

Uni-FMU
Curso de Direito

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

KARIME VANESSA BERTON AKL

R.A. 456489/9

Turma 3109 A

Telefone: 3661-0994 /84355443

e-mail:karime@cn.unimed.com.br

SÃO PAULO

2006

KARIME VANESSA BERTON AKL

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Pedro Proscurcin.

São Paulo

2006

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: _____(____)

Argüidor: _____(____)

Argüidor: _____(____)

Aos meus pais Riad Semi
Akl e Neusa Aparecida Berton
Akl, pelo amor incondicional e
por toda a dedicação e paciência
na incansável missão de me
fazer uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Pedro Proscurcin por todos os ensinamentos, compreensão, apoio e dedicação, que foram primordiais para a conclusão deste trabalho.

Ao Dr. Riad Semi Akl, pelas lições de vida e de Direito, por ter me encorajado neste tema e pela dedicação na minha formação profissional.

Ao meu namorado Felipe, pelo contagiante amor ao Direito e por estar sempre ao meu lado.

SINOPSE.

Este trabalho tem por escopo analisar a Terceirização, com fundamento na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Falaremos sobre a origem terceirização, sua evolução histórica, abrangendo os precedentes que permitiram as alterações no Contrato de Trabalho, e as alterações que tornaram o fenômeno da Terceirização lícito.

Abordaremos também a figura do “marchandage”, a intermediação de mão-de-obra dotada de fraude, onde há o desprendimento do vínculo que une o empregado ao empregador, demonstraremos também a proximidade entre o “marchandage” e a Terceirização, e a linha tênue que separa a fraude do fenômeno previsto na Súmula 331 do TST.

Daremos destaque também as Responsabilidades Jurídicas na Terceirização, enfocando as hipóteses de Responsabilidade Solidária e Subsidiária, e finalizaremos com as medidas preventivas da Contratante para diminuição de riscos na contratação e os procedimentos a serem atendidos para atender a fiscalização do Trabalho.

SUMÁRIO

Introdução	P.09
Capitulo I– ORIGEM E CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	P.10
1.1 – Origem	P.10
1.2 - Conceito	P.10
1.3 - Objetivos da Terceirização	P.11
1.3.1 – Terceirização como fenômeno Econômico	P.11
1.3.2 – Distorções da Terceirização	P.16
Capitulo II – A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO	P.17
2.1 Modelo de Produção Taylorista-Fordista e Toyotista	P.17
Capitulo III – MARCHANDAGE	P.25
Capítulo IV – TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	P.28
4.1 – CLT	P.28
4.2 – Leis relacionadas à Terceirização	P.29
4.3 – A Jurisprudência	P.32
4.4 – A Súmula 331	P.34

Capítulo V – RESPONSABILIDADES JURÍDICAS NA TERCEIRIZAÇÃO----	P.39
5.1 – A Responsabilidade -----	P.35
5.2 – Responsabilidade solidária da Contratante -----	P.39
5.3 – A Empresa Tomadora-----	P.41
5.4 – Responsabilidade Subsidiária-----	P.42
5.5 – Responsabilidade do Dono da Obra-----	P.46
5.6 – Reconhecimento do Vinculo Empregatício-----	P.47
Capitulo VI –FISCALIZAÇÃO NA TERCEIRIZAÇÃO -----	P.49
6.1 – Procedimentos para atender a Fiscalização do Trabalho----	P.49
6.2.-Medidas Preventivas da Contratante para diminuição de riscos.P	49
.	
CONCLUSÃO -----	P.53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	P.55.

INTRODUÇÃO

A idéia de terceirizar atividades na empresa baseia-se na busca da eficiência, na concentração em sua atividade-fim do negócio, transferindo a terceiros as atividades de apoio, ou atividades- meio.

No Brasil, a terceirização na forma de subempregada consta na própria CLT. O trabalho temporário e os serviços de vigilância também estão autorizados por leis especiais.

A Terceirização é, também, utilizada pelas empresas para diminuir custos de sua produção, fato que não deveria ser o objetivo mais importante, contudo a maioria das terceirizações ocorrem em função da redução de custos.

Entretanto, tal procedimento empresarial não pode ser utilizado para travestir a relação de emprego e os direitos sociais. A terceirização das atividades-meio das empresas veio a ser autorizada pela jurisprudência consubstanciada no Enunciado 331 da Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho. A terceirização pode ser ilegal em determinadas situações.

Na terceirização não pode existir a subordinação direta sob pena de formação de vínculo de emprego com a empresa tomadora. Deve-se, apenas, terceirizar atividades-meio das empresas sob pena de ferir a Consolidação das Leis do Trabalho. Mesmo esta terceirização pode ser ilegal.

CAPITULO I - ORIGEM E CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

1.1 ORIGEM

A terceirização surgiu no mundo capitalista, após a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o “outsourcing”¹, ou seja a terceirização surgiu para descentralizar mão de

¹ saída de atividades consideradas não essenciais para a atividade-fim da empresa.

obra nas indústrias bélicas, responsáveis pela produção de armamentos necessários àquela época.

Para atender essa necessidade, começou-se a delegar algumas atividades a empresas prestadoras de serviços, transferindo para terceiros a incumbência pela execução das atividades secundárias.

Todavia a organização da Terceirização atual passou por diversas fases até chegar à fase atual.

Em decorrência dessa necessidade, surgiu o “downsizing”², a primeira tentativa de adaptação, que consistia na redução dos níveis hierárquicos, redução de cargos , solução para agilizar a tomada de decisões das empresas.

No Brasil, a situação ficou mais complicada, além de passar a terceiros serviços secundários, buscou-se a redução de custo de pessoal.

1.2 CONCEITO

A terceirização trata-se de fenômeno trabalhista, envolvendo uma empresa, e um terceiro que será contratado para realizar serviço especializado, devendo esse serviço ser pertinente as atividades-meio da empresa que o contratou.

Essa contratação serve para desconcentrar as atividades secundárias, não essenciais, da empresa, para que a mesma possa dedicar-se integralmente à sua atividade-fim, fato que reduz os custos da empresa e aumenta sua lucratividade.

Coube a jurisprudência definir a atividade-meio e atividade fim, Washington L. da Trindade assim o fez: “Como atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação sócio-econômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.”¹

² processo decorrente das demissões nas empresas, em função da necessidade de reestruturação, seja por terceirização, seja por inovação tecnológica. A redução de pessoal teve como consequência necessária a redução de chefias, inclusive no nível de diretoria.

¹ Trindade, Washington, da; *Os Caminhos da Terceirização*, JORNAL TRABALHISTA, Brasília, 17.08.92, ano IX, nº 416, p. 869).

1.3 OBJETIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO.

Dentre os objetivos da terceirização temos a redução dos custos, as metas de melhoria da qualidade dos serviços e acesso a novas tecnologias e integração com a realidade do mercado - ou seja, saber o que o concorrente está fazendo.

A terceirização, segundo os mais recentes trabalhos doutrinários, se insere dentro de um fenômeno que assola as relações trabalhistas como um todo e seu principal aspecto é a flexibilidade, e conseqüentemente, à precarização das relações de trabalho.

“Sob o prisma empresarial, a necessidade de especialização, o desenvolvimento de novas técnicas de administração para melhor gestão dos negócios e aumento de produtividade e a redução de custos fomentam a contratação de serviços prestados por suas empresas, no lugar daqueles que poderia ser prestados pelos seus próprios empregados, expediente que pode trazer problemas trabalhistas e que se denomina terceirização.”²

1.3.1 A TERCEIRIZAÇÃO COMO FENÔMENO ECONÔMICO.

A terceirização, como fenômeno econômico, foi a forma menos dispendiosa que o capital encontrou para obter para seu empreendimento os mesmos resultados. Sua estratégia é a de exatamente contratar mão-de-obra especializada alheia, a baixo custo, que realize determinadas funções. O grande diferencial se encontra na natureza das funções a serem exercidas.

A dicotomia criada foi a distinção entre atividade-meio e atividade-fim. Essa distinção é o sustentáculo doutrinário do fenômeno da subcontratação ou terceirização,

² Nascimento, Amauri Mascaro: *Iniciação do Direito do Trabalho*, p. 174.

é através dela que se justifica a existência de fundamentos legais e a distinção do que seja a intermediação de mão-de-obra ou “marchandage”.

Já se disse que o fenômeno asseverado que consiste na existência de um terceiro especialista, chamado de fornecedor ou prestador de serviços, que, com competência, habilidade e qualidade técnica, presta serviços especializados ou produz bens, em condições de parceria, para a empresa contratante chamada de tomadora ou cliente. Nossa definição visualiza-se o fenômeno, fornecendo suas principais características e razões de sua existência, é uma definição do dever-ser.

Todavia, a realidade difere do estipulado em lei, por vezes. O terceiro que deveria ser o especializado na execução de atividades terceirizáveis, que se traduzem em sua atividade- fim, contrata mão-de-obra desqualificada e barata, oferecendo-a às tomadoras a um custo aviltante, sem condições, portanto, de executar o contrato, o que resulta na desfiguração da terceirização, transformada em marchandage.

A ocorrência desse fenômeno gera malefícios à parte hipossuficiente, cabendo citar a redução salarial, a insegurança no emprego, haja vista que existe rotatividade de mão-de- obra, a criação de empregos precários e eventuais, causa de desemprego e subemprego e por fim a possibilidade da existência de dois empregadores ou até mesmo a inexistência deste.

Ademais, a terceirização, amparada numa lei que pretendia regular o trabalho temporário, definido pelo art. 20 da Lei nº 6.019/74 como "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços", pretende transformar uma situação de exceção numa situação de regra.

Esse quadro, além de contemporizar com a sujeição do trabalhador a salários mais modestos pagos pela prestadora de mão-de-obra, normalmente menos sólida que

a tomadora, além de desvantagens outras, como a falta de um ponto fixo de referência do obreiro, que se torna um nômade do labor, deixa-o entregue à própria sorte, quando do inadimplemento de seus direitos pela empresa prestadora de serviços, criando-lhe uma situação no mínimo aviltante.

Como já observamos, não existe apenas uma forma de subordinação ou dependência do empregado ao empregador, pode existir a subordinação técnica, muito comum na subcontratação, quando o cliente-tomador determina ao empregado do fornecedor o modo como o serviço deverá ser prestado ou as propriedades do bem que ele irá produzir:

Segundo Mario de La Cueva: "... a subordinação do trabalho ao empresário não constitui um dado que estejamos em condições de aceitar ou repelir, mas um fato real que se impõe ao investigador do regime capitalista, de que constitui sua essência; e finalmente, a essência do elemento subordinação se funda na circunstância de que o empregador pode, a todo instante, dispor da energia de seus empregados, conforme convenha aos fins da empresa"³. Ora, dois são os que usufruem da energia despendida pelo empregado: o fornecedor, quando auferir rendimentos com a cessão daqueles que prestarão o serviço, e o tomador, usufruindo imediatamente dos resultados do trabalho do empregado do fornecedor.

Interessante notar que, além da simples subordinação jurídica, é relevante a dupla dependência econômica. Duas condições são necessárias para que se verifique esse estado: a) que aquele que fornece o trabalho dele tire o seu único, ou o seu principal meio de subsistência; b) que aquele que paga o trabalho absorva, por assim dizer, integral e regularmente, a atividade daquele que presta o trabalho. Ora, os rendimentos vêm mediatamente do tomador (com o pagamento ao fornecedor) e para este integral e regularmente vão os frutos do trabalho do empregado.

³ Lamarca, Antônio : *Curso Normativo do Trabalho*, , p. 105.

A questão da dificuldade da filiação sindical, direito garantido pelo art. 8º da CF/88, passa por alguns problemas cruciais como: dificuldade na identificação da base territorial, falta de identificação do trabalhador com a sua classe e o exacerbado individualismo, já que não há trabalho realizado coletivamente.

Sem dúvida, a terceirização é artifício para burlar, licitamente, as conquistas dos trabalhadores. Entretanto, como tais "conquistas", na verdade, não foram obtidas através do consentimento da classe trabalhadora, que relutou até onde pôde para se preservar.

Um ponto que vale a pena ressaltar é a questão do local de trabalho. Geralmente, o trabalho terceirizado acontece sempre no domicílio do tomador, e como o empregado do fornecedor não possui um vínculo com aquele para quem seu serviço será aproveitado, a possibilidade de mudanças no local de trabalho é um fato constante no cotidiano destes empregados.

Acompanho a posição de Sérgio P. Martins, que entende que a terceirização acabou virando uma ótima estratégia para administrar empresas, haja vista que muitas vezes ela é utilizada para organizar e criar métodos da atividade empresarial.

Os empresários, por vezes, encontram na terceirização a forma de diminuir a concorrência no mercado, posto que através dela há a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários. A classe empresarial encontrou neste prisma da terceirização, tudo o que precisava, redução de custos e disponibilidade de prestação de serviços.

Acompanham a teoria de Sergio Pinto Martins outros doutrinadores, valendo citar:

Rubens Ferreira de Castro, “A terceirização surgiu com técnica administrativa de empresas que busca maior competitividade através da melhoria da qualidade e do aumento da produtividade dos produtos e serviços, pela distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, podendo a tomadora concentrar-se em sua atividade principal.”⁴

Carlos Alberto Ramos de Queiroz a Terceirização é “uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é a sua atividade-fim, permitindo a estas concentrar-se no seu negócio, ou seja, no objeto final.”⁵

Não é discutido que a terceirização visa a concentração da força de trabalho e do “*know how*” das empresas em suas respectivas especialidades. A terceirização é uma forma de otimizar ao máximo a força produtiva dos homens, além de dissociar o homem do seu trabalho, pois, com a terceirização desaparece a vinculação do empregado para com o seu local de trabalho, com as suas ferramentas, com os seus companheiros de profissão.

Realmente é forma de baratear a produção, de agilizá-la e conseguir aproveitar ao máximo a mão-de-obra..

Dentre as vantagens da terceirização podemos mencionar além do desenvolvimento econômico, a busca de qualidade da atividade/serviço prestado, o aprimoramento da mão-de-obra e do sistema de custeio, maior lucratividade e por óbvio a diminuição de custos, todavia terceirizar também traz em seu bojo diversos fatores restritivos, acabando com a ilusão de utopia que a primeiro momento envolve muitas empresas.

⁴ Apud: Castro, Rubens, Ferreira de , *A terceirização no Direito do Trabalho*, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 85.

⁵ Apud: Castro, Rubens, Ferreira de , *A terceirização no Direito do Trabalho*, op cit. pgs.78 e 79.

Dentre estes fatores, falemos da dificuldade em se encontrar empresa idônea para prestação de serviços, haja vista que muitas empresas locadoras de mão-de-obra insurgiram no mercado objetivando obter lucros, sem especializar seus funcionários, o que pode acarretar uma parceria desleal e inúmeros problemas aos pólos da relação trabalhista, há também o risco de falta de coordenação segura dos contratos, falta de parâmetros dos custos internos, e principalmente o desconhecimento da legislação trabalhista..

1.3.2 DISTORÇÕES DA TERCEIRIZAÇÃO

É de interesse primordial salientar que as disposições legais da década de 70 acerca do trabalho temporário, cuja lei teve por objetivo regular o trabalho temporário - e não fazer concorrência com o trabalho permanente, simplesmente teve seu intuito invertido, pois ela foi a base legal para que o fenômeno da terceirização se alastrasse por todos os ramos produtivos: de fábricas a hospitais, de supermercados a metalúrgicas todas as atividades necessitavam de descentralização para poder sobreviver num mercado de agressiva concorrência, como o brasileiro.

CAPÍTULO 2 -A EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

Durante os últimos anos, as relações individuais de trabalho têm passado por várias modificações devidas à inovação tecnológica, as modificações radicais na organização da produção, os novos métodos de gestão da mão-de-obra, assim como as necessidades dos trabalhadores. Essa mudança teve como cenário o conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, que passou a discutir a relação de emprego "típica",

gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho "típica" é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo e cambiante, passou-se a propugnar um modelo contraposto: a terceirização.

Vejamos as considerações históricas a respeito da Administração e evolução do contrato de trabalho:

2.1 MODELO DE PRODUÇÃO TAYLORISTA-FORDISTA E TOYOTISTA

Com a 1ª Revolução Industrial – Inglaterra 1769, a mecanização da indústria têxtil começa a acontecer, incentivando e estendendo a substituição de mão-de-obra pelas máquinas nas fábricas, fator que multiplicou o número e tamanho das mesmas resultando obviamente no aumento do resultado de produção.

Já a 2ª Revolução Industrial, dá ensejo a um novo impulso na expansão do capitalismo financeiro, isso ocorreu devido ao nascimento da energia elétrica e o uso dos combustíveis de petróleo, cogitando – se então a criação e funcionamento de grandes organizações empresariais.

Frederick Taylor (1856-11915), teve um papel primordial nas relações trabalhistas, vejamos, engenheiro responsável pela teoria geral da Administração e pela Administração Operacional Científica, passou a analisar nesta escola os quesitos/critérios que derivam da aplicação de métodos científicos (observação, experiência, registro, análise) aos problemas da administração.

Taylor tinha como objetivo inicial eliminar os desperdícios nas indústrias, isso porque esse fator incidia diretamente na formação do preço final dos produtos, alcançando maior produtividade, menores custos e melhores margens de lucro, sendo o

primeiro a fazer uma análise completa do trabalho na fábrica, inclusive dos tempos e movimentos, de tal sorte que pode decompor seus movimentos e processo de trabalho, aperfeiçoando-os e racionalizando-os gradativamente. Ele treinou os operários, especializou-os de acordo com as fases do trabalho e estendeu esse treinamento também aos responsáveis pela supervisão e direção da fábrica.

Observou, igualmente, que o trabalhador mais diligente perdia o estímulo e o interesse ao receber remuneração igual ao que produzia menos e concluiu pela necessidade de criar condições para pagar mais ao operário que produzisse mais.

"Em seu livro "Gerência de Fábrica", Taylor expõe as seguintes conclusões:

1) O objetivo de uma boa administração é pagar salários altos e ter baixos custos unitários de produção.

2) A administração deve aplicar métodos científicos de pesquisa e experimentação, a fim de formular princípios e estabelecer processos padronizados que permitam o controle das operações fabris.

3) Os empregados devem ser cientificamente colocados em serviços ou postos em que os materiais e as condições de trabalho sejam cientificamente selecionados, para que as normas possam ser cumpridas.

4) Os empregados devem ser cientificamente adestrados para aperfeiçoar suas aptidões e, portanto, executar um serviço ou tarefa de modo que a produção normal seja cumprida.

5) Uma atmosfera de cooperação deve ser cultivada entre a Administração e os trabalhadores, para garantir a continuidade dessa ambiente psicológico que possibilite a aplicação dos princípios mencionados."⁶

⁶ http://maxpages.com/elias/A_Escola_Classica, em 02/03/2006.

Baseando em suas análises Taylor percebeu que, a baixa produtividade do trabalho não decorria apenas do operário, mas, também de um sistema defeituoso de administração enumerou as bases da administração científica:

- “1 – o estudo do tempo e padrões de produção
- 2 – a supervisão funcional;
- 3 – a padronização de ferramentas e instrumentos;
- 4 – o planejamento de tarefas e cargos;
- 5 – o princípio da exceção;
- 6 – a utilização de instrumentos para economizar tempo;
- 7 – fichas de instrução de serviço;
- 8 – a idéia de tarefa, associada a prêmios de produção;
- 9 – um sistema de classificação dos produtos e dos insumos (matéria prima, etc);
- 10- um sistema de delineamento das rotinas de trabalho.”⁷

Dentre seus seguidores daremos destaque a :

Henry Ford: - que idealizou a produção através de linhas de montagem, permitindo a expansão na escala da produção industrial; Dentre seus feitos temos que mencionar o estabelecimento do salário mínimo de cinco dólares por dia, para seus empregados e a jornada de oito horas de trabalho, quando, na Europa, a jornada ainda variava de dez a doze horas.

Através da idealização da linha de montagem, a produção em série e massa apareceu e foi fundamentada nos seguintes princípios:

- Princípio da intensificação (diminuir o tempo da fabricação e da comercialização)
- Princípio da economicidade (manter estoques reduzidos, alta velocidade de vendas)

⁷ http://maxpages.com/elias/A_Escola_Classica, em 02/03/2006

-Princípio da produtividade (aumentar a capacidade de produção dos trabalhadores, através da especialização e do trabalho conjugado)

Todavia o sistema descoberto e que num primeiro momento era encantador também tinha suas disparidades e passou também desvalorar o trabalhador, o filme “tempos Modernos” de Carlitos traduz claramente a exploração vivida àquela época.

O papel do trabalhador ficou extremamente prejudicado pois passou a ser uma simples peça no processo de produção, surgindo novamente necessidades de melhoria e mudanças nas relações de trabalho.

A flexibilização foi o próximo grande passo das relações de trabalho, continuemos portanto, o traçado da Evolução, sob este aspecto.

Como conceituado anteriormente, o objetivo da flexibilização, terceirização é a realização de serviços especializados, que serão transferidos a empresa tomadora, por custo efetivamente menor do que a contratação “típica”, direta, com isso existirá melhor qualidade do produto ou do serviço.

O princípio da tutela, ajudou a compor o conteúdo dos contratos individuais de emprego, esse principio foi concentrado durante longo período numa garantia de condições mínimas de trabalho, dentre as quais surgiu o obstáculo da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade do contrato, que visa a conservação da fonte do trabalho, a segurança econômica ao trabalhador e a perspectiva de incorporação aos quadros da empresa. Em consequência dessas garantias englobadas nos princípios, o Direito do Trabalho tende pela preferência aos contratos de duração indeterminada.

E como as reparações advindas destes contratos são mais amplas do que as provenientes do contrato a termo, e crescem proporcionalmente ao tempo de serviço

junto à empresa, passou-se abusivamente a se utilizar deste último, até que surgiu o obstáculo introduzido pelo Decreto-Lei nº 229, de 1967, autorizando esses ajustes apenas quando o seu objeto estivesse, de fato, limitado no tempo, que não foi suficiente para estancar a vontade das empresas em desatar os laços e vínculos empregatícios, como veremos a seguir.

A restrição ao uso abusivo do contrato de trabalho a prazo, abriu espaço para que as empresas com o objetivo de fornecer mão-de-obra a outras empresas, para que realizassem atividade permanente ou transitória, por intermédio de contrato de locação de serviços, ora via empreitada, surgissem, criando então a flexibilidade, a "terceirização".

Para coibir a proliferação dessas empresas, surgiu a Lei nº 6.019, de 1974, que disciplina o trabalho temporário. Sua finalidade foi suprir momentaneamente uma “necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente” e o “acréscimo extraordinário de serviço”⁸ da empresa tomadora, afastando-se de seu campo de incidência o trabalho contínuo.

O intuito e a criação da Lei nº 6,019/64 não veio pra concorrer com o trabalho permanente, mas sim sob a ótica de regulamentar, portanto trazer garantias, ao trabalhador que não pode vincular-se em trabalho contínuo.

Uma das maiores preocupações durante a tramitação do projeto da lei ora citada, era em relação as possíveis lacunas existentes no texto de lei, isso porque há o grande mercado das empresas que realizam locação de mão-de-obra, e na existência de lacunas essas empresas encontrariam a possibilidade de atuar livremente, concorrendo com o contrato de trabalho permanente, destruindo as garantias econômicas e sociais resguardadas aos trabalhadores Celetistas.

⁸ Teixeira, Eraldo Ribeiro, *Direito e Processo do Trabalho*, pg 31

Por óbvio que se existisse essa possibilidade, as empresas optariam pela locação de mão-de-obra, a contratação respaldada pela C.L.T, exaurindo qualquer perspectiva de ascensão do trabalhador, tanto econômico-financeiramente, quanto organizacional na empresa.

Não obstante as restrições contidas na Lei nº 6.019, a intermediação de mão-de-obra para serviços permanentes continuou a ser utilizada, levando o c. TST a acolher a tese do Enunciado proposto para compor a Súmula nº 256, de tendência restritiva. Serviram de precedentes a esse Enunciado recursos de revista onde se definiu pela responsabilidade do dono da obra, no tocante aos direitos trabalhistas sonegados pela empreiteira; recurso de revista versando sobre relação de emprego com a tomadora, porque o contrato de trabalho temporário ultrapassou o prazo previsto na Lei nº 6.019, e recursos de revista onde se discutia relação de emprego de trabalhador que prestava serviços de limpeza e portaria a banco ou estabelecimento análogo, através de empresa locadora de mão-de-obra. No Recurso de Revista nº 3442/84, que deu origem a Súmula nº 256, asseverou-se que a possibilidade do tomador dos serviços não assumir diretamente os ônus trabalhistas, valendo-se para tanto de um contrato de natureza civil, só poderia ser permitida excepcionalmente, em caso de serviço transitório e não vinculado à atividade normal da tomadora; do contrário, seria revestida de ilicitude.

A súmula 331, que veio para substituir a de nº 256, deu maior flexibilidade às contratações. Todavia, essa flexibilidade em nenhum momento extrapolou a lei.

Vale registrar aqui o quadro⁹ comparativo das relações de trabalho: “

TIPOS E COMPONENTES DOS CONTRATOS	TAYLORISMO - FORDISTA	TOYOTISMO - FLEXÍVEL
------------------------------------------	------------------------------	-----------------------------

⁹ Adaptado do quadro retirado do site: www.econ.fea.usp.br/cacciamali/a_flexibilizacão_restrita_e_descentralizada_das_relacoes_de_trabalho_no_brasil.pdf

Duração	Indeterminado	Diferentes arranjos
Jornada	Fixo e subordinado diretamente a um único empregador.	Pode variar e estar subordinado indiretamente a diferentes empregadores.
Hora-Extra	Utilizadas. Remuneração maior imposta pela legislação.	Práticas de compensação de horas – (banco de horas)
Funções e Atividades	Definida. Predominância de níveis verticais.	Definida. Predominância de equipes e níveis horizontais.
Organização do trabalho	Hierarquizada. Valorização de senioridade.	Flexível exigindo formação profissional continuada.
Salário	Fixo.	Fixo adicionado de componente variável ou somente variável. (participação nos lucros)
Aumentos Salariais	Periódicos, vinculados à produtividade e indexados aos índices de preços ao consumidor.	Descontínuos, associados a metas, resultados, qualidade, adaptabilidade ou bonificações.
Estabilidade	Valorizada	Valorizada apenas para o grupo de trabalhadores mais qualificados
Rescisão de contrato por parte do empregador	Restrições impostas pela legislação.	Diminuição ou eliminação das restrições. (FGTS)
Negociação Coletiva / Contratos Coletivos	Centralizada ou por setores	Descentralizada, preferencialmente por

		empresa.
--	--	----------

O quadro acima retrata claramente as modificações pelas quais o contrato de trabalho passou.

Dentre elas, cabe destacar a mudança na Organização do Trabalho, onde surgiu a possibilidade de flexibilização do trabalho, ou seja, a hierarquização deixou de ser valorizada.

Outra grande mudança concerne a Negociação e os contratos coletivos, que trouxeram a possibilidade da atividade ser descentralizada, descentralização esta que nada mais é do que a própria terceirização.

CAPITULO III- MARCHANDAGE

Para nos aprofundarmos no tema Terceirização, é preciso antes falar do “marchandage”.

A legislação pátria não preocupou-se em dar maior atenção ao “marchandage”, isso porque o texto do art. 455 da CLT, que trata dos contratos de subempreitada, já desmontava a possibilidade da ocorrência do fenômeno supérstite.

Todavia, a doutrina, sabiamente persiste em diferenciar os fenômenos da terceirização e do “marchandage”, muitos de seus efeitos são similares, posto que ambos tem a mesma base, a subcontratação de mão-de-obra e a diferença se dá no que concerne ao tipo de atividade praticada pela empresa fornecedora com a empresa tomadora.

Alguns juristas adotam a posição de tratar como co-empregadora a tomadora de serviços, em decorrência de ela contratar civilmente com a fornecedora para que os funcionários realizem alguma atividade em proveito da primeira.

Essa posição não serve para dirimir o debate, posto que a subordinação no âmbito do trabalho mostra-se complexa, como exposto por Sanseverino:

“Destá forma, a colaboração na empresa está a indicar que não se trata de simples prestação de atividade de trabalho, mas, sim, de uma prestação cujo conteúdo é bastante mais complexo, pois está, de fato, envolvida pela obrigação de subordinação, que se acompanha das obrigações de fidelidade e de disciplina que lhe são conexas, as quais, mesmo podendo ser consideradas isoladamente (...), fazem parte, todavia, da prestação de trabalho, dela constituindo um obrigatório modo de ser.”¹⁰

Afinal de contas do que se trata o “marchandage”?

O marchandage é a exploração do homem pelo próprio homem, um meio de burlar a vinculação contratual entre o empregador e o empregado, onde o empregador

¹⁰ Apud Sanseverino, Riva. Delgado, Maurício Godinho, *ATerceirização no Direito do Trabalho Brasileiro*, p. 141.

de fato se desprende do vínculo que o une ao empregado, ocupando outro aquela posição – O intermediário.

A figura do intermediário há muito faz parte das relações de trabalho, em 1848, com a Revolução Francesa veio à proibição expressa da intermediação, que nada mais é senão a incumbência dada pelo empregador à terceiro de contratar os serviços que ele necessita. Mario de La Cueva acrescenta com a seguinte observação: “Essa situação, (...), produzia um duplo efeito: a possibilidade de insolvência do intermediário se considerado como o único responsável pelo débito trabalhista, e a manutenção de baixos salários, porque a intermediação fica com uma parte.”¹¹

-Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena acrescenta com a seguinte descrição:

“... Isso porque a dissociação patrimonial que, aparente e formalmente, se dá entre o empreendedor - quem assume os riscos da atividade econômica e por ela juridicamente responde – e o proprietário dos bens que a compõem (imóveis, maquinaria, fundo de comércio, mercadorias, etc.) pode resguardar uma finalidade escusa, para fraudar as leis imperativas, com o objeto de eximir de qualquer responsabilidade o patrimônio em jogo, o qual se incrementará com o trabalho do empregado”.

Uma das formas mais comuns de se encontrar o “marchandage” é o contrato de subempreitadas e das empreitadas, isso porque a finalidade desses tipos de contrato é a eficácia na execução dos serviços, juntamente com a especialização de campo de operações.

Normalmente as empresas que fazem parte desses contratos são financeira e economicamente idôneas e transferem a administração dos serviços contratados aos subempreiteiros.

¹¹ A, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Pressupostos*, 1975, pgs. 66-67.

Cabe registrar ainda que a responsabilidade nesses tipos de contrato é solidária, entre o empregador principal e o subempregador, como analisaremos posteriormente.

Embora a intermediação crie uma utopia com relação às contratações, é preciso frisar aqui que muitas vezes a excusa em pagar ao trabalhador seus direitos laborais, (não há vínculo empregatício), bem como a diminuição dos encargos sociais não compensa, posto que a empresa tomadora, iludida com os falsos benefícios oferecidos pelo “marchandage”, despenderá com essa contratação valores superiores ao que gastaria com a contratação efetiva, amparada pela lei, do empregado, além de não se sujeitar à árdua sanção prevista na lei.

No “marchandage” o empregado fica subordinado a dois empregadores, ao “de direito”, que será o responsável por definir o local de trabalho, bem como a remuneração do cargo atribuído, e ao “de fato”, que determinará qual será a função, produção, cargo a ser exercido, a quantidade, podendo inclusive determinar a forma de produção do bem que ele assenhoará.

A fraude é muito clara neste tipo de contratação, ela se caracteriza porque o empregador “de fato”, não se ausenta à relação trabalhista, de tal sorte que a subordinação do empregado existe e a inferência nas relações de produção subsistem, mesmo com o distanciamento jurídico.

Os empregadores encontraram na fraude a solução para manter empregados trabalhando, sem a vinculação que o direito laboral criava entre estes; Essa possibilidade fraudulenta alcançou de imediato a classe patronal do século XIX, onde a prioridade era o compromisso do capital em se auto – reproduzir.

CAPÍTULO IV - TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 CLT

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

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”.¹²

A pretensão do legislador ao elaborar o dispositivo citado, tinha como escopo impedir que a despersonalização, (fenômeno que já é ontológico às relações de trabalho) cresça cada vez mais, fazendo com que a responsabilidade trabalhista se transforme em algo impossível de se imputar.

O instituto jurídico da subempreitada, que é integrante da empreitada, é aquele em que uma das partes se obriga a prestar um serviço, ou executar determinada obra, e a outra se obriga a pagar o preço condizente, Orlando Gomes, complementa afirmando que: "... Não a desfigura a circunstância de ter como objeto determinado serviço a ser executado em prestações repetidas." ¹³.

O art. 455 nos ensina também nos ensina em seu texto que nos contratos de subempreitada, quando o contratado para realizar determinada obra repassa sua obrigação a um terceiro para que este a realize parcialmente ou completamente e houver inadimplemento da contratação, incidirá sobre o subempreiteiro/empreiteiro a responsabilidade subsidiária.

4.2 Leis relacionadas à terceirização:

¹² Carrion, Valentim, *C.L.T.*, Saraiva, 2003

¹³ Gomes, Orlando; *Contratos*, p. 297.

Para complementar e fundamentar legalmente a Terceirização vieram leis especiais, vejamos, portanto, a base legal, demonstrando seu fundamento jurídico e sua forma de utilização:

- Lei nº 6.019, de 03.01.74, dispõe sobre o trabalho temporário, apontando em seu artigo 4º:

"Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por eles remunerados e assistidos."

- Decreto nº 73.841, de 13.04.74, regulamentou a Lei 6019/74, trazendo em seu art. 1º:

"Art. 1º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender necessidade de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços."

A economia em expansão e o desenvolvimento nas indústrias foram a chave primordial para o surgimento do trabalho temporário. A lei 6.019/74 veio para atender ao acréscimo excepcional de serviços, regulamentando a situação do trabalhador temporário para que fossem preservadas suas garantias, como por exemplo, registro na carteira profissional, férias, descanso semanal remunerado, entre outros.

Sobre a Lei nº 7.102/83:

A Constituição Federal afirma que todos os indivíduos têm direito e a responsabilidade pela Segurança Pública. Entretanto, nota-se que a mesma não se tem mostrado suficiente para garantir a incolumidade dos cidadãos, tampouco do patrimônio de sua população.

Para fantasiar a segurança do cidadão proliferaram - se as empresas e serviços individuais de segurança privada. Não raro indivíduos, que em sua maioria são apenas desempregados passaram a promover a vigília das ruas, munindo-se de crachás, afirmando que a atividade exercida é fiscalizada pela Secretaria de Segurança Estadual, através das Delegacias de Polícia, onde tem algum tipo de cadastro como “vigia”.

Em 1983, diante da insustentabilidade da vigia prestada, entrou em vigor a lei 7.102, que trouxe inovações sobre o tema, vejamos:

- Lei nº 7.102, de 20.06.83 sobre serviço de vigilância, da qual são transcritos os artigos 3º e 10:

“Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados por empresa especializada contratada, (...).”

"Art. 10. São consideradas como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

(...). I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga (...).”

- Decreto nº 89.056, de 24.11.83, regulamentou a Lei 7.102/83 e, em seu art. 31, estabelece:

"Art. 31. Consideram-se empresas especializadas, para os efeitos deste regulamento, as organizações instituídas para prestação de serviços de vigilância ou de transporte de valores e estabelecimentos financeiros ou a outros estabelecimentos."

Essa lei veio para delimitar a prestação dos serviços especializados por vigilantes, como podemos notar pelo Decreto nº 89.056, de 24.11.83, que demarcou esses serviços prestados às empresas de vigilantes e transportes de valores e estabelecimentos financeiros.

A lei passou a exigir também que os estabelecimentos bancários sempre mantivessem vigilantes e sistema de alarme, além de outros itens de segurança, como por exemplo, cabines blindadas com vigilantes.

-O Decreto - Lei nº 2.300/86 dispõe sobre a administração pública, determinando que as obras, serviços, compras e alienações da Administração, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nestes.

Em seu Art. 5º Para os fins deste Decreto-Lei, considera-se:

(...)

II – Serviço: toda atividade destinada a obter determinada utilidade concreta de interesse para a Administração, tais como demolições, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação ou trabalhos técnicos profissionais;

(...)

VI - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros..."

Além destes enunciados legais supracitados poderíamos citar como adicional indispensável o Decreto-Lei nº 200/67, que deu à Administração Pública a possibilidade de não mais se tornar auto-suficiente, permitindo a ela não mais necessitar de empregados próprios para praticar determinadas atividades, que seriam secundárias ante as suas funções precípuas:

“... a Administração Pública, em consonância a uma manifestada meta de descentralização organizacional, tem criado meios institucionalizados de utilização de trabalho assalariado sem contratação direta pelo tomador e beneficiário dos serviços concedidos.

4.3. . A Jurisprudência

O fenômeno tomou dimensões tão grandes, que era preciso existir uma regulamentação jurídica, tarefa que ficou a cargo do TST que criou a Súmula nº 256: “Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previsto nas Leis nº 6.019, de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Contudo, a Súmula não ofereceu qualquer alternativa, apenas clareou a ilegalidade da prática que vinha sendo tomada pela classe empresarial brasileira, vetando sua existência no plano fático, como se assim pudesse impedir que ele continuasse a existir ou a se desenvolver. Costa e Silva:

"Esse Enunciado de Súmula, porém, nesses sete anos de sua vigência, embora tenha dificultado a vida das empresas de prestação de serviços, não conseguiu fazê-las desaparecer, o que, a meu ver, prova estar contra a realidade da vida e dos fatos, impondo-se sua urgente revogação para, a exemplo do que aconteceu no país oriental,

ser substituído por um disciplinamento legal, ainda que rigoroso, da subcontratação de mão-de-obra."¹⁴

A Súmula 256 foi substituída pela a de número 331, em razão de o TST perceber que a tendência de terceirização era irreversível.

A redação da Súmula 331 ficou assim expressa:

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

II - A contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação.

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

O item nº I proíbe expressamente o “marchandage”, a possibilidade de intermediação da prestação de serviços. Entretanto, nesta Súmula vemos despontar um importante traço, que traz consigo uma inovação doutrinária que dará ensejo às mais diversas formas de trabalho terceirizado, a aparição da dicotomia atividade-meio

¹⁴ Costa e Silva, José .Ajuricaba.: *Terceirização, a Solução Jurídica Japonesa*, in Ltr., V. 58, nº 2, 1994, p. 141.

- atividade-fim. Esta distinção, e a determinação do *quantum* de sua amplitude poderá permitir uma maior ou menor possibilidade de uma empresa descentralizar suas atividades.

4.4 - A SÚMULA 331

Verifica-se do item I do Enunciado nº 331 que a contratação por empresa interposta continua sendo ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, excetuada a hipótese de trabalho temporário. O TST continuou, portanto, considerando inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim do usuário das mesmas, com exceção do trabalho temporário. Isto porque no item III limita-se a permitir que o usuário recorra, através de contrato de natureza civil a empresas de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializadas, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta, pois neste caso a relação jurídica se estabelecerá com o tomador dos serviços, em face dos pressupostos do conceito de empregado.

Mesmo com a revisão da Súmula 256, ainda percebe-se espaço para entendimento ampliativo do sumulado, como por exemplo, o item III, que se calou no que diz respeito à existência de pessoa contratada que já exerça a atividade que é passível de ser feita por empresa fornecedora de mão-de-obra, por exemplo serviços de limpeza.

Em quaisquer das hipóteses ventiladas acima, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Logo, terceirizar tarefas canalizadas para a atividade-fim do usuário, além dos limites mencionados, continua merecendo repúdio dos tribunais, que denunciam as conseqüências anti-sociais desta contratação, em face do aviltamento das relações

laborais. É que os empregados perdem as possibilidades de acesso à carreira, salário da categoria, além de acarretar atomização da categoria profissional.

A dicotomização pela doutrina e pela jurisprudência do trabalho atividade-fim e do trabalho atividade-meio criou duas grandes estirpes de prestação de serviço subordinado, em que um deles é menos do que o outro, vejamos:

"Não é possível desenvolver atividades essenciais aos objetivos de uma entidade, sejam atividades-fim ou atividades-meio, senão através de servidores seus, salvo previsão legal..." (TST, RR 10.879/90.3, 2ª T. 1.684, 12.11.90, Rel. Juiz Fernando Américo Veiga Damasceno).

A previsão legal expandida pela Súmula nº 331 deu espaço para que a jurisprudência admita a terceirização em diversas hipóteses, reconhecendo inclusive casos de terceirização ilícita, como explica Delgado:

"A jurisprudência tem insistido - para reconhecer o vínculo com o tomador de serviços - na comprovação da essencialidade dos serviços prestados à dinâmica da empresa tomadora e beneficiária do trabalho feito. A tese resulta em admitir uma terceirização claramente ilícita (quando os serviços prestados são nucleares e essenciais à dinâmica empresarial do tomador) e uma terceirização que pode vir a ser lícita (desde que ausentes outros elementos inequívocos de fraude trabalhista)."¹⁵

Apesar do autor na continuação afirmar que criaram-se elementos objetivos para se determinar se há ou não fraude trabalhista, discordamos, pois acreditamos que cada vez mais atividades das empresas serão consideradas como meio para um fim que será mais e mais restrito, dificultando portando a devida aplicação da lei.

¹⁵ Delgado, op. cit., p. 1.214.

A terceirização, como já explicitado, foi uma saída da classe empresarial à necessidade de barateamento da mão-de-obra; ao contrário do que pensam alguns, não deve ser simples e absolutamente proibida (como assim tentou fazer a Súmula nº 256), ela é um sinal dos tempos, e como tal deve o Direito do Trabalho compreendê-la e decifrar suas estruturas, a fim de poder encontrar soluções para a classe trabalhadora, a quem ele serve, dentro deste novo contexto sócio-econômico.

Cabe agora entender o conceito de atividade-meio e atividade-fim:

Atividade-fim - É aquela à qual a empresa se destina, o seu objetivo social expresso ou implícito no contrato social.

Atividade-meio - É aquela que não é o objetivo da empresa, porém segue paralelamente a este, sendo a atividade não essencial.

A terceirização deve ser aplicada em relação à atividade-meio, para que a empresa contratante possa se dedicar mais à sua atividade-fim, ao objetivo principal do empreendimento. Esta seria sua finalidade.

Não se tem admitido a terceirização da atividade-fim do empreendimento, pois aí a empresa não estaria prestando serviços, mas fazendo arrendamento do próprio negócio. Neste sentido, inclusive, a fiscalização do trabalho poderá verificar as instalações físicas do local da prestação de serviços, observando as tarefas executadas pelo trabalhador da contratada, para constatar se estas não fazem parte das atividades essenciais ou normais do contratante ou, se há ou não desvio de função.

Igualmente intolerável é terceirizar ex-empregados da empresa, que ali exerceram tais atribuições e, agora, na condição de supostos prestadores de serviços autônomos ou de sócios de sociedade constituída para esse fim, deixam, de ser

empregados e transformam-se em empregadores, em patrões deles mesmos. Ocorre, portanto uma relação de emprego mascarada e ilícita.

No tocante ao item II da Súmula nº 331, que exclui a possibilidade de relação de emprego com os órgãos da administração direta ou indireta, quando estes lhe prestam serviços, através de contratação irregular de trabalhador, eu, particularmente, discordo da orientação traçada pelo c. Tribunal Superior do Trabalho. Sei que esse tribunal visou, principalmente, coibir os apadrinhamentos no serviço público e dar efetividade ao art. 37 da Constituição Federal de 1988. Ocorre que essa regra destina-se ao poder público e, uma vez desobedecido o comando do referido artigo, o administrador deverá arcar com todos os ônus de seu ato. Do contrário, estar-se-ia admitindo enriquecimento ilícito da administração, a qual utilizou-se dos serviços de alguém que, de boa-fé e sem dar causa ao vício, prestou-lhe serviços e não recebeu a paga correspondente. Logo, o ato irregular de admissão gera direitos trabalhistas, cabendo ao Estado responsabilizar o administrador pelos encargos pecuniários que tiver que desembolsar. Esse raciocínio está em consonância com o princípio da razoabilidade e moralidade que norteiam o sentido do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho.

Há uma outra posição sobre essa temática, que defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas salários relativos aos meses trabalhados, para evitar enriquecimento ilícito, ao argumento de que sendo o trabalho proibido, não gera relação de emprego (Prec. TST Ac. RO. AR. Nº 36.133/91.2 Ac. SDI 2.993/93, Rel.- Min. José Luiz Vasconcelos, D.J. 17.12.93). Ora, as verbas rescisórias também têm cunho salarial. E assim é que o 13º salário, dada a sua natureza de gratificação, é salário por força do art. 457 da CLT; o aviso prévio também tem esta feição, tanto é que sobre ele incide o FGTS, o qual também tem a natureza de um salário diferido. O mesmo não pode se dizer em relação às férias, cuja natureza assemelha-se a de um prêmio, e às contribuições previdenciárias que, na visão moderna, principalmente dos autores franceses, têm a feição de um salário social. Consequentemente, se o

trabalhador não se beneficia dessas vantagens, o enriquecimento ilícito da administração ocorrerá da mesma forma.

Finalizando, ressaltamos que o Direito do Trabalho reclama para si uma função reguladora das condições de trabalho e tem por fim imediato a proteção do trabalhador individual. Portanto, dada a amplitude que tem tomado o fenômeno da terceirização, o Direito do Trabalho não pode desconhecê-lo, mas deve elaborar fórmulas suscetíveis de proteger esses trabalhadores “atípicos”, mormente quando prestam serviços à administração pública, através de admissão irregular, concedendo-lhes um estatuto jurídico que lhes confira um mínimo de garantias sociais, sob pena de um retrocesso ao arrendamento de serviços, de um novo recuo no campo do Direito, com a criação ou intensificação de novas desigualdades.

CAPÍTULO V – RESPONSABILIDADES JURÍDICAS NA TERCEIRIZAÇÃO

5.1 - A Responsabilidade

A polêmica em torno da terceirização gera dúvidas ao trabalhador; que não sabe a quem deve fidelidade, ao que o contrata e o subcontrata, ou seja o fornecedor, ou àquele a quem deve ele entregar os resultados do seu trabalho, ou seja, o tomador? E o

poder disciplinar e de fiscalizar a quem caberá? Ao que recebe a prestação de serviço, ou seja o tomador, ou àquele que encaminha tal empregado para trabalhar para terceiro, ou seja fornecedor?

A quem pertine a responsabilidade da contratação?

Faremos aqui uma divisão entre as hipóteses onde cabe a responsabilidade Subsidiária, e a Responsabilidade Solidária, vejamos:

5.2 -Responsabilidade solidária da contratante

A responsabilidade solidária não pode ser presumida, deve ser resultante da vontade das partes ou da lei.

“A responsabilidade solidária das obrigações trabalhistas pode decorrer de estipulação entre as partes, como por exemplo, em acordo ou convenção coletiva de trabalho; ou da própria lei, como por exemplo, o § 2º do art. 2º da CLT; o art. 16 da Lei 6.019, de 1974; o art. 455 da CLT; o § 1º do art. 15 da Lei 8.036, de 1990 – decorrendo daí que o enunciado não poderia estabelecer a solidariedade dessas obrigações, sob pena de não gerar eficácia neste ponto, por conflitar diretamente com as normas vigentes do Direito Civil.”¹⁶

O artigo 16 da Lei 6.019 de 1974 estabelece que caso haja falência da empresa contratada, a tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período em que o trabalhador esteve sob suas ordens.

A Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço nº 8.036 de 1990, em seu artigo 15 caput obriga os empregadores efetuar o depósito de oito por cento da

¹⁶ Castro, Ferreira de, op. cit., p. 149

remuneração paga aos seus empregados, na conta vinculada do fundo de garantia, e o § 1º do mesmo artigo define empregador como sendo “pessoas física ou jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que a que eventualmente venha obrigar-se.”

Cabe frisar ainda que a responsabilidade solidária não esta presente nas hipóteses determinadas expressamente em lei, mas também nas relações ilícitas, ou seja sempre que a relação contratual tiver em seu bojo conteúdo fraudulento. Ferreira de Castro diz: “Portanto, sempre que duas empresas praticarem atos com o propósito de fraudar, desvirtuar ou impedir a aplicação das normas do Direito do Trabalho, deverão ser condenadas solidariamente nos créditos inadimplidos, pois o Direito Civil pátrio estabelece, no art. 1.518 do seu Código (atual art. 942 do Código Civil), a responsabilidade solidária dos responsáveis pela ofensa ou pela violação do direito de outrem.”¹⁷

A empresa contratante era, ainda, solidariamente responsável no pertinente às obrigações previdenciárias, para os serviços enquadrados nas hipóteses de cessão de mão-de-obra estabelecidas na Lei nº 9.711, de 20.11.98, até que esta lei alterou a redação do artigo 31 e parágrafos, da Lei nº 8.212, de 24.07.91.

A partir de então, a empresa contratante ficou obrigada a reter 11 % (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, recolhendo a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra (contratada), que passou a receber apenas o valor líquido da prestação. Tal retenção, por sua vez, é deduzida das contribuições devidas sobre a folha de salários da contratada.

¹⁷ Castro, Ferreira de, op. cit., p. 149

5.3 A Empresa Tomadora

Com relação a responsabilidade da Empresa Tomadora, é preciso demonstrar que é possível a responsabilidade solidária, vejamos

Brito assim afirma: "O próprio contrato apresenta estes cuidados, inclusive por aspectos coercitivos, como resultado de condenações por solidariedade diante da má eleição do parceiro. Mas não somos contra a solidariedade. Pelo contrário: a solidariedade estimula o empresário a escolher bem a sua parceria, e evita o efeito rebote na eleição do parceiro... é importantíssima a escolha do parceiro, parte no contrato. Não basta a mera capacidade legal, é imprescindível que a parte prestadora de serviços e fornecedora de componentes seja idônea, legalmente constituída, boa administradora de seus recursos humanos, tributos e, encargos e tenha efetivamente conhecimento diferenciado sobre sua atividade."¹⁸

"RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA. A sentença impugnada reconheceu o vínculo de emprego com a segunda reclamada, contudo, diante das provas dos autos, o MM. Juízo "a quo" condenou as duas empresas de forma solidária. O argumento adotado pelo MM. Juízo "a quo" para justificar a responsabilidade solidária está na assertiva de que a primeira reclamada, a recorrente, além de fiscalizar o trabalho executado pelo reclamante, também não poderia terceirizar a sua atividade fim. A testemunha, Sr. Valdir, ouvido às fls. 96, confirma que "as vezes um funcionário da primeira reclamada fiscalizava o cumprimento da linha". O documento de fls. 60/62 comprova que havia um contrato de prestação de serviços entre a primeira reclamada e a segunda. O objeto do contrato era o serviço de transporte, a qual é a atividade fim da primeira reclamada. Diante desse universo argumentativo, corroborado pelas provas dos autos, tem-se que o efetivo beneficiário dos serviços era a primeira reclamada, inclusive, fiscalizando os serviços prestados. Na qualidade de efetiva beneficiária dos serviços, além da vedação jurisprudencial a terceirização na atividade fim, correta a imposição da responsabilidade solidária, diante dos ilícitos trabalhistas perpetrados contra os direitos do autor. O fato de o vínculo ter sido reconhecido com a segunda reclamada, de forma concreta, diante desse universo argumentativo, não elide a responsabilidade solidária. A responsabilidade solidária deriva do aspecto de que a fraude contra os direitos do autor é patente, logo, os que nela participaram são responsáveis solidariamente (art. 1.518, Código Civil de 1916, atual 942, Código Civil de 2002). Rejeito o apelo.

¹⁸ Brito: op. cit, pg. 140

Este julgado demonstra claramente a possibilidade de responsabilidade solidária entre as empresas, neste caso porque funcionários da primeira empresa não se desvincularam dos serviços prestados, havendo inclusive fiscalização por parte desta, foi ainda comprovado que houve fraude, desvio da atividade-fim da empresa tomadora, para que a segunda empresa realizasse a própria atividade-fim da empresa tomadora.

Vejamos agora a questão da Responsabilidade Subsidiária

5.4 Responsabilidade Subsidiária

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços (contratante) sempre estará presente na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços (contratado), quanto aos empregados alocados para prestar serviços àquele, e desde que, o contratante conste do título executivo judicial (sentença), oriundo de reclamação trabalhista.

A responsabilidade subsidiária é assegurada “para as hipóteses em que se esgotaram os meios de obter a satisfação do crédito por conta do devedor principal...”²⁰, vejamos o acordão que corrobora com a presente afirmação.

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADORA DE MÃO-DE-OBRA. CRÉDITOTRABALHISTA. NATUREZA ALIMENTAR. SUPERPRIVILÉGIO. CULPA "INVIGILANDO" E "IN ELIGENDO". A força de trabalho entregue pelo trabalhador não pode ser reposta. A tomadora de serviços entregou-a a seu patrimônio traduzida em trabalhos prestados. A posição do trabalhador entre a empresa cedente e a tomadora de mão-de-obra é de "res inter alios", sem possibilidade de imiscuir-se na administração. Decretada a "quebra" da empregadora, deve a tomadora responder subsidiariamente (Enunciado nº 331, IVdo C. TST). Inteligência do art. 159 do CC, recepcionado pelo novo CC, art. 186. TRT/SP - 03179200007402000 - RO - Ac. 6ªT 20040025246 - Rel. FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA - DOE 13/02/2004”²¹

¹⁹ www.trt02.gov.br

²⁰ Ferreira de Castro, op. cit., pg. 150.

²¹ www.trt02.gov.br

O TST também traz o seguinte posicionamento:

"Acórdão Inteiro Teor

NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 182/2004-305-04-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 03/03/2006

PROC. Nº TST-AIRR-182/2004-305-04-40.0

C:

A C Ó R D ã O

1ª Turma

JCMPS/ap

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Recurso de revista subordinado ao disposto no art. 896, § 6º da CLT, por se tratar de ação sob procedimento sumaríssimo. A contratação de outra empresa para prestação de serviços na fabricação de calçados (tênis), configura terceirização e a responsabilidade subsidiária da tomadora, por aplicação do entendimento firmado no Súmula TST/331, IV, TST. Incidência do disposto no art. 896, §5º da CLT, em razão da consonância entre o acórdão regional e o verbete sumular. Agravo de instrumento desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-182/2004-305-04-40.0 em que é Agravante CALÇADOS BEIRA RIO S.A. e Agravados MARISA DAS CHAGAS SOUZA e PRAXIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.

(...)

Portanto, em todos os diferentes temas que suscita, o recurso de revista não preenche os requisitos do art. 896, § 6º da CLT, o que desautoriza seu processamento como reconhecido pelo despacho agravado.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do agravo de instrumento e lhe negar provimento. Brasília, 08 de fevereiro de 2006.

JUIZA CONVOCADA MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTRO
Relator" ²²

A empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade é indispensável, pena de responder pela incorreta e descuidada eleição.

Ademais, não basta escolher corretamente, posto que se impõe uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a empresa prestadora cumprindo suas obrigações trabalhistas, devendo, inclusive, condicionar a liberação de sua prestação à

prévia comprovação de quitação por parte da contratada. Diversos julgados trazem a aplicação correta da lei, não havendo interpretação diversa das cautelas que devem ser tomadas pela empresa. tomadora, vejamos:

"Terceirização - O poder público deve manter constante vigilância sobre empresa contratada para que esta, por sua vez, mantenha durante a execução do contrato as mesmas condições de solvência. É um ônus que lhe impõe a lei (art. 159, C.C.), posto que é a receptora da força de trabalho do trabalhador. A negligência nesta parte lhe carrega a responsabilidade "in vigilando", de forma subsidiária. A presença do trabalhador entre a falta de idoneidade econômica da empresa contratada e as tomadoras de serviço é de "res inter alios".

TRT/SP - 02575200100602003 - RE - Ac. 6ªT 20040025459 - Rel. FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA - DOE 13/02/2004"²³

As posições severas fazem sentido se observarmos que existe extrema facilidade no fenômeno da subcontratação lícita se transformar no abominável "marchandage". Estas duas formas de contratação de mão-de-obra, por sua própria natureza, já aviltam o trabalhador, como demonstramos acima, impondo condições de trabalho inferiores à média. Entretanto, as disposições legais que tendem a limitar e prescrever os modos como a "terceirização" deverá ocorrer visam a contornar e aliviar, para a parte hipossuficiente, a sua condição de aguçada desvantagem nesta espécie de relação de trabalho. Portanto, tais disposições legais deverão ser observadas, com presteza a fim de não transformar uma alternativa para o trabalhador e empresário em mais uma forma de fraude trabalhista .

"A empresa que contrata serviços com outra empresa e desta recebe os trabalhadores para execução de serviços de necessidade permanente está sujeita à condição de responsável subsidiária pelos encargos trabalhistas, conforme previsto no Enunciado nº331, IV, do C. TST."TRT/SP - 02195199805502002 - RO - Ac. 1ªT 20050271320 - Rel. PLINIO BOLIVAR DE ALMEIDA - DOE 10/05/2005"²⁴

O acórdão acima, traz mais uma vez a responsabilização subsidiária, no caso específico no tangente aos encargos trabalhistas, posto que os funcionários da empresa prestadora realizavam atividades necessárias, não terceirizáveis da empresa tomadora.

²² www.tst.gov.br

²³ www.trt02.gov.br

²⁴ www.trt02.gov.br

"EMPRESA TOMADORA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Enunciado nº 331, IV, reflete a adoção da aplicação da responsabilidade civil objetiva indireta às relações de trabalho. Há situações nas quais, quem não é participante - pela titularidade débito/crédito, de forma objetiva, é o responsável de forma indireta. É o caso da empresa tomadora, em face da terceirização, pela culpa "in vigilando" e "in eligendo", pelos contratos de trabalho dos empregados da empresa prestadora de serviços. Ante o teor do Enunciado nº 331, IV e o teor do art. 8º da CLT, rejeita-se a tese da ilegitimidade. Quanto à abrangência da responsabilidade, tem-se a inclusão de todos os direitos trabalhistas reconhecidos em juízo, não se justificando qualquer diferenciação entre verbas salariais e indenizatórias. Não se pode esquecer que a responsabilidade é subsidiária e que a sua imposição visa exatamente a propiciar a ampla reparação dos direitos trabalhistas violados. TRT/SP - 00902200125502009 - RO - Ac. 4ªT 20050009723 - Rel. FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO - DOE 01/02/2005"²⁵

Portanto, podemos concluir que existem três justificativas que nos levam a responsabilidade da empresa tomadora no caso de inadimplemento da prestadora de serviço, ou seja são elas: Abuso de poder, a culpa *in eligendo*, a culpa *in vigilando*, vejamos o julgado abaixo :

"Da responsabilidade subsidiária. Enunciado nº 331, IV, do C. TST. Irreversibilidade da força de trabalho. Trabalhador na posição de "res inter alios". privilégio do crédito trabalhista (art. 186 CTN, arts. 29, 30, 31 da LEF e art. 100 da CF) - O tomador da mão-de-obra deve proceder com diligência para evitar a inadimplência do crédito trabalhista, mediante constante fiscalização (art. 159, hoje art. 186 do novo Código Civil), evitando, assim, que seja colhida pela culpa "in vigilando" e "in eligendo". A entrega da mão-de-obra que integra o patrimônio da tomadora é irreversível e o trabalhador está na posição de "res inter alios" no contrato existente entre as empresas concedente e tomadora da mão-de-obra. A responsabilidade subsidiária é inarredável, nos termos da jurisprudência cristalizada no Enunciado nº 331, IV, TST. TRT/SP - 01984199803402005 - RO - Ac. 6ªT 20040025408 - Rel. FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA - DOE 13/02/2004"²⁶

O acórdão supérstite traz em seu bojo a importância da diligencia em contratação e no que tange aos créditos trabalhistas devidos, sendo a empresa considerada responsável subsidiariamente, tendo agido com culpa "*in eligendo*" e "*in vigilando*".

²⁵ www.trt02.gov.br

²⁶ www.trt02.gov.br

5.5 - Responsabilidade do Dono da Obra

O dono da obra, pessoa física, que constrói a casa própria em regime de empreitada, não é empregador ou pessoa a ele equiparada, seja pela natureza eventual do serviço a ser prestado, seja pela ausência de exploração de atividade econômica ou profissional.

Quando o dono da obra é pessoa jurídica, que contrata um empreiteiro para, por exemplo, a construção de um novo prédio para sua sede ou a reforma do prédio existente, também não haverá, em princípio, relação de emprego, visto tratar-se de serviço de natureza eventual e esporádica (art. 3º da CLT), que não decorre da necessidade permanente da empresa. A situação será totalmente diferente, entretanto, se o dono da obra, ainda que pessoa física, for do ramo da construção civil, quando então o serviço prestado não será eventual, já que tem a ver com a necessidade permanente da empresa ou do negócio.

O art. 455 da CLT institui a responsabilidade do empreiteiro principal pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do subempreiteiro, garantindo-lhe, entretanto, o direito de se ressarcir das quantias eventualmente pagas ou reter as importâncias devidas pela subempreitada.

Trata-se de responsabilidade subsidiária, na qual a obrigação de pagar só recai sobre o empreiteiro principal em caso de inadimplemento pelo subempreiteiro. Ademais, o devedor subsidiário (empreiteiro) demandado pelo pagamento da dívida trabalhista do devedor principal (subempreiteiro) pode, até a contestação, exigir que primeiro seja atingido por eventual execução dos bens deste, conforme podemos verificar no art. 827 do Código Civil, que trata do benefício de ordem. Outra é a situação da responsabilidade solidária (passiva), onde o credor pode exigir o crédito de qualquer um dos devedores solidários (ou de todos), sem que se tenha que aguardar o inadimplemento de um deles, e sem que o benefício de ordem possa ser invocado.

O art. 455 da CLT não faz expressa alusão a existência de responsabilidade do dono da obra, no caso de o empreiteiro não honrar as suas obrigações trabalhistas, entretanto, a jurisprudência majoritária entende que, ainda assim, pode ser responsabilizado, tendo em vista a solidariedade que decorre da culpa “*in eligendo*” (arts. 912 e 932 do Código Civil). Outra corrente, entretanto, sustenta que a responsabilidade solidária decorre da lei ou da convenção entre as partes, não podendo ser presumida (art. 265 do Código Civil), logo, em tese, não há que se falar em responsabilidade do dono da obra.

5.6 - Reconhecimento de vínculo empregatício direto com o contratante

Ainda sobre os aspectos relativos à terceirização, importante ressaltar que, mesmo havendo a contratação de serviços relacionados à atividade-meio, a hipótese de configuração de vínculo empregatício ainda está presente, isso porque o vínculo será reconhecido se for detectada a terceirização fraudulenta. Ademais cabe mencionar que se forem verificadas, em especial, a subordinação e a pessoalidade na Terceirização, o vínculo também será reconhecido.

Dessa forma, presentes, na relação de terceirização, os requisitos acima elencados, em especial o da subordinação e o da pessoalidade, restará caracterizado o vínculo empregatício entre o contratante e os empregados da contratada, vejamos dois acórdãos que demonstram a subordinação jurídica, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, posto que a atividade exercida é habitual, necessária a atividade realizada pela empresa:.

“Relação de emprego. Copeira. O exercício da função de copa numa empresa que realiza festas (buffet) está inserido dentro de seu cotidiano e da necessidade habitual do negócio evidenciando a existência de subordinação jurídica e trabalha por conta alheia. Vínculo de emprego reconhecido.

Sendo a atividade comum e normal para as finalidades da empresa, não há porque mascarar o vínculo de empregado em atividade essencial.

“VINCULO EMPREGATÍCIO. MONTADOR DE MÓVEIS. A prestação de serviços (montador de móveis) no âmbito da atividade-fim da empresa (comércio varejista de móveis), realizada com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, configura de forma inequívoca a relação empregatícia nos moldes do art.3º da CLT. TRT/SP - 02155200130202006 - RO - Ac. 4ªT 20050035341 - Rel. PAULO AUGUSTO CAMARA - DOE18/02/2005”²⁸

O fato da atividade do trabalhador ser imprescindível aos fins e aos objetivos empresariais não cria a possibilidade, ou justificativa para o não reconhecimento do vínculo de emprego.

Saliente-se que, além das conseqüências trabalhistas decorrentes do reconhecimento do vínculo empregatício, como anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS e pagamento de todos os encargos trabalhistas, a contratante poderá ser autuada pela fiscalização do Ministério do Trabalho em decorrência da ausência da referida anotação na CTPS do empregado.

CAPÍTULO VI – FISCALIZAÇÃO NA TERCEIRIZAÇÃO

6.1 - Procedimentos a serem adotados visando atender à Fiscalização do Trabalho

Apresentamos as orientações contidas na Instrução Normativa no 7/90 atinentes à fiscalização do trabalho:

²⁷ www.trt02.gov.br

²⁸ www.trt02.gov.br

i) o Registro de Empregado deve permanecer no local da prestação de serviços, para exame do Contrato de Trabalho e identificação do cargo para o qual o trabalhador foi contratado:

ii) os exames médicos para admissão bem como os periódicos deverão, também, permanecer arquivados junto ao Registro do Empregado, no local da prestação de serviços;

iii) o controle da jornada de trabalho deve ser feito no local da prestação de serviços. Tratando-se de trabalhador que presta serviço externo, este controle deve permanecer na sede da empresa contratada;

iv) cópias dos Contratos Sociais das partes contratantes devem permanecer no local da prestação de serviços,

Para que o fiscal possa averiguar se a contratante desenvolve atividade e tem finalidades diversas das exercidas pela contratada.

6.2 - Medidas preventivas da contratante para diminuir os riscos desta contratação

Primeiramente, para que as empresas possam terceirizar suas atividades, com a finalidade de melhor dirigirem suas atividades-fim, reduzindo, inclusive, custos empresariais, além do risco de serem obrigadas a arcar com débitos de eventual inadimplência por parte da empresa contratada, algumas medidas podem ser adotadas, para que a terceirização seja lícita faz-se necessário que se observem alguns quesitos, que se fazem mister necessários para as partes envolvidas, principalmente para o trabalhador, posto que as antigas garantias trabalhistas não mais podem satisfazer às novas necessidades da relação de trabalho, haja vista que muitas vezes o trabalhador não encontra qualquer respaldo legal para protegê-lo.

1) Que ocorra somente nas atividades-meio, atividades não essenciais da tomadora de serviços. Cabe lembrar que a contratação para realização de atividades essenciais somente poderá ocorrer em caráter temporário, observando as disposições da Lei nº 6.019/74.

2) A prestadora de serviços deve recrutar contratar, assalariar os funcionários, e dirigir a prestação de serviços.

3) O contrato de prestação de serviços deve estabelecer expressamente a responsabilidade da empresa prestadora no que concerne ao atendimento das suas obrigações trabalhistas coletivas aos empregados envolvidos no contrato.

As empresas devem analisar ainda a idoneidade econômica da empresa contratada, a especialização dos serviços a serem realizados, evitar cláusula de exclusividade entre a contratante e a contratada e o serviço deve ser dirigido pela própria empresa terceirizada.

Além disso, a contratante deve certificar-se de que a atividade do contratado (prestador de serviços) é regular; que seus empregados são registrados; que recebem as verbas trabalhistas pertinentes; podendo exigir da empresa prestadora, que os documentos atinentes aos empregados fiquem na sua empresa para eventual verificação da fiscalização trabalhista, como prevê a Instrução Normativa nº 7.

Pode exigir, também, que o contratado comprove os recolhimentos devidos ao INSS, FGTS, Finsocial, PIS, Imposto de Renda na Fonte, apresente os recibos de pagamento dos empregados alocados para a prestação de serviços, bem como outras verbas trabalhistas, sob pena de não se liberar o pagamento dos serviços prestados.

Com relação à prestação de serviços, deve a contratante evitar:

i) controlar a jornada de trabalho dos empregados da empresa contratada;

ii) fiscalizar ou controlar diretamente as atividades desempenhadas pelos empregados da prestadora. O serviço a ser executado deve ser comandado por prepostos da contratada, evitando-se a formação de vínculo empregatício entre os empregados desta e a tomadora;

iii) que a empresa contratada envie sempre os mesmos empregados para a prestação dos serviços nas dependências da contratante;

iv) a concessão de benefício aos empregados da contratada, restrito aos empregados da contratante;

vi) efetuar qualquer pagamento diretamente aos empregados da contratada;

vii) a utilização, pelos empregados da contratada, de documentos de identificação permanente para ingresso na empresa, ou cartões de visita, com o nome da contratante, como se estes fossem seus empregados; e

viii) pagamento de despesas como condução, alimentação, diretamente aos empregados da contratada.

Isso porque essas condutas criam os requisitos para configuração do vínculo empregatício, como a personalidade, subordinação, entre outros.

Essas são recomendações para que a empresa contratante possa dirimir os riscos da contratação, resguardando seus interesses, evitando inclusive a possibilidade de fraude na contratação,

CONCLUSÃO

Nos dias atuais a terceirização é um meio que vem sendo utilizado por grandes empresas com resultados positivos, haja vista que representa, na maioria dos casos, uma redução significativa dos custos.

A rigor, deveria ser utilizada para atender à especialização e melhoria de qualidade, que foram os argumentos para sua reivindicação ao Estado.

Todavia, a terceirização implica risco, dos quais podemos mencionar os principais: i) ações trabalhistas e autuações administrativas; ii) capacidade técnica inferior do contratado; iii) ausência de controle direto da atividade executada pelo contratado; e iv) vulnerabilidade das informações em poder de terceiro, o que exige cautela das empresas que elegem esse sistema de trabalho, isso porque sua utilização está sendo desvirtuada.

Conforme reza o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, “serão nulos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Não se pode admitir que, para reduzir custos, haja transformação da relação de emprego para uma de prestação de natureza civil, o que resulta nítida fraude trabalhista. Importantíssimo salientar que na prestação de serviço terceirizado não pode haver subordinação, pois a pessoa que dirige as atividades do trabalhador é, de forma legítima, considerada empregadora.

E ainda, é de se entender que a terceirização só pode ser feita nas atividades-meio, que são os serviços especializados auxiliares do processo produtivo da tomadora. Serviços estes que não produzem, isoladamente, proveitos econômicos, por não estarem diretamente ligados aos fins sociais da tomadora, salvo nos casos de contratação de empregado temporário que somente deve ser feita em caráter extraordinário ou de substituição de um efetivo pelo prazo de 90 dias, podendo ser prorrogado por mais 90 com prévia autorização do Ministério do Trabalho, a teor da Lei 6.019/74.

Cumpra salientar que a terceirização tem sido desvirtuada, como vimos no decorrer do texto, sendo necessária uma normatização mais rigorosa para compelir a fraude e a precarização do trabalho.

Ao meu ver, essa norma deve ser incentivadora da inclusão social e facilitadora no tocante à terceirização.

Entendo também que a questão tributária poderia ser revista no sentido de garantir a formalização do mercado de trabalho.

Por fim, ressalva-se que não será possível o reconhecimento de vínculo empregatício quanto à Administração Pública, em respeito ao artigo 37 da Constituição Federal, que preceitua que só será admitido funcionário na administração pública direta, indireta ou fundacional, mediante concurso público, mas sua utilização impune não deixa de ser um péssimo exemplo, particularmente nas hipóteses que são vedadas às relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. “*A terceirização no Direito do Trabalho*”: limites legais e fraude à Lei”. Revista de Direito do Trabalho, Editora RT, São Paulo, 1992.
- BARROS, Cassio Mesquita. “*Flexibilização do Direito do Trabalho*”. Editora Ltr., nº 58, V.2
- CARRION, Valenti. “*Comentário à consolidação das leis do trabalho*”. Editora Saraiva, 28ª edição, 2003.
- COSTA E SILVA, José Ajuricaba da. “*Terceirização, a Solução Jurídica Japonesa*”. Editora Ltr., V. 58, nº 2, São Paulo 1994.
- DELGADO, Maurício Godinho. “*A Terceirização no Direito do Trabalho Brasileiro – Notas Introdutórias*” in Ltr., nº 58, V. II, Porto Alegre, 1994.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “*A Terceirização no Serviço Público*”. Revista Ltr, Editora Ltr, São Paulo, Vol. 60, nº 1996.
- FERREIRA DE CASTRO, Rubens. “*A terceirização no Direito do Trabalho*”. Editora Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- GOMES, Orlando. “*Contratos*”. Editora Forence, Rio de Janeiro, 1994.
- LAMARCA, Antônio. “*Curso Normativo do Trabalho*”. Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. “*Aspectos jurídicos da Terceirização*”. Revista Síntese Trabalhista, Editora Síntese, Porto Alegre, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto.. “*A Terceirização e o Direito do Trabalho.*”
Melhoramentos, São Paulo, 1995.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. “*Iniciação do Direito do Trabalho*”. Editora
Ltr, 27ª edição, São Paulo, 2001.

RAMOS FILHO, Wilson. “*o Enunciado nº 331 do TST: Terceirização e a
Delinqüência Patronal.*” Revista Síntese Trabalhista, Editora Síntese, Porto
Alegre, 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “*Fundamentos do Direito do Trabalho*”. Editora
Revista Forense, v. 158, a. 52, São Paulo, 1993.

SERPA LOPES, Miguel Maria de.: “*Curso de Direito Civil*”, v. 1, Rio de Janeiro:
Freitas Bastos, 1989.

SILVA, Ricardo Menezes. “*A Contratação Irregular de Trabalhador na forma do
Enunciado 331, II do TST e seus Efeitos perante Empresa Interposta e a
Administração Pública.*” Revista de Direito do Trabalho, Editora Ltr, São Paulo,
1995.

TEIXEIRA, Ribeiro Eraldo. “*Direito e Processo do Trabalho*”, São Paulo, Premier
Máxima, 4ª ed, 2005,p. 31

Site: www.tst.gov.br

Site: www.senado.gov.br

Site:http://www.econ.fea.usp.br/cacciamali/a_flexibilizacao_restrita_e_descentralizada_das_relacoes_de_trabalho_no_brasil.pdf

SOUTO LEIRIA, Jerônimo. *“Terceirização-Uma alternativa de Flexibilidade Empresarias”*. Editora Sagra – DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de: *“Relação de Emprego: Estrutura Legal e Pressupostos”*, São Paulo, Saraiva, 1975.