 7º da Constituição Federal. A terceirização da atividade-fim deve, contudo, ser aquilatada com rigor, com alvoo a coibir os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação (art. 9º da CLT).

⁸³ <https://www.conjur.com.br/2018-ago-23/terceirizacao-nao-precarizacao-trabalho-barroso>, acesso em 24/02/2019.

⁸⁴ <https://www.conjur.com.br/2018-ago-23/terceirizacao-nao-precarizacao-trabalho-barroso>, acesso em 24/02/2019.

⁸⁵ idem

REFERÊNCIAS

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. Edição. Salvador, JusPODIVM, 2011.

<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/57140/principais+diferencas+entre+trabalho+temporario+e+terceirizacao+de+servicos.shtml>, acessado em 06/05/15, às 23h57min.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2011.

<http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>, acessado em 26/04/15, às 19h00.

http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5388/005_basso.pdf?sequence=5, acessado em 26/04/15, às 17h38.

<http://sensoreconomicobrasil.blogspot.com.br/2012/07/o-desafio-da-terceirizacao-no-brasil.html>, acessado em 26/04/15, às 19h40.

<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/viewFile/32/31>, acessado em 26/04/15, às 16h30.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª. Edição. Salvador JusPODIVM, 2012.

GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso do Direito do Trabalho - 12ª Edição**, São Paulo, LTR, 2012.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso do Direito do Trabalho - 05ª Edição**, São Paulo, LTR, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático** - 17ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

<http://www.infoescola.com/filosofia/raciocinio-dedutivo/>, acessado em 31/05/15, às 20h05

GRAVATÁ, Isabelli. **CLT Organizada** - 06ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

BOMFIM CASSAR, Vólia. **Curso do Direito do Trabalho - 06ª Edição**, São Paulo, Impetus, 2009.

<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/44998/livre-iniciativa>, acessado em 25/04/15, às 22h45.

ROBERTO GONCALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro** - 09ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

<http://www.webartigos.com/articles/1744/1/a-terceirizacao-e-a-administracaopublica/pagina1.html>, acesso em 26/04/15, às 18h16.

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**- 14ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/terceirizacao-forma-de-gestao-de-trabalho-ou-meio-de-comodacao-da-producao-capitalista>, acessado em 26/04/15, às 17h32.

<http://sensoreconomicobrasil.blogspot.com.br/2012/07/o-desafio-da-terceirizacao-no-brasil.html>, acessado em 26/04/15, às 19h40.

Seminário Internacional de Direito do Trabalho, disponível em
:<http://s.conjur.com.br/dl/terceirizacao-cedes.pdf>, acessado em 27/04/15, às 21h37.

<http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/felipe-santa-cruz-lei-terceirizacao-transforma-excecao-regra>, acessado em 17/05/15, às 23h24.

<http://jus.com.br/artigos/38364/a-terceirizacao-no-brasil>, acessado em 17/05/2015, às 00h07.

<http://jus.com.br/artigos/38036/terceirizacao-trara-maior-seguranca-fisica-ao-trabalhador#ixzz3aSOtomaq>, acessado em 17/05/2015, às 00h27

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8B2469295822FABDB1C3FE58AFB093DE.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004, acessado em 18/05/2015, às 01h43

<http://www.infoescola.com/geografia/globalizacao/>, acessado em 23/05/2015, às 19h27

<http://atento-brasil.blogspot.com.br/2010/04/origem-do-call-center.html>, acessado em 23/05/15, às 21h01

<http://www.gestaocallcenter2011.no.comunidades.net/index.php?pagina=1174899568>, acessado em 23/05/15, às 22h35.

<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-urgente-modernizacao-das-relacoes-de-trabalho-imp-,1669983>, acessado em 18/05/15, às 01h01

<http://csbbrasil.org.br/almir-pazzianotto-defende-a-regulamentacao-da-prestacao-de-servico-para-combater-a-precarizacao/>, acessado em 18/05/15, às 01h06

<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-urgente-modernizacao-das-relacoes-de-trabalho-imp-,1669983>, acessado em 18/05/15, às 01h22

<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-urgente-modernizacao-das-relacoes-de-trabalho-imp-,1669983>, acessado em 18/05/15, às 01h27

<http://csbbrasil.org.br/almir-pazzianotto-defende-a-regulamentacao-da-prestacao-de-servico-para-combater-a-precarizacao/>, acessado em 18/05/15, às 01h31.

<http://www.portalcallcenter.com.br/index.php/2014-05-26-18-19-54/2014-05-26-18-49-00/5273-a-historia-do-telemarketing-e-call-center-da-fase-artesanal-ao-canal-de-relacionamento>, acessado em 23/05/15, às 23h01.

<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/44-relacao-de-emprego/3959-mitos-e-verdades-sobre-a-terceirizacao-uma-analise-racional#ixzz4gygJLFgC>

SILVA NETO, **José Borges da**, disponível em http://www.portal.ic.ufu.br/mestrado/ie_dissertacoes/2005/4.pdf, acessado em 23/05/2015, às 00h12.

BOSCO MEDEIROS, João. **Redação Científica**. 11ª. Edição. São Paulo, Atlas, 2010.

Vólia Bomfim Cassar, acessado em <https://www.facebook.com/VoliaBomfimCassar/posts/1111652638944852.11/05/2017>, às 19:44

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305>, acessado em 11/05/2017, às 19:25

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 416, acessado em http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim#_ftnrefl, 11/05/2017, às 19:31

<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>, acessado em 12/05/2017, às 11:14

<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>

Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo (TRT-2), Wilson Fernandes, <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>

<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/entenda-o-efeito-da-lei-da-terceirizacao-para-o-trabalhador.html>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339887>, acessado em 11/05/2017, às 18:48

<http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/44-relacao-de-emprego/3960-nova-lei-da-terceirizacao-limites>, acessado em 12/05/2017, às 10:53

http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim#_ftnrefl, acessado em 13/05/2017

<http://direitosbrasil.com/evolucao-do-direito-trabalhista-no-brasil/>, acessado em 13/05/2017

<http://ano-zero.com/direitos-trabalhistas/>, acessado em 13/05/2017

PINTO MARTINS, Sergio. **Terceirização no Direito do Trabalho**. 14ª. Edição. São Paulo, Saraiva-jur, 2017.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Reforma Trabalhista**. 02ª. Edição. Salvador, jusPODVIM, 2017.

BOMFIM CASSAR, Vólia. **Curso do Direito do Trabalho - 14ª Edição**, São Paulo, Método, 2009

Vade Mecum Saraiva, obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Cespedes e Fabiana Dias da Rocha – 24^a ed. São Paulo, 2017

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.flexibilizacao-das-normas-trabalhistas-limites-e-consequencias.56249.html>, em 19/03/2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm, acesso em 04 de março de 2018, às 15:45
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12455D4D33F9A65323D00C0BE6248132.proposicoesWebExterno1?codteor=1544128&filename=Avulso+-PL+6787/2016, acessado em 07/03/2018, as 14h44

https://ruanhcunha.jusbrasil.com.br/artigos/492102291/reforma-trabalhista-2017?ref=topic_feed, acessado em 07/03/2018, às 15h10

<http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>, acessado em 07/03/2018, às 15h14

<https://oglobo.globo.com/economia/terceirizacao-nao-precariza-emprego-aponta-estudo-da-usp-21781582>, acessado em 14/03/2018 às 16h54

<http://bdm.unb.br/handle/10483/4955>, acessado em 19/03/2018.

<http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/terceirizacao-pode-gerar-queda-de-ate-27-nos-salarios-precarizacao-das-relacoes-trabalhistas-e-nepotismo-avaliam-especialistas/> acessado em 19/03/2018