



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Fernando Luiz Linhares Vital Filho  
Matricula: 0276070

**A MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA E A PROTEÇÃO JURÍDICA  
AO TRABALHADOR**

Fortaleza-Ceará  
2010

FERNANDO LUIZ LINHARES VITAL FILHO

**A MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA E A PROTEÇÃO JURÍDICA AO  
TRABALHADOR**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do Professor Emmanuel Teófilo Furtado.

Fortaleza–Ceará

2010

FERNANDO LUIZ LINHARES VITAL FILHO

**A MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA E A PROTEÇÃO JURÍDICA AO  
TRABALHADOR**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC.

Fortaleza (CE), 29 de novembro de 2010.

Emmanuel Teófilo Furtado, Dr.  
Prof. Orientador da Universidade Federal do Ceará

Fernando Basto Ferraz, Dr.  
Prof. Examinador da Universidade Federal do Ceará

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima  
Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará

A Deus pelo dom da vida.

Aos meus pais,  
pelo amor e ternura sem fim, e por  
serem o meu porto seguro.

Aos meus irmãos e amigos,  
por estarem comigo nos momentos  
difíceis e que fazem parte da  
minha história de vida.

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Emmanuel Teófilo Furtado por ter aceitado ser meu orientador e principalmente pelo apoio prestado durante todo o desenvolvimento desta pesquisa, sempre atuando e agindo de forma atenciosa, possibilitando chegar ao final com a certeza do trabalho cumprido.

Ao Professor Fernando Basto Ferraz e à Mestrando da Universidade Federal do Ceará Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima, pelo carinho e presteza com que aceitaram o convite para compor a banca examinadora desta monografia.

## RESUMO

O objetivo desta monografia é o estudo acerca da mão de obra terceirizada, avaliando, principalmente à luz do princípio da proteção ao trabalhador, a evolução desse instituto. Em razão da complexidade do tema, a legislação e a jurisprudência existentes ainda não permitem uma orientação definitiva. Ademais, há uma grande diferença entre o poder econômico do empregador e a força de trabalho do empregado, sendo esta insuficiente para garantir seus direitos perante a flexibilização decorrente da terceirização. Além disso, as fronteiras entre terceirização lícita e ilícita não são precisas, apesar da Súmula n.º 331 do TST. Cabe à empresa tomadora de serviço fiscalizar as operações da prestadora na execução do serviço e pagamento dos créditos trabalhistas, sob pena de responsabilização. Por fim, sugere-se a criação de legislação específica sobre o tema, bem como uma atuação incisiva dos órgãos públicos de fiscalização, que devem assegurar os direitos fundamentais dos trabalhadores, para evitar a precarização das condições de trabalho.

Palavras-chave: proteção ao trabalhador, responsabilidade subsidiária, isonomia salarial, terceirização.

## ABSTRACT

The objective of this research is to study about the usage of outsourcing labour, analyzing, with support in the principle of the worker protection, the evolution of this institute. For the reason of complexity of the subject, the law and jurisprudence still do not permit a definitively orientation. Also, there is a lack between the economical power and the strength of the worker, so not been enough to guarantee their fundamental rights in front of the flexiblensness of the law resulting from outsourcing. Besides, the limits between legal and illegal outsourcing is thin, despite the proposition number 331 from TST. Belong to the contractor company to control the action of the contracted company in the execution of the contract and in the payment of workers, under penalty of becoming responsible. At least, is proposed the creation of specific laws about the theme, also an active performance from the public sector, to whom belongs the duty to assure the fundamental rights of the workers, to avoid the precariousness of the labor conditions.

Key-words: worker protection, subsidiary responsibility, equitable salary, outsourcing.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E TERCEIRIZAÇÃO.....	11
1.1 Desenvolvimento histórico da flexibilização das normas trabalhistas .....	12
1.1.1 Desenvolvimento histórico da terceirização no Brasil .....	13
1.2 Conceito de terceirização .....	14
1.3 Classificação .....	16
1.4 Direito estrangeiro .....	17
2 A TERCEIRIZAÇÃO .....	19
2.1 A Terceirização e a Administração de Empresas .....	19
2.1.1 Vantagens e desvantagens .....	20
2.2 Evolução normativa .....	22
2.2.1 Descentralização por parte da administração pública .....	23
2.2.2 Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83 .....	24
2.2.3 A terceirização e as cooperativas de trabalho .....	25
2.3 Evolução jurisprudencial .....	27
2.3.1 Súmula 239 do TST .....	28
2.3.2 Súmula 257 do TST .....	28
2.3.3 Súmula 256 do TST .....	29
2.3.4 Súmula 331 do TST .....	29
2.4 A terceirização e o trabalho temporário .....	30
2.5 A terceirização lícita e ilícita .....	32
2.6 A ausência de personalidade e subordinação diretas na terceirização .....	35
2.7 A terceirização na administração pública .....	36
3 A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO	43
3.1 Conceito de princípio jurídico .....	43
3.2 Princípio da proteção ao trabalhador .....	44
3.3 Aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador na terceirização.....	45
3.3.1 Efeitos jurídicos da terceirização.....	45
3.3.2 Poder/dever de fiscalizar a terceirização.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	53
REFERÊNCIAS .....	55
ANEXOS .....	56
ANEXO A – JURISPRUDÊNCIA .....	57
ANEXO B – ANEXO VII, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3 DO MPOG .....	60

## INTRODUÇÃO

O tema a ser estudado ganhou grande importância nas últimas décadas, tendo se desenvolvido concomitantemente à evolução do modo de produção. O mundo em que vivemos está em constante transformação, velhos ideais se vão e novos surgem em pouco espaço de tempo. Nesse contexto histórico de grandes mudanças surge a ideologia neoliberal, afetando profundamente as relações de trabalho, através da flexibilização das normas ou pela introdução de novos institutos, com o intuito de ofertar mais ferramentas ao desenvolvimento empresarial.

Hoje milhares de trabalhadores exercem a função de terceirizado, em empresas particulares ou órgãos públicos. Na prática esse instituto já está consolidado no meio social, sendo usado de forma indiscriminada em alguns casos, diante da insuficiente regulamentação.

O modelo padrão de relação trabalhista no Brasil é bilateral, composto por empregador e empregado. O modelo proposto na terceirização é trilateral, claramente distinto do modelo clássico. Essa diferença traz grandes consequências para as relações jurídicas decorrentes desse novo modelo de contrato trabalhista, afetando os princípios e os objetivos consolidados pelo Direito do Trabalho ao longo dos anos, principalmente os constantes na Constituição Federal de 1988.

A terceirização é uma estratégia na forma de administração das empresas que representa um grande avanço empresarial diante da viabilização do gerenciamento pleno da empresa em relação a sua atividade principal, delegando a realização de atividades secundárias a uma empresa diversa, reduzindo custos de produção e aumentando a especialização, a competitividade e por consequência os lucros da empresa,. Tornando-a uma forma imediata de redução de custos com mão de obra.

Entretanto, essa estratégia de administração de empresas repercute de forma contundente no direito do trabalho, visto quem, além de promover substancial alteração na definição típica da relação de emprego, bilateral por natureza, tende a incorrer em grave precarização das condições de trabalho. O modelo trilateral da relação de trabalho, que surge com o processo terceirizante, é claramente distinto do modelo clássico da relação de emprego, 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 prestadora de serviço) provoca grandes mudanças em relação aos objetivos tutelares e equitativos que caracterizam o Direito do Trabalho.

A terceirização coloca em choque duas temáticas correlatas: as necessidades da gestão empresarial moderna, pautada na competitividade e lucratividade; e a proteção jurídica ao trabalhador, fundamentada na relação de emprego típica, com empregador único e protegida, ainda que de forma mínima, contra a dispensa injustificada. Desse modo, esse instituto, também conhecido como “especialização flexível”, segue a tendência neoliberal de especialização no caráter empresarial e de flexibilização no caráter jurídico.

A temática ganha ainda mais vigor quando se pensa nos incontáveis trabalhadores que, hipossuficientes diante de seus empregadores, são submetidos a essa situação jurídico-social. O resultado é que a terceirização altera a relação de trabalho como se conhece hoje, sendo esse o foco principal da pesquisa.

Diante dessas considerações, buscamos desenvolver pesquisa monográfica com a seguinte direção: analisar a origem, o desenvolvimento histórico e a atual utilização desse instituto jurídico-social, destacando seus benefícios e malefícios na relação empregado-empregador em contraposição à proteção jurídica dispensada ao trabalhador norteadora do Direito do Trabalho e positivada na Constituição Federal de 1988.

A justificativa para este trabalho é procurar desenvolver estudo acerca do assunto de modo a servir para uma melhor compreensão sobre a problemática da terceirização no Brasil, de forma que possa contribuir para o aprimoramento da matéria apresentada, visando obter a exata noção das consequências da flexibilização das normas trabalhistas causadas pela terceirização diante dos efeitos do princípio da proteção ao trabalhador como base das normas justralhistas, analisando como esses efeitos recaem sobre o trabalhador e sobre o poder público.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos, utilizando, para tanto, livros e revistas. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, descrevendo, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procurará aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

Cumpra-nos, então, verificar a pertinência do tema abordado e observar as inovações propostas por este instituto, considerando a sua repercussão social e a necessidade de sua aplicação, conforme o exige a dinâmica social.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

O primeiro capítulo reflete acerca do histórico do instituto, seu conceito e sua natureza jurídica. No segundo capítulo, faremos um levantamento histórico sobre as normas reguladoras da terceirização no ordenamento jurídico pátrio, enfatizando as vantagens e desvantagens desse instituto em relação à empresas e trabalhadores. Em seguida, o terceiro capítulo adentra no tema do princípio da proteção ao trabalhador, sua definição como princípio basilar no Direito do Trabalho, além da abordagem de seus efeitos sobre os casos concretos de terceirização, com ênfase especial as suas características e aplicação, no qual buscaremos analisar as consequências da aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador, no instituto da terceirização no Brasil.

# 1 TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Um dos pilares da sociedade pós-moderna ou pós-industrial é a especialização, presente em todos os setores sociais, principalmente no mercado de trabalho, pois não se requer apenas um empregado qualificado para trabalhar em uma área da empresa, atualmente, exige-se desse empregado que ele seja altamente especializado, dominando o conhecimento de uma área específica do processo de produção.

Nesse contexto surgem novas formas de contratação, como o trabalho temporário, o contrato de trabalho por tempo determinado, o trabalho em tempo parcial e a terceirização. Dessa forma, a flexibilização no Direito do Trabalho pode ser entendida como adaptação das normas trabalhistas a situações peculiares da realidade econômica atual, diferente da desregulamentação, que seria a ausência de regulação estatal e da proteção ao trabalhador em prol de interesses particulares.

Nesse sentido, Fernando Basto Ferraz ensina, de forma correta, ao citar o autor Ari Possidonio Beltran<sup>1</sup>, sobre a diferença entre flexibilização e desregulamentação:

a desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de empregado. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis em que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação.

A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que compatibilizam as mudanças de ordem econômica ou social existentes na relação entre empregador e empregado. Segundo Sérgio Pinto Martins<sup>2</sup>, a flexibilização pode ser classificada em de remuneração, na utilização da força de trabalho e em relação à estabilidade no tempo de duração do contrato de trabalho, e divide-se em:

(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 o horário de trabalho, o trabalho em tempo reduzido; (c) funcional, que diz respeito aos métodos ou técnicas de gestão de mão de obra, em decorrência das exigências da produção.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em vários momentos, a flexibilização das regras trabalhistas, através dos seguintes mandamentos: os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI); a compensação ou a redução da

---

<sup>1</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade. São Paulo: LTr, 2001, p. 152. In FERRAZ, Fernando Basto, São Paulo: LTr, 2006, p. 16.

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 6 horas diárias poderá ser feito por intermédio de negociação coletiva (art. 7º, XIV).

Pelo exposto, observa-se que a flexibilização das normas no Brasil pode ocorrer mediante a participação do sindicato, podendo ser tanto para melhor como para pior, dependendo do contexto em que será realizada a negociação coletiva.

No entanto, outras formas de flexibilização foram introduzidas no dia a dia das relações de empregado através da terceirização, a qual surge como forma de adaptar a relação de emprego aos novos métodos de gestão empresarial e às inovações tecnológicas. Através da terceirização, incentiva-se o trabalho em tempo parcial, ocasional ou precário, no qual são perdidos muitos dos direitos trabalhistas. Existem também grandes perdas em relação à força sindical, com a desagregação dos filiados, inibição do sindicalismo e redução da base sindical, afetando a dimensão da categoria e a representatividade do sindicato.

Para tanto, afigura-se oportuno um relato do breve histórico da flexibilização das normas trabalhistas e da terceirização no Brasil, no qual veremos o desenvolvimento dessa tendência à especialização nas relações de emprego e da terceirização.

## **1.1 Desenvolvimento histórico da flexibilização no Brasil**

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

No Brasil, as iniciativas flexibilizadoras têm se originado no próprio governo federal, sob o pretexto da necessidade de se reduzir o desemprego em nosso país, sempre com base na negociação sindical, entretanto, não se leva em consideração que a atuação sindical é muito fraca, de modo que a flexibilização, através da negociação sindical, tende a beneficiar o empregador. Conforme ensina Fernando Basto Ferraz<sup>3</sup>:

Contudo, toda essa responsabilidade que se tem dado ao sindicato brasileiro parece não levar em conta que a maioria deles não é atuante, possui legitimidade questionada, embora amparado por lei. O sindicato ainda não atingiu a sua maioria. Ainda conta com a proteção paternal do Estado que lhe garante receita compulsória e a manutenção da unicidade sindical (CF/88, art. 8º, incisos II e IV). Não se pode flexibilizar as normas trabalhistas de um país, como o Brasil, pelo único caminho da negociação sindical, amordaçando seus sindicatos.

---

<sup>2</sup> MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

<sup>3</sup> FERRAZ, Fernando Basto, Op. cit., p. 49.

A flexibilização das normas de Direito do Trabalho visa a assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores direitos mínimos e aos empregadores a possibilidade de adaptação do seu negócio à competitividade do mercado atual.

Em outras palavras, a flexibilização não necessariamente significa redução ou extinção de direitos trabalhistas, podendo representar forma de adequação da lei para melhor servir à realidade social. Não obstante, atualmente, os termos são frequentemente utilizados como sinônimos, como pressupostos da necessidade de mudança das relações trabalhistas, com o intuito de satisfazer tão somente o interesse econômico.

Além da forma de flexibilização acima, citada existe também a terceirização, que surge de forma paradoxal, pois esse processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica do país. Assim, esse fenômeno deveria se coadunar aos princípios justralhistas, para que não seja utilizado como instrumento de precarização das relações de empregado no Brasil.

### 1.1.1 Desenvolvimento histórico da terceirização no Brasil

A terceirização é um fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho brasileiro, tomando forma clara e estrutura bem desenvolvida somente nas últimas três décadas.

De fato, a terceirização não teve grande destaque nas primeiras décadas dos primeiros grandes impulsos de industrialização no Brasil nos anos 30 e 40, nem mesmo na internacionalização ocorrida nos anos 50, tendo se mantido o modelo clássico das relações trabalhistas.

Em fins da década de 60, é que surgem as primeiras referências à terceirização no ordenamento jurídico, através do Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, que versavam sobre o referido fenômeno na área da administração direta e indireta da União.

A partir da década de 70, a legislação ordinária incorporou um dispositivo normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-o ao campo privado da economia. Esse dispositivo era a Lei nº 6.019/74, que tratava do trabalho temporário. Somente em 1983 foram admitidos mais avanços sobre o tema, pela Lei nº 7.102/83, a qual autorizava a

terceirização do trabalho de vigilância bancária a ser efetuada em caráter permanente, ao contrário da terceirização realizada através da Lei nº 6.019/74, caracterizada pelo temporário<sup>4</sup>.

A jurisprudência trabalhista, nos anos 80 e 90, começou a se voltar para o tema, que começava a se generalizar com cada vez mais frequência no mercado de trabalho brasileiro. A contratação indireta de mão de obra passou a ser regulada pela jurisprudência sumulada da mais alta corte trabalhista do Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, que, em 1980, fixou a Súmula 256, revisto em 1994 pela Súmula 331. Tal disposição revela-se como a mais importante referência jurídica sobre o fenômeno da terceirização, pois, embora tratando da contratação indireta de serviços, acabou por positivizar alguns limites à terceirização, cientificamente considerada<sup>5</sup>.

Atualmente, sob o aspecto jurídico, a terceirização não possui conceituação legal e a ausência de uma disposição sistemática sobre o fenômeno abriu espaço para inúmeras formas de interpretações jurídicas que trouxeram, ao longo dos anos, grande insegurança na aplicação das normas trabalhistas.

Para que se busque esclarecer a expressão terceirização, analisar-se-á o conceito dos vários doutrinadores brasileiros. Este assunto será objeto das próximas explicações.

## **1.2 Conceito de terceirização**

A palavra terceirização é oriunda da Ciência da Administração e foi adotada sem ajuste científico pelo Direito. A expressão deriva da palavra “terceiro”, que se aplica na medida em que corresponde à delegação de execução de atividades acessórias a terceiros. Contudo, sob o prisma jurídico, a expressão não é adequada, pois, por terceiro, dever-se-ia entender alguém estranho à relação jurídica, o que não se verifica, pois o “terceiro” que executa as atividades acessórias não é elemento alienígena da relação jurídica. Todavia, dado o largo emprego do vocábulo “terceirização” no cotidiano prático, é forçoso aceitá-lo e utilizá-lo com as ressalvas necessárias ao rigor científico.

Segundo Mauricio Godinho Delgado<sup>6</sup>, terceirização pode ser definida no Direito do Trabalho como:

[...] o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

<sup>4</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit., p. 18

<sup>5</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTR. 2010, p. 416.

<sup>6</sup> Ibid., p. 415.

De outro modo, Alice Monteiro de Barros<sup>7</sup> enfatiza a transferência das atividades-meio da empresa tomadora para a empresa prestadora de serviço, conceituando terceirização como:

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

De modo semelhante, Livia Miraglia<sup>8</sup> caracteriza a terceirização como:

[...] uma forma de organização empresarial que visa a descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal.

Em síntese, a terceirização é um contrato trilateral, em que há o trabalhador, a empresa que presta serviço e a empresa tomadora de serviço, no qual, a empresa tomadora transfere à empresa prestadora a realização de suas atividades-meio e o vínculo jurídico com os trabalhadores que realizarão essas atividades, de modo que a subordinação jurídica deverá ocorrer perante a empresa prestadora de serviço.

Em relação à natureza jurídica do instituto, não há muita divergência. Na doutrina o tema é abordado de forma simplista, não há dúvidas de que a natureza jurídica da terceirização é contratual, pois é celebrado o contrato entre duas empresas, baseado no acordo de vontades, em que a primeira – prestadora de serviços – prestará à segunda – tomadora de serviços – serviços especializados de forma continuada.

Enquanto Sergio Pinto Martins<sup>9</sup> afirma que:

Difícil é dizer qual a natureza jurídica da terceirização, pois, como foi visto anteriormente, existem várias concepções a serem analisadas. Dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam eles nominados ou inominados.

Apesar de o autor acreditar que a natureza jurídica da terceirização dependerá dos vários elementos contratuais constantes em cada relação, compartilhamos o posicionamento majoritário, que afirma ser a terceirização de natureza contratual, tendo em vista que basicamente é um acordo de vontades representado pela celebração de um contrato, no qual será prevista a prestação de um serviço ou a entrega de um produto.

É inegável que a definição e a prática da terceirização estejam vinculadas também à redução de custos, mas não somente a isto. A terceirização objetiva o aumento da

---

<sup>7</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 452.

<sup>8</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 214.

<sup>9</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit. p.25

competitividade (equalizando a qualidade), servindo-se de melhores tecnologias, buscando o desperdício zero e a consequente redução dos custos fixos. Entretanto, de forma errônea, alguns administradores pretendem, com o processo, exclusivamente o ganho imediato com a redução de custos, e com isso, diminuir o quadro de pessoal e escolher fornecedores usando o menor preço, o que, via de regra, coloca em risco o futuro da empresa.

O objetivo principal da terceirização não é somente a redução de custos, mas trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Entretanto, essa redução de custos causa, de forma indireta, a precarização da relação de trabalho dos terceirizados.

### **1.3 Classificação**

Podem ser identificadas duas formas de descentralização do processo produtivo: uma, quando ocorre o repasse de serviços; e outra, na transferência a terceiros da responsabilidade pela produção de produtos.

Para Livia Miraglia<sup>10</sup>, existem dois tipos de terceirização: a terceirização para dentro da empresa e a terceirização para fora da empresa. Segundo a autora, a terceirização para fora da empresa pode ser definida como:

A terceirização para fora da empresa se dá pela contratação de uma empresa terceira, que passa a ser responsável pela produção de determinados bens necessários à consecução da atividade-fim da primeira. Tal fenômeno é denominado terceirização de bens ou atividades. Desta feita a atividade contratada pela empresa principal desenvolve-se no âmbito da empresa prestadora de serviços, à qual cabe o risco integral do empreendimento, nos termos do art. 2º da CLT.

Cumprе ressaltar que, caso a produção da empresa terceirizada seja voltada somente para suprir à empresa principal, restará caracterizada a formação de grupo econômico, de acordo com o parágrafo 2º<sup>11</sup>, do art. 2º, da CLT, resultando na responsabilidade solidária das empresas pelos créditos dos empregados.

Enquanto a terceirização para dentro da empresa, segundo a referida autora<sup>12</sup>, é a prestação de serviços, no qual a empresa tomadora contrata uma ou várias empresas prestadoras para a prestação de serviços acessórios à sua atividade no âmbito daquela empresa. Assim, os trabalhadores da empresa prestadora são locados dentro da empresa tomadora, segundo a autora:

---

<sup>10</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit., p. 138.

<sup>11</sup> §2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>12</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit., p. 140.

[...] Nessa hipótese, a “empresa-mãe” contrata “empresas-satélites” para a prestação de serviços não essenciais, desempenhados no âmbito daquela. Desse modo, os empregados terceirizados desempenham sua função dentro da empresa contratante, que é responsável pela direção e fiscalização sobre a execução do serviço.

Sergio Pinto Martins<sup>13</sup> também classifica a terceirização em externa e interna, porém acrescenta a sua doutrina estágios de terceirização, conforme transcrito a seguir:

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 de gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos, etc. Este último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa.

Da classificação elaborada pelo citado autor, percebe-se que as duas primeiras fases representam atividades-meio da empresa, enquanto a última está relacionada à atividade-fim, de modo que a terceirização se caracterizaria de forma ilegal.

Portanto, percebe-se que há dois tipos distintos de terceirização. A primeira é realizada fora da empresa, sendo contratado somente o produto do trabalho dos empregados; a segunda é realizada dentro da empresa, na qual o objeto da contratação é o trabalho em si, sendo, em sua maioria, serviços prestados de forma contínua.

## 1.4 Direito estrangeiro

Em maior ou menor escala, o fenômeno da terceirização está presente em quase todo o mundo. Assim, é pertinente observar como o tema é abordado ao redor do globo.

Sergio Pinto Martins<sup>14</sup> aborda o tema de forma sucinta antes de aprofundar sua análise sobre o direito estrangeiro, conforme segue:

Há países que proíbem o trabalho temporário, como a Suécia (Lei nº 1.877/80), a Espanha (Decreto-lei de 1952 e Decreto nº 3.677/70) e a Itália (Leis nº 264/49 e 1.369/60). Certos países o permitem, estabelecendo regulamentação legal para a questão, como a Bélgica (Decreto de 28-11-69), a antiga República Federal da Alemanha (Lei de 1972), a Dinamarca (Lei nº 114/70), a Noruega (Lei nº 83/71), os Países Baixos (Lei nº 379/65) e a França (Lei de 1972), sistema que serviu de inspiração para a nossa Lei nº 6.019/74. Outros países permitem a terceirização sem qualquer legislação sobre o assunto, como a Grã-Bretanha, a Suíça, a Irlanda e Luxemburgo, sendo aí, portanto totalmente desregulamentada..

Pela leitura da obra do referido autor, pode-se apreender que países como Argentina, México, Japão, França, Espanha, Itália e Venezuela adotam um sistema semelhante ao brasileiro, pelo qual a terceirização é lícita desde que observada a legislação sobre o assunto, porém, em caso de descumprimento, será declarada a responsabilidade solidária.

<sup>13</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit., p. 25.

<sup>14</sup> Ibid., p. 29.

Enquanto em outros países, onde predomina a ideologia neoliberal, como Luxemburgo, Estados Unidos da América, os componentes do Reino Unido e dos Tigres Asiáticos, não há regulação sobre o tema, sendo permitida toda forma de terceirização. Nos países de menor força econômica, a terceirização tem um efeito avassalador na precarização dos direitos trabalhistas dos empregados, como é o caso dos países asiáticos, através dos quais grandes multinacionais utilizam esse instituto como forma de reduzir seus custos e aumentar seus lucros através da precarização do trabalho, mitigando direitos dos trabalhadores.

## **2 TERCEIRIZAÇÃO**

O fenômeno da terceirização, visto como forma de avanço e modernização é relacionado com vantagens pelos setores empresariais e industriais da economia. Entretanto, poderá vir a trazer problemas trabalhistas do ponto de vista jurídico, em especial com relação ao princípio da primazia da realidade e à não caracterização do vínculo de trabalho.

Esse fenômeno se originou da necessidade de especialização e otimização dos recursos produtivos, com a finalidade de tornar a empresa mais competitiva e lucrativa. Portanto, a Ciência da Administração é o mais adequado ramo do conhecimento para a identificação dos elementos básicos e constitutivos da terceirização, já que, como foi dito, está na Administração o seu nascedouro.

### **2.1 A Terceirização e a administração de empresas**

Na Administração de Empresas, a terceirização constitui importante fonte de estratégia, de organização e de métodos da atividade empresarial, tratando-se de um processo de gestão. A terceirização é uma tendência de modernização das relações empresariais, sendo, portanto, uma realidade. As empresas que utilizam esse método claramente apresentam mais ganhos do que perdas.

A terceirização é uma opção nas mãos dos empresários, para melhorar o desempenho de sua empresa, pois esta tem de focar-se apenas naquilo que constitui sua atividade fim.

Como se vê, a terceirização de serviços não tem por objetivo único a redução de custos mediante a diminuição de trabalhadores na folha de pagamento da tomadora. Seu principal objetivo deve ser o aperfeiçoamento da produção, mediante o fornecimento de serviços que possibilitem à tomadora se desvincular de atividades acessórias, de modo a centrar suas forças no desenvolvimento da atividade principal.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins<sup>15</sup> leciona sobre os objetivos da terceirização na gestão empresarial:

[...] Antigamente, a empresa fazia de tudo no processo produtivo, tendo inúmeros setores ou departamentos, ou o processo produtivo ligado a empresas pertencentes ao próprio grupo econômico, mediante um controle unificado da matriz ou da holding. Assim, verificou-se a necessidade de delegar tarefas para terceiros, até como forma de gerenciamento da própria empresa, estabelecendo um sistema de parceria. Nas empresas muito grandes, constatou-se que certas atividades por ela desenvolvidas não tinham muita utilidade. Daí a necessidade de se descartarem das

---

<sup>15</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit., p. 43.

referidas atividades, para que possam fazer apenas aquilo em que se especializaram, não ficando com atividades intermediárias, que não são ligadas a sua atividade principal, e que não lhes dão efetivamente lucro.

Todavia, apesar da intenção da terceirização estar voltada para a gestão da empresa, ela vem sendo largamente utilizada pelas empresas para reduzir custos com a folha de pagamento, através da degradação da relação de emprego e deturpação das normas trabalhistas. Muitos são os casos em que a tomadora, valendo-se da terceirização, repassa a terceiros atividades que lhe são tidas como principais a outros, fraudando as normas e princípios laborais com o único objetivo de reduzir custos com mão de obra e encargos trabalhistas.

A terceirização espalha seus efeitos sobre a realidade empresarial e laboral no Brasil. Dessa forma, cabe a análise dos pontos positivos e negativos decorrentes da terceirização.

### 2.1.1 Vantagens e desvantagens

O modelo de produção pós-industrial favorece uma acirrada competição entre as empresas com relação ao mercado consumidor, gerando uma busca pela melhoria da produtividade e da qualidade do produto. Têm-se, então, custos mais baixos e, conseqüentemente, preço menor e lucro maior. A empresa, através do processo da terceirização, sofre uma reestruturação, diminuindo custos fixos e eliminando desperdícios; assim, pode direcionar seus recursos para a geração de novos produtos.

Uma das vantagens apontadas por Sergio Pinto Martins é que “a terceirização, ao gerar novas empresas, gera também novos empregos, e, em contrapartida, aumento da arrecadação de impostos, como o ISS na área de serviços [...]”<sup>16</sup>. Acreditamos que o autor está equivocado, tendo em vista que a necessidade do serviço na empresa continua a mesma, independente de quem executará o serviço, portanto não haverá criação de empregos.

Para o ex-empregado, algumas vantagens apontadas pelo referido autor são a possibilidade de trabalhar no seu próprio negócio, deixando de ser empregado para ser patrão; independência na prestação de serviços, o que não tinha quando empregado, pois era subordinado; maior motivação para produzir, e desenvolvimento de seu lado empreendedor<sup>17</sup>.

Já para a empresa tomadora, a principal vantagem é a melhoria na qualidade do serviço, pois ela teria mais liberdade para se aperfeiçoar em sua atividade principal, diante da transferência para terceiros especializados, que têm a incumbência da realização de atividades

---

<sup>16</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit., p. 44.

<sup>17</sup> Ibid, p. 45.

acessórias ou de apoio. Além disso, as atividades terceirizadas seriam realizadas de forma otimizada, pois os empregados terceirizados, teoricamente, são caracterizados pela especialização em determinada função.

Além dessas vantagens, existe também a possibilidade de redução de custos. Segundo Sergio Pinto Martins, “é ainda uma forma de diminuir custos, de modo não só a tornar a empresa competitiva, mas também possibilitando-lhe crescer, diante do fenômeno da globalização das economias e da concorrência internacional”<sup>18</sup>.

Entretanto, alguns autores citam um efeito contrário à melhoria na qualidade do produto e redução de custos, conforme ensina a autora Livia Miraglia<sup>19</sup>:

Cabe frisar, ainda, que de acordo com a Associação Americana de Administração de Empresas *Wyatt*, a redução das despesas não foi a esperada em mais da metade das empresas que adotaram a terceirização e o aumento da lucratividade foi observado em menos de um terço delas. Em contrapartida, observou-se a diminuição da qualidade dos produtos e serviços ofertados.

Pode-se afirmar que os empresários são os únicos beneficiados pela terceirização e pela redução do tamanho e do custo do empreendimento. Através da transferência da execução de atividades acessórias, as empresas serão capazes de aumentar sua margem de lucro em detrimento da qualidade do serviço e dos direitos dos trabalhadores.

Por outro lado, em tese, as empresas são capazes de economizar com encargos e reduzir custos, tornando-se mais competitivas, entretanto, quem paga os custos dessa melhoria é o trabalhador.

Para o empregado da empresa prestadora de serviços, há muitas desvantagens, como aviltamento das relações trabalhistas, pois os empregados perdem a possibilidade de acesso à carreira e ao salário da categoria, não se pode esquecer que os trabalhadores que hoje são terceirizados eram os empregados de ontem, os quais, agora, têm seus direitos trabalhistas reduzidos em face da condição anterior. Essa situação se agrava quando os terceirizados exercem atividades nas mesmas condições e ao lado de empregados da tomadora, fato que é recorrente nas terceirizações ocorridas na administração pública, constitui mera realocação de mão de obra, entretanto, os empregados são filiados a sindicatos diferentes, o que acarreta um enfraquecimento da força sindical da categoria.

Ocorre também a inviabilização de uma maior inserção no ambiente de trabalho, porque são vinculados a uma empresa, mas estão dispersos em várias tomadoras de serviços,

---

<sup>18</sup> MARTINS, Sergio Pinto, Op. Cit., p. 44.

<sup>19</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit., p. 125

enfraquecendo também no plano das relações coletivas, da ação sindical, sobretudo os movimentos grevistas.

A solução para esse problema sindical consiste em inserir o sindicato dos terceirizados na mesma categoria dos empregados da empresa que terceirizou.

Muitas vezes, a empresa prestadora de serviço não tem a estrutura empresarial necessária para essa atividade por ser muito pequena. Não tendo idoneidade financeira, a empresa não tem condições de cumprir as regras legais e convencionais. Segundo Sergio Pinto Martins, “Um dos principais riscos da terceirização é contratar empresas inadequada para realizar os serviços, sem competência ou idoneidade financeira, pois poderão advir problemas principalmente de natureza trabalhista”<sup>20</sup>.

A empresa que pretende transferir suas atividades acessórias deve ter em mente que a escolha da empresa prestadora de serviços deve ser criteriosa, pois caso ocorram problemas de ordem trabalhista ou fiscal, a empresa tomadora responde subsidiariamente, conforme será analisado nos capítulos posteriores, por conta da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, pela culpa na escolha da empresa ou pela culpa na fiscalização, com amparo na CLT e na Súmula 331 do TST.

Diante disso, daremos início a um estudo mais detalhado sobre as legislações e suas importantes modificações para o instituto da terceirização no Brasil.

## **2.2 Evolução normativa**

O crescimento do processo de terceirização no Brasil, a partir da década de 70, veio desafiar o modelo clássico da relação laboral. E o que destaca esse processo dos demais é o fato de que, até hoje, ainda não foi realizada a normatização desse fato social, tendo evoluído a passos largos, mas de modo informal, como direito alternativo, regulado pelas partes, sejam tomador, prestador, empregado ou sindicato, sendo marcante a falta de efetiva regulamentação estatal.

As primeiras referências legais sobre a terceirização tiveram origem na esfera da Administração Pública, conforme bem observado por Fernando Basto Ferraz: “Tradicionalmente as iniciativas flexibilizadoras implantadas no Brasil têm partido do governo federal. Todas elas se justificam sob o pretexto da necessidade de se reduzir o desemprego em nosso país” (FERRAZ, 2008, p. 49).

---

<sup>20</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 47.

A primeira dessas referências teve origem na reforma administrativa ocorrida em 1960, que visava a descentralização administrativa, através da transferência de atividades para o setor privado. Segundo Mauricio Godinho Delgado, “Tais textos normativos consistem no art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública”<sup>21</sup>.

Na década seguinte, foi elaborada a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74). Em 1980 surgiu a Lei nº 7.102/83, referente aos serviços de segurança bancária.

Assim, começaremos o estudo dos instrumentos legais referentes à terceirização pelo Decreto-lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70, que deram origem ao processo de terceirização no Brasil.

### 2.2.1 Descentralização por parte da administração pública

O Decreto-lei nº 200/67, visava nortear a reestruturação da Administração Pública, cujo objetivo era trazer mais eficiência e produtividade através do método de descentralização administrativa, previsto em seu art. 10<sup>22</sup>.

Diante disso, percebe-se que o referido diploma legal incentivava a Administração Pública a transferir as tarefas meramente executivas, ou atividade-meio, para o setor privado, mediante contrato. Assim, o administrador público estaria autorizado a descentralizar as atividades acessórias daquele órgão público. Entretanto, não foi estabelecido o rol de atividades que seriam passíveis de terceirização.

Portanto, foi elaborada a Lei nº 5.645/70, a qual continha, em seu art. 3º<sup>23</sup>, um rol exemplificativo de atividades que poderiam ser transferidas para empresas particulares, conforme a seguir transcrito:

---

<sup>21</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 417.

<sup>22</sup> Decreto-Lei n.º 200/67 “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: (...) c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (...) § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

<sup>23</sup> Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: [...] “Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967 ([Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997](#))”.

Esse dispositivo legal cita as atividades acessórias que são passíveis de terceirização, sendo claramente um rol exemplificativo, além disso, essas atividades estão inseridas no rol de atividades acessórias, ou seja, não são atividades principais, de forma que se deve entender que a terceirização de atividade-fim está proibida, de acordo com o princípio da legalidade estrita aplicável à Administração Pública, segundo o qual o administrador somente está autorizado a fazer o que a lei lhe permitir. Há ainda o incentivo à terceirização quando é indicado que essas atividades devem ser executadas preferencialmente por particulares.

Pelo exposto, observa-se que a terceirização foi inserida na normatividade brasileira através da Administração Pública, com o objetivo de realizar a descentralização administrativa. Em seguida, analisaremos as leis que regulamentaram a terceirização em relação ao mercado privado, tendo início com o trabalho temporário e o trabalho de vigilância bancária.

### 2.2.2 Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83

Em relação ao mercado privado, a terceirização ocorreu através de dois tipos de contratação distintos, o trabalho temporário e o trabalho de vigilância bancária.

A Lei nº 6.019/74 produziu uma inflexão no sistema trabalhista brasileiro, já que contrariava a relação clássica de emprego bilateral, pois era composta de três sujeitos, sendo trilateral, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo.

A edição da Lei nº 7.102/83 decorreu da necessidade de os estabelecimentos bancários terem vigilância especializada, em decorrência dos grandes riscos que sofrem. Como essa atividade não era relativa à instituição financeira e esta não poderia funcionar sem esses serviços, foi disciplinada a utilização da terceirização para a prestação do serviço especializado de vigilância.

Dessa forma, essa norma permite que a vigilância ostensiva e o transporte de valores sejam feitos tanto por empresas privadas especializadas para esse fim, como pela própria instituição financeira, desde que organizada e preparada para tal fim, conforme art. 3º da Lei nº 7.102/83.

A Lei nº 7.102/83 veio prever a sistemática da terceirização permanente, entretanto, seus efeitos foram restritos por instituir mecanismo de contratação terceirizada abrangendo apenas para uma categoria profissional específica, a de vigilante.

Apesar dessas normas reguladoras, o processo de terceirização expandiu-se sem controle, pois não havia proibição para as demais formas de terceirização, como ocorria na Administração Pública, através do princípio da legalidade estrita. Na época, a melhor solução seria a aplicação das normas referentes à Administração Pública na esfera privada.

### 2.2.3 A Terceirização e as cooperativas de trabalho

Cooperativa de trabalho pode ser definida como a sociedade de pessoas cujo objetivo é a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim. Entre os cooperados, não há subordinação, mas um regime de cooperação mútua.

As cooperativas podem ser uma forma de terceirização quando uma empresa contrata seus serviços ou bens.

O parágrafo único do artigo 442 da CLT, acrescentado pela Lei nº 8.949/94, estabeleceu que inexistente vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela, não importando o ramo de atividade da sociedade cooperativa.

A novidade introduzida pela Lei nº 8.949/94 acerca da ausência de vínculo empregatício entre trabalhadores da cooperativa e o tomador de serviços desta não mereceria maior atenção, não fosse pela existência da Súmula 331 do TST, que reconhece a existência de vínculo empregatício entre o tomador de serviços e o trabalhador, quando presentes a pessoalidade e a subordinação.

Não existe relação de trabalho entre o trabalhador associado e a cooperativa de trabalho. Quando a cooperativa contrata força de trabalho de trabalhadores estranhos ao quadro social, para atingir as suas finalidades sociais, enquadra-se como empregadora, à luz do artigo 2º, § 1º, da CLT. Mas, quando organiza o trabalho de seus associados, direciona-o para a prestação de serviços a terceiros, presta assistência e orientação aos cooperativados, sempre subordinada aos interesses destes e às deliberações das assembleias, a cooperativa é, em verdade, a expressão do próprio trabalho organizado de seus associados que, pela via associativa, obtém resultado do trabalho produtivo por conta própria e de forma autônoma.

Haverá relação de emprego entre a tomadora e os cooperados se estiverem presentes a pessoalidade e a subordinação direta destes para com aquela; da mesma maneira, haverá vínculo de emprego do trabalhador com aquele que se beneficiou dos serviços prestados, sendo irregular a constituição da sociedade cooperativa. Na segunda hipótese, estabelecidos os critérios do item IV, da Súmula 331 do TST, diante da inadimplência dos créditos dos cooperados, terá a tomadora responsabilidade subsidiária.

No entender de Sergio Pinto Martins<sup>24</sup>:

Não se poderá utilizar a cooperativa para substituir mão de obra permanente ou interna da empresa, pois seu objetivo é ajudar seus associados. A cooperativa não poderá ser, portanto, intermediadora de mão de obra. O empregador não poderá dispensar seus empregados para posteriormente recontratá-los sob a forma de cooperados, se persistirem o elemento subordinação e os demais pertinentes à relação de emprego.

Para que haja a real prestação de serviços por sociedade cooperativa e não exista vínculo de emprego, a sociedade cooperativa não pode servir como agenciadora ou locadora de mão de obra, além disso, os serviços prestados devem ser de conhecimentos específicos e não pode haver pessoalidade na prestação do serviço.

Cumpram também o ensinamento de Mauricio Godinho Delgado<sup>25</sup>, segundo o qual o intuito dessa norma é incentivar a prática cooperativa e não autorização para flexibilizar as normas trabalhistas, precarizando a relação de trabalho, através da mitigação dos direitos dos trabalhadores, conforme transcrito a seguir:

Isso significa que a ordem jurídica apenas favoreceu a prática cooperativista, envolvendo produtores e profissionais efetivamente autônomos (como cabe às cooperativas); neste favorecimento, criou, em favor dessas entidades, a presunção de ausência de vínculo de empregatício. Porém não conferiu ao cooperativismo instrumental para obrar fraudes trabalhistas.

Esse entendimento também é dominante nos tribunais. Assim, não há de se cogitar a inexistência de vínculo de emprego quando houver subordinação e pessoalidade. Nesse sentido, o TRT 7ª Região julgou que, apesar da forma cooperada, em sua essência o serviço não será cooperado quando houver pessoalidade no serviço prestado, conforme disposto a seguir:

**COOPERATIVA VÍNCULO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. Verificando a ocorrência de contratação de trabalhador por empresa interposta, correta a decisão do Juiz "a quo" que, aplicando a Súmula 331, I do TST, reconheceu o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora. MULTAS ARTS. 467 E 477, § 8º DA CLT - Multa rescisória. Havendo controvérsia, inclusive sobre a existência do próprio vínculo, descabe a aplicação da multa prevista no art. 477 da CLT. Consequentemente, indevida a multa do art. 467, da CLT, vez que são subsistem verbas rescisórias incontroversas. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEFERIMENTO O fundamento para a concessão dos honorários de advogado repousa nos arts. 5º incisos XVIII LXXIV; 8º, inciso V e 133 da Constituição Federal. Recursos conhecidos e parcialmente providos. [...] Não lhe assiste razão. Com acerto, a decisão constatou a ilicitude na terceirização e a exclusividade dos serviços prestados, além de estarem vinculados à atividade principal da suposta tomadora de serviços, numa inequívoca demonstração de burla das leis trabalhistas, escamoteando uma verdadeira relação de trabalho. [...] (Destacou-se).  
Desemb. Rel. DULCINA DE HOLANDA PALHANO - DOJT 7ª Região**

<sup>24</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 100.

<sup>25</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 420.

Logo, entende-se que o parágrafo único do artigo 442<sup>26</sup>, da CLT, traz uma presunção relativa da inexistência do vínculo de emprego, que pode vir a ser derrubada por prova em sentido contrário, caso estejam presentes os elementos pessoalidade e subordinação. Diante do princípio da primazia da realidade, não deve ser considerada a forma da relação empregatícia e sim sua essência. Presentes os elementos caracterizados da relação de emprego, não há como se cogitar a aplicação do par. único do art. 442 da CLT. Assim, será formado o vínculo de emprego normalmente, portanto, os abusos seriam coibidos pela Justiça do Trabalho.

## 2.3 Evolução Jurisprudencial

Diante da inércia legislativa, foram surgindo, através das Súmulas do TST, as primeiras regulações gerais sobre o tema. Essas súmulas são hoje a principal fonte de normatização em relação à terceirização no Brasil. Portanto, devem ser estudadas de forma aprofundada para que possamos entender como esse instituto é regulado atualmente.

### 2.3.1 Súmula 239

A primeira produção jurisprudencial sobre o tema em análise foi a Súmula 239, aprovada em 1985, transcrita a seguir:

SUM-239 BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998)

Esse dispositivo teve como objetivo evitar a fraude que ocorria no setor financeiro. Os bancos constituíam empresas de processamento de dados especificamente para atender as suas demandas, essa fraude tinha como intuito burlar a legislação especial referente aos bancários, que prevê, até hoje, a jornada reduzida, dentre outros benefícios.

---

<sup>26</sup>Consolidação das Leis do Trabalho - CLT Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. ([Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994](#))

Desse modo, não havia autonomia jurídico-econômica para a prestadora de serviço, restando configurada a existência de grupo econômico, o que resultava na responsabilidade solidária em relação aos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados.

### 2.3.2 Súmula 257

A Súmula 257 foi editada pela Resolução Administrativa nº 5/86 e tem a seguinte redação:

SUM-257 VIGILANTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003  
O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.

Conforme já exposto na análise da Lei nº 7.102/83, a atividade especializada de vigilância faz parte da terceirização lícita, sendo, inclusive, disciplinada por lei própria. Assim, não há dúvidas acerca da categoria a qual pertence o trabalhador terceirizado nessa atividade, de modo que não há possibilidade de equiparação com trabalhadores bancários, apesar de haver fraude na terceirização.

### 2.3.3 Súmula 256

No ano de 1986, aprovou-se a Súmula 256 do TST, que dispunha:

SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.

Histórico:

Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994.

A súmula fixava como exceções na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada de trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante na CLT. Em consequência dessa orientação, caso considerada ilícita a terceirização perpetrada por não estar de acordo com as Leis nº 6.019 e nº 7.102, portanto, diante da súmula, restava configurado o vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviço.

Alguns dos tópicos orientadores da Súmula 256 mantiveram-se firmes ao longo do tempo, como exemplo mantém-se a terceirização como exceção, preservando a relação jurídica básica, também foi firmado o entendimento de que será estabelecido o vínculo direto com a tomadora no caso de terceirização ilícita na esfera do trabalho em empresas privadas.

Contudo, a mencionada súmula fixou um rol exaustivo de possibilidades de terceirização de acordo com as Leis nº 6.019 e nº 7.102. Essa orientação significou que,

mesmo as atividades de limpeza e conservação, já pacificadas como modalidades de terceirização lícita, tornaram-se ilícitas. Além disso, não foram levadas em consideração as orientações constantes no Decreto-lei nº 200 e na Lei nº 5.645. Soma-se ao fato de que a CF/88 vedou o ingresso na Administração Pública sem concurso público, tornando inaplicável a súmula em questão. Diante disso, essa súmula foi objeto de revisão, tendo sido elaborada a Súmula 331.

#### 2.3.4 A Súmula 331 do TST

A Súmula 331 do TST teve como objetivo a revisão da Súmula 256, sendo dividida em quatro tópicos, cada qual tratando de vários assuntos, inclusive aqueles que não foram abrangidos pela Súmula 256 da mesma corte, como os serviços prestados à Administração Pública e os serviços de limpeza. Tem-se a seguir a redação da referida súmula:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Essa súmula foi dividida em quatro incisos, cada um tratando de vários assuntos, inclusive alguns que não eram abordados pela Súmula 256 desse mesmo tribunal, como os serviços prestados à Administração Pública e os serviços de limpeza, o que demonstra que essa revisão também trouxe novidades ao entendimento jurisprudencial.

A contratação de trabalhadores por empresa interposta não é vista como ilegal, apenas quando exista fraude, cujo objetivo seja frustrar a aplicação da lei trabalhista. Nesse caso, o vínculo será estabelecido diretamente com o tomador de serviço.

O inciso I da Súmula 331 do TST prevê que, caso haja a contratação de trabalhadores por empresa interposta, haverá o vínculo direto com o tomador de serviço, exceto no caso de trabalho temporário que será tratado a seguir.

## 2.4 A Terceirização e o trabalho temporário

O trabalho temporário, definido no artigo 2º da Lei nº 6.019/74<sup>27</sup>, é aquele prestado pelo trabalhador à empresa, de acordo com os casos específicos constantes na legislação.

Pela leitura do mencionado artigo, verificam-se duas situações que ensejam a contratação de mão de obra mediante interposição de um terceiro, quais sejam: atendimento à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora e necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa tomadora.

Além desses requisitos, Mauricio Delgado acrescenta que o trabalho temporário deve referir-se a “[...] funções e atividades caracterizadas por alguma qualificação ou especialização, ainda que mínima e não formulada”. (DELGADO, 2010, p. 454)

Em verdade, a novidade trazida pela lei do trabalho temporário, figura tão somente no campo jurídico, posto que permite a contratação de trabalho por meio de empresa interposta, fornecedora de mão de obra, em hipótese que, antes, somente ensejava a contratação direta do tomador dos serviços, mesmo que mediante contrato a prazo determinado.

Destarte, a norma criou uma relação trilateral, muito parecida com a relação estabelecida no conceito da terceirização. No entanto, regulou um novo tipo justabalhista pela expressa disposição da Lei nº 6.019/74 quanto à subordinação e pessoalidade do trabalhador em relação à tomadora de serviço.

Na terceirização, inexistente a figura do intermediador, da interposta pessoa, eis que a força de trabalho não é colocada à disposição do contratante de serviços. Ao contrário, no trabalho temporário, a empresa prestadora dessa espécie contrata e assalaria o trabalhador, colocando-o à disposição da empresa cliente, que desfruta da força de trabalho.

As duas espécies têm em comum o fato de constituírem exemplos de flexibilização: heterônoma em relação ao trabalho temporário, onde o legislador atua na contramão do direito do trabalho ortodoxo, protetor e compensador, ao criar instrumentos de evidente precarização da força de trabalho.

A preocupação do legislador foi, de fato, facilitar a contratação de mão de obra por tempo determinado, sem, no entanto, deixar de lado as garantias aos trabalhadores da tutela

---

<sup>27</sup> Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

que inspira o direito do trabalho. Essa modalidade de contratação significou uma flexibilização do direito do trabalho, até então avesso a qualquer procedimento que se afastasse daqueles previstos na legislação consolidada. Essa flexibilização não foi total, uma vez que a lei de 1974 tratou de estabelecer vários requisitos de validade, impondo procedimentos específicos sob pena de invalidação do contrato celebrado.

A primeira exigência imposta nesse sentido foi relativa à necessidade de o contrato entre o trabalhador e a empresa fornecedora de mão de obra ser, necessariamente, escrito. Da mesma forma, exige-se a formalização de um contrato entre o tomador dos serviços e a empresa interposta, não havendo divergências quanto ao fato de ser esse contrato de natureza civil, de prestação de serviços.

A segunda exigência é com relação à duração do contrato de trabalho temporário celebrado entre a empresa tomadora de serviço e a empresa de trabalho temporário, que, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder a três meses, salvo autorização do órgão local do Ministério do Trabalho, conforme dispõe o artigo 10 da Lei nº 6.019/74.

A terceira exigência é que a não observância das disposições contidas nos artigos 9 e 11 da mesma lei resulta na formação do vínculo empregatício entre o trabalhador temporário e a empresa tomadora de serviços, uma vez que a norma legal é expressa em suas determinações, decorrendo de sua inobservância a descaracterização do trabalho temporário.

Por sua vez, a não observância do prazo do contrato entre a empresa tomadora de serviço e a empresa de trabalho temporário, gerando a presunção de relação de emprego do trabalhador com a empresa tomadora de serviço, implicará a responsabilidade solidária da empresa de trabalho temporário, em razão de sua convivência com a fraude praticada. Dessa forma, a empresa tomadora de serviço não poderá beneficiar-se do trabalhador, cedido pela empresa de trabalho temporário, por prazo superior a três meses, pois, essa extrapolação descaracteriza o trabalho temporário, gerando a presunção de vínculo de emprego entre a empresa tomadora do serviço e o trabalhador temporário.

Outra diferença é que, na terceirização, a responsabilidade do tomador é subsidiária, arcando com os débitos trabalhistas deixados pela prestadora de serviços. No trabalho temporário, é a empresa de trabalho temporário a responsável principal pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim, a empresa tomadora de serviço é solidariamente responsável

pela remuneração e indenização previstas em lei durante o tempo em que o trabalhador esteve a sua disposição, conforme o artigo 16, da Lei nº 6.019/74<sup>28</sup>.

Em resumo, terceirização e trabalho temporário aproximam-se diante da existência de um vínculo do trabalhador com a empresa de trabalho temporário, que está vinculada à empresa tomadora de serviço através de um contrato, sendo esta responsável solidária pelas verbas trabalhistas desse empregado. Desse modo, forma-se vínculo trilateral como nas demais espécies de terceirização.

Todavia, esses institutos se diferenciam, pois o trabalho temporário é uma modalidade lícita de interposição de empresas na contratação de mão de obra, além disso, o trabalho temporário pode ser utilizado para realizar atividades-fim da empresa tomadora, estando a esta subordinado. Diferenciam-se, também, pelo caráter temporal, pois a terceirização pode ser realizada de forma permanente.

## **2.5 A Terceirização lícita e ilícita**

A terceirização lícita é a forma de contratação constituída como exceção no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o padrão clássico da relação empregatícia no país. De outro modo, a terceirização ilícita se enquadra como o modo de burlar a aplicação da legislação trabalhista e dos direitos referentes a cada categoria profissional.

As situações tipificadas de terceirização lícita estão dispostas na Súmula 331 do TST, separadas em quatro grupos distintos:

Primeiramente, as situações estabelecidas para os casos de trabalho temporário (Súmula 331, I), especificadas através da Lei nº 6.019/74. Limitando-se a necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços da empresa. Não se pode esquecer que a referida lei ainda estabelece outros requisitos para admissão de trabalho temporário.

Em seguida, temos a hipótese de terceirização nas atividades de vigilância (Súmula 331, III). Nesse caso, a referida súmula alargou a definição contida na Súmula 256 desse mesmo tribunal, agora, além das atividades reguladas pela Lei nº 7.102/83, referente à atividade de vigilância em relação ao setor bancário, é passível de terceirização toda atividade de

---

<sup>28</sup> Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

vigilância, de modo geral. Ressalte-se que, após a edição da Súmula 331 do TST, foi incorporada essa ampliação à Lei nº 7.102/83.

A terceira hipótese de contratação terceirizada envolve atividades de limpeza e conservação (Súmula 331, III). Essa hipótese de terceirização já constava no rol exemplificativo disposto na Lei nº 5.645/70, referente à descentralização administrativa, entretanto, pela redação dada à Súmula 256 do TST, na esfera privada, somente eram lícitas a terceirização de acordo com as Leis nº 6.019 e nº 7.102, o que gerou grande divergência, pois a atividade de limpeza e conservação foi uma das primeiras a serem terceirizadas na prática.

Por fim, temos a hipótese de terceirização referente aos serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador de serviço. Quanto a esse grupo de atividades, não há discriminação, nem mesmo um rol exemplificativo de atividades consideradas acessórias à empresa. Dessa forma, são consideradas atividades-meio todas aquelas que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviço, ou sejam suas atividades-fim.

Esse também é o entendimento de Sergio Pinto Martins ao lecionar que “a atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com os seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é o objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar”<sup>29</sup>.

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais relacionadas ao núcleo da atividade empresarial exercida pelo tomador de serviço. Essas atividades definem sua classificação e posicionamento no contexto empresarial e econômico.

Enquanto atividades-meio podem ser entendidas como aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da atividade empresarial do tomador, portanto, são atividades de apoio em relação à finalidade, ao produto do trabalho empresarial.

A licitude da terceirização tem fundamento em alguns aspectos elementares desse instituto. São três os aspectos que caracterizam essa relação estabelecida entre o trabalhador, a empresa prestadora e a empresa tomadora do serviço: onerosidade, pessoa física e não eventualidade.

De modo diverso, a ilicitude na terceirização é definida pela finalidade de fraudar a relação de trabalho ou de mitigar a realização de direitos trabalhistas ou das condições de trabalho.

O modelo básico da relação de emprego, bilateral, vislumbra a existência do contrato de trabalho entre a pessoa física que presta os serviços e aquele que é o beneficiário direto desde que presentes os requisitos: pessoalidade, continuidade, onerosidade e subordinação.

A interposição de um terceiro, que contrata o trabalhador e o insere no âmbito do tomador, em princípio, configura fraude, diante do caráter de exceção da terceirização, pois não é devido auferir lucro pela disponibilização da mão de obra de outrem, através da simples intermediação, pois esta não é a essência da terceirização.

Portanto, caracteriza-se como ilícita toda terceirização que esteja fora das hipóteses previstas na Súmula 331 do TST, atingindo as atividades-fim do tomador de serviço ou nos casos em que haja pessoalidade e subordinação do trabalhador em relação à tomadora de serviço.

Esse também é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado<sup>30</sup>, que define a ilicitude na terceirização como:

**C) Terceirização ilícita** – Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (art. 2º e 3º, CLT), sem que tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

Há, contudo, em qualquer dos casos referidos, que se verificar a existência de pessoalidade e subordinação dos empregados perante a empresa tomadora dos serviços, de maneira que, quanto maior a incidência de subordinação, menor é o grau de autonomia da empresa terceirizante e maior a probabilidade de desvio na terceirização trabalhista.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins<sup>31</sup> afirma que:

É necessário lembrar do princípio da primazia da realidade na relação havida entre as partes, prevalecendo a realidade dos fatos sobre a forma empregada. Pouco importa o *nomen iuris* utilizado ou a roupagem dada a situação, mas sim as condições de fato, estando evidenciada a relação de emprego se forem observados os requisitos constantes do art. 3º da CLT.

Assim, o empregado será admitido a prestar serviços, assalariado e dirigido, não pelo contratante formal, mas pelo tomador, que será, assim, seu empregador.

Concluindo, a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços será direta e principal caso a intermediação seja ilícita, porque estará configurado o contrato de trabalho entre esta e o trabalhador; em outros casos, poderá ainda responder solidariamente. A questão

---

<sup>29</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 132.

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 426.

<sup>31</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 161-162.

é de definição do verdadeiro empregador, com o que estará resolvido o problema da responsabilidade. Exceto na esfera da Administração Pública, pois diante de normas específicas constantes, inclusive, na CF/88, não poderá ser caracterizada a relação de emprego diretamente com o tomador de serviço, conforme será estudado no item 2.7.

## **2.6 A Ausência de pessoalidade e subordinação diretas na terceirização**

Do dispositivo contido na Súmula 331 do TST, inciso III, pode-se entender que a jurisprudência admite a terceirização enquanto modalidade de contratação de prestação de serviço entre dois entes empresariais, na qual a empresa terceirizante é responsável pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. Desse modo, a subordinação e a pessoalidade devem ocorrer somente entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviço.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT define que empregado é pessoa física, observados os elementos essenciais da relação, que são habitualidade, pessoalidade, subordinação e remuneração. Trata-se, então, a pessoalidade na prestação dos serviços como um dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego.

Desse modo, o contrato de trabalho é ajustado de acordo com determinada pessoa, podendo-se, assim, dizer que o contrato de trabalho é *intuitu personae*. Assim, não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa para realizar o serviço para o qual foi contratado, sem que haja o consentimento do empregador. Por esse motivo, na terceirização, exige-se a ausência de pessoalidade do empregado em relação à tomadora de serviços, para que não constitua o vínculo de emprego ou o contrato-realidade entre este e a empresa tomadora de serviços.

Delegadas as atividades acessórias a terceiro, cabe a este terceiro escolher seus empregados e dirigir a respectiva força de trabalho para atingir os seus objetivos de realizar a prestação do serviço, que é objeto do contrato mantido com o tomador. Não pode haver interferência nesse poder delegado por parte da empresa tomadora de serviço. Caso contrário, restará caracterizada a relação de emprego diretamente entre o empregado terceirizado e o tomador de serviço.

Portanto, para que não haja o vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e o trabalhador terceirizado, não deve existir a pessoalidade, podendo o serviço ser prestado por qualquer dos empregados terceirizados pela empresa prestadora de serviços, mantendo apenas a execução do mesmo serviço contratado.

A pessoalidade e a subordinação são elementos caracterizadores da relação de emprego ou do vínculo empregatício, previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que, se a empresa prestadora de serviços não estiver devidamente constituída a ponto de estarem ausentes aqueles elementos, haverá a presunção da relação de emprego com a empresa tomadora de serviços pela aplicação do princípio da primazia da realidade.

## **2.7 A Terceirização na Administração Pública**

O estudo da terceirização na administração não tem como enfoque tratar sobre regras de direito administrativo, mas mostrar que é possível a contratação de serviços de terceiros pela Administração de forma lícita, além das divergências acerca da responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

A Administração Pública pode contratar serviços de conservação, transporte e assemelhados, pois assim o permite a Lei nº 5.645/70, referindo-se à administração direta e autárquica. Não há dúvidas de que a terceirização de serviços pode ser realizada na Administração Pública. Entretanto, deve haver regulação e limitação para o uso dessa estratégia de administração no caso da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 37, II, par. 2º, que, para o ingresso em emprego público, há como pressuposto de validade a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Significa, portanto, que vínculo de emprego com a administração pública deriva, necessariamente, de concurso público, não se admitindo qualquer hipótese de vínculo contratual mediante terceirização de serviços.

O legislador constituinte estabeleceu, assim, como regra a ser observada em todas as contratações feitas por órgãos públicos, a realização prévia de concurso público, objetivando estabelecer critérios de qualidade e, conseqüentemente, evitar o mau uso dos recursos públicos. É certo que a realização de concurso público atende diretamente aos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade, que norteiam os atos da administração pública.

Por outro lado, o inciso XXI do art. 37 da Constituição permite a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, desde que haja lei específica prevendo licitação e regras para os contratos com aquela. Há, ainda, as disposições do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, que determinam que deva haver a descentralização administrativa em toda as esferas da Administração. Portanto, diante do princípio da

legalidade estrita, a Administração Pública está autorizada a terceirizar suas atividades acessórias, mas estes trabalhadores não farão parte do funcionalismo público.

O inciso II da Súmula 331 do TST determina que, caso haja fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora de serviço, não há vínculo de emprego entre a Administração Pública e seus trabalhadores terceirizados.

Para Maurício Godinho Delgado<sup>32</sup> existem três correntes interpretativas acerca do tema:

A primeira delas considera que, diante da vedação constitucional, a terceirização ilícita, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer benefício para o trabalhador ilicitamente terceirizado, não beneficiando sujeitos favorecidos pela ilicitude.

A segunda vertente garante ao trabalhador terceirizado o direito a todas as verbas trabalhistas devidas durante o período laborado, igualmente àquelas remuneradas ao empregado estatal que possua vínculo de emprego com a Administração Pública, tendo como finalidade evitar que a responsabilidade sobre a ilicitude beneficie aquele que já foi favorecido economicamente (nessa hipótese, o ente estatal). Nesse caso, haveria convalidação de todos os atos praticados.

Já a terceira sustenta a validade do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador de serviços, nas palavras do autor:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, caput, II e §2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.

Cumprе ressaltar que, como o ingresso na Administração Pública deve ser realizado somente mediante concurso público, haveria uma diferenciação de pessoas que estão em situações semelhantes, pois os trabalhadores das empresas privadas teriam direito ao reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa tomadora, enquanto os trabalhadores terceirizados dos órgãos públicos teriam seus direitos mitigados em face da exigência de que o vínculo empregatício somente será firmado mediante concurso público.

Ademais, a culpa, nesses casos, é presumida, tendo em vista dois aspectos: culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. A primeira diz respeito ao presumido erro no procedimento licitatório, que culminaria na contratação de uma empresa inidônea economicamente. Mas a

---

<sup>32</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 431-432.

responsabilidade pode também ser presumida pela culpa *in vigilando*, uma vez que cabe ao ente público fiscalizar a execução do contrato por parte da empresa prestadora de serviço.

Essa disposição jurisprudencial termina como um incentivo ao descaso dos órgãos públicos em relação à escolha e fiscalização das empresas de terceirização, bem como à utilização indiscriminada desse instituto, muitas vezes, utilizado com o intuito de fraudar os direitos trabalhistas de seus funcionários através da utilização de uma mão de obra mais barata, de modo que existem muitos trabalhadores terceirizados que exercem atividades que caberiam a funcionários concursados.

Nesse sentido, Fernando Basto Ferraz<sup>33</sup> leciona que:

Como harmonizar tais princípios constitucionais quando, no caso concreto, a prestação concomitante de igual trabalho praticado por empregado direto e por trabalhador ilicitamente terceirizado, na mesma empresa estatal? Afinal, dois trabalhadores de uma mesma prestadora, com idênticas atividades e atribuições, diante do princípio constitucional da igualdade, não podem ter tratamento diverso, no que se refere às garantias de seus direitos, apenas sob o frágil argumento de que “um presta serviços em um local onde funciona um ente privado e outro onde está instalado um órgão público. Inexiste um único motivo gravado de um mínimo de razoabilidade que justifique a diferenciação.

Por esse ensinamento, afere-se que esse dispositivo jurisprudencial cria uma situação de desigualdade entre pessoas que estão em situações semelhantes, o que vai de encontro aos princípios basilares do Direito do Trabalho, em especial o princípio da proteção do trabalhador, que é decorrente do princípio constitucional da isonomia.

Na esfera privada, a terceirização ilícita é apenada com a desconsideração dessa situação e aplicação das regras válidas aos empregados da tomadora de serviço. Entretanto, na Administração Pública, diante da vedação ao ingresso na Administração sem concurso, o empregado terceirizado de forma ilícita termina desamparado, pois, em vários casos, exerce funções que seriam exclusivas de funcionários concursados, mas não possuem o direito à desconsideração desse vínculo empregatício ilegal.

O disposto no inciso II da Súmula 331 do TST incentiva o uso indiscriminado do instituto da terceirização na Administração Pública, pois através da mitigação de direitos trabalhistas, um empregado terceirizado tem menor custo em relação a um concursado, o que torna a terceirização mais vantajosa para o poder público, conforme se pode apreender da interpretação das jurisprudências destacadas abaixo, as quais autorizam a Administração a terceirizar, inclusive, atividades advocatícias, de acordo com o interesse público.

---

<sup>33</sup> FERRAZ, Fernando Basto. Op. Cit., p. 261.

Segundo a jurisprudência da Justiça Federal 5ª Região, a necessidade do serviço justifica a contratação de serviços especializados, no caso advogados, sem a necessidade de realização de concurso público, com escoro na supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, não cabe questionamento acerca da terceirização de atividades especializadas, mesmo que estas realizem tarefas que seriam de competência de funcionários concursados, não gerando direito à nomeação de aprovados em concurso público, conforme se pode apreender do trecho da decisão abaixo transcrito:

**PROCESSO Nº 0089797-93.2009.4.05.0000** (2009.05.00.089797-2)  
AGRAVO DE INSTRUMENTO (AGTR101564-CE) AUTUADO EM 01/10/2009  
ORGÃO: Segunda Turma VARA: 7ª Vara Federal do Ceará  
PROC. ORIGINÁRIO Nº 200981000120429 Justiça Federal – CE  
ASSUNTO: Nomeação - Regime Estatutário - Servidor Público Civil – Administrativo  
[...] Por outro lado, não encontro qualquer ilegalidade no que respeita à licitação para a contratação temporária de profissionais da área jurídica, vez que dispõe a agravante de autonomia administrativa e financeira e a limitação que lhe é imposta pelo DEST - Departamento de Controle das Estatais - quanto ao número de contratações. Há que se privilegiar, neste aspecto, o interesse público em questão, posto que, diante da quantidade e diversidade de demandas, é insuficiente o número de advogados pertencente ao quadro do recorrente, tornando-se imperiosa a contratação de mão de obra temporária, procedimento que é, inclusive, corroborado pelos órgãos de fiscalização da Administração Pública. [...].

Também o TCU, através do Acórdão 712/2007, julgou favoravelmente ao Conselho Regional de Administração do Rio de Janeiro (CRA-RJ) quanto à terceirização de atividades advocatícias, desde que sejam acessórias à atividade-fim desse conselho.

[...] 7. Não obstante, este Tribunal tem reconhecido, de forma pacífica, a possibilidade de execução indireta das atividades acessórias ou instrumentais aos assuntos que constituem área de competência legal dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

[...]

10. Percebo que as duas primeiras atividades podem ser concebidas como complementares ao funcionamento do referido Conselho de Administração. Nada obstante haver nos quadros do CRA/RJ o cargo de advogado, considero que este fato, por si só, não afasta a possibilidade de terceirização de serviços advocatícios. Verifico que a estrutura administrativa do Conselho é assaz enxuta, contando com apenas um advogado. Assim sendo, poder-se-ia indagar se seria mais adequado aumentar o número de advogados nos quadros do Conselho ou terceirizar os serviços.

[...]

12. Com relação à possibilidade de eventual caracterização do vínculo empregatício nos contratos de prestação de serviços, alegada pela unidade técnica, entendo que este fato não deve excluir, por si só, o cabimento desse tipo de contratação. Caso contrário, estar-se-ia aniquilando por inteiro um instrumento gerencial para evitar o seu uso incorreto. Para preservar os benefícios dessa forma de contratação, que está diretamente associada à diminuição do peso da estrutura administrativa, cabe aos órgãos contratantes afastar, no caso concreto, o vínculo direto, evitando a pessoalidade e a subordinação na prestação do serviço. Desse modo, não prospera a tese de que os serviços deveriam ser atribuídos a advogado integrante dos quadros da Contratante, recrutados mediante concurso público.

A tendência atual sobre a terceirização é que, inexistindo o *animus* de burlar os direitos do trabalhador, reputa-se lícita a terceirização nos órgãos públicos, como no caso acima mencionado, no qual é válida, inclusive, a terceirização de serviços advocatícios, mesmo que esses configurem atividade-fim do tomador de serviço, com amparo no interesse público no âmbito da Administração Pública.

Outro efeito da terceirização na Administração Pública é a respeito da responsabilidade do tomador de serviço, de acordo com o parágrafo 1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93<sup>34</sup>, que estabelece que Administração Pública é isenta, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade perante o empregado, quando o verdadeiro empregador, empresa prestadora de serviços, inadimplir com suas obrigações.

Assim, não haveria responsabilidade subsidiária em relação aos referidos créditos decorrentes da terceirização de serviços, gerando para a Administração, praticamente, um dever de terceirizar e otimizar seus lucros em detrimento dos trabalhadores, que teriam seus direitos mitigados.

Muito se tem discutido sobre o tema, a respeito da grande divergência no que se refere à responsabilidade pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, quando a administração pública terceiriza serviços e a prestadora desses serviços não possui idoneidade.

A norma inserida no artigo 37, par. 6º, da Constituição Federal em vigor, no qual se prevê a responsabilidade objetiva do Estado em relação a terceiros prejudicados, resguardando-se às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, o direito à ação regressiva contra o responsável pelos danos. Ora, o artigo em comento, como norma constitucional, sobrepõe-se ao disposto na lei 8.666/93 e, sendo as disposições referidas conflitantes, torna-se inaplicável o artigo 71 daquela lei.

Por sua vez, deve-se ressaltar ainda o dano causado ao trabalhador, como hipossuficiente na relação este merece a proteção do Estado e não o contrário, pois, caso se considere a hipótese de que não há responsabilidade da Administração Pública como

---

<sup>34</sup> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))

tomadora de serviço, o único prejudicado nessa relação trilateral será o trabalhador. Nesse sentido, Emmanuel Teófilo Furtado<sup>35</sup> elucida que:

“Mesmo diante do fato de a administração pública fazer parte do mencionado triângulo próprio da terceirização, não se deixa de reparar o dano causado ao obreiro. [...] Portanto, não há como arredar por se tratar de ente público, a responsabilidade, responsabilidade esta solidária em relação ao trabalhador, devendo auferir assim o obreiro todas as reparações, jamais devendo arcar com prejuízos muitas vezes advindos de administrações que em muito deixam a desejar [...]”.

O entendimento do TRT da 7ª Região é:

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS ENUNCIADO 331, IV, DO TST. Nos termos do Enunciado 331, IV, do TST, deve responder subsidiariamente o tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador.

DO RECURSO ORDINÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO Não merece prosperar a preliminar em questão vez que não pretende o Reclamante o reconhecimento do vínculo de emprego com a CEF, mas tão somente a responsabilização subsidiária, na forma da Súmula nº 331, do C.TST, por ser esta a tomadora dos serviços.

[...] ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA A Reclamante/Recorrida foi admitida em 01/03/2002, na função de digitadora e demitida em 10/12/2007. O MM. 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza condenou subsidiariamente a CEF ao pagamento das verbas rescisórias devidas ao reclamante. Em suas razões recursais a CEF alega que "não deve a CAIXA figurar no polo passivo da presente demanda, não só em virtude de inexistência de vínculo empregatício com o reclamante/recorrida, mas também em razão da inexistência da responsabilidade subsidiária a ela atribuída na sentença de 1º grau" (fls. 247). Afirma que a responsabilidade subsidiária a que se refere a Súmula nº 331 do TST, só poderá ser aplicada quando se tratar de atividade-fim, com clara intenção de substituir mão de obra própria e necessária, o que não ocorreu no caso dos autos, uma vez que as atividades exercidas pela reclamante, isto é, digitadora, constituem atividade-meio e não atividade-fim. Alega, ainda, que os contratos de terceirização de serviços foram efetuados nos moldes do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e que só poderia ser responsabilizada no caso de haver culpa "in eligendo", o que não ocorreu no caso em exame. **A responsabilidade subsidiária não decorre da existência de vínculo empregatício entre o empregado e o tomador de serviços e sim do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador (empregador direto) com o qual realizou contrato de prestação de serviços**, nos termos do Enunciado 331, IV, do TST. A orientação contida na Súmula nº 331 do TST, impossibilita o reconhecimento do vínculo de emprego, após 05/10/88, sem o regular concurso público, prevendo responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do trabalho, pelos encargos correspondentes, quando contratar, mediante licitação, empresa inadimplente com as obrigações trabalhistas (culpas "in vigilando" e "in eligendo"). [...] A responsabilidade da prestadora de serviços remanesce, contudo, em virtude da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República. Inexistindo, portanto, quaisquer dúvidas acerca da responsabilidade subsidiária da empresa recorrente, nenhuma reforma há de se impor à sentença vergastada. (Grifo nosso)

RELATOR(A): DULCINA DE HOLANDA PALHANO - DATA DE JULGAMENTO:18/01/2010 - DATA DA PUBLICAÇÃO:01/02/2010. DADOS DO ACÓRDÃO [ NÚMERO: 271 ANO: 2010 TIPO: A].

<sup>35</sup> FURTADO, Teófilo Emmanuel, Contemporizando a terceirização, rev. LTr, vol. 57, nº 11, novembro 1993, p. 1.324.

Diante dessa explanação, cumpre ressaltar que a responsabilização subsidiária não implica no descumprimento da norma contida no par. 2º, do inciso II, do art. 37 da CF/88, tendo em vista que essa responsabilidade decorre do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviço, portanto, não será configurado vínculo de emprego do terceirizado com a Administração Pública.

Também o TST decidiu a respeito no mesmo sentido<sup>36</sup>, declarando a existência da responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, mesmo que integrante da Administração Pública, com escoro na Súmula 331 do próprio tribunal, conforme julgado a seguir:

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. ENUNCIADO 331 DO TST. A teor do previsto no item IV do Enunciado nº 331 do TST, o tomador de serviços responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas devidos ao empregado pela empregadora, empresa prestadora de serviços. Recurso de revista não conhecido.

Processo: RR - 655026-90.2000.5.05.5555 Data de Julgamento: 09/06/2004, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 08/10/2004.

A mais recente decisão sobre o tema foi proferida pelo STF, relacionada à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16), na qual foi declarada a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações. Isso implica que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante, assim sendo, caso haja comprovada culpa pelo erro *in eligendo* ou *in vigilando*, a administração responderá pela inadimplência do prestador de serviço perante o trabalhador.

Não se pode cogitar a presunção de culpa diante da ocorrência do inadimplemento, deve-se avaliar caso a caso se foram tomadas as medidas cabíveis para escolha e fiscalização da terceirização. Contudo, não se sabe quais serão os parâmetros utilizados para definir quando houveram escolha e fiscalização eficientes, pois não há legislação específica sobre o tema. Dessa forma, abre-se espaço para que surjam casos em que o trabalhador, apesar de ter participado da relação com sua força de trabalho, a administração pode não ser responsabilizada, o que fere o princípio da proteção ao trabalhador.

No capítulo seguinte, faremos uma abordagem sobre o princípio da proteção ao trabalhador e sua influência na responsabilização jurídica diante da terceirização ilícita.

---

<sup>36</sup> Diversas decisões do TST nesse sentido no Anexo A: E-RR - 246/2006-201-18-00.0, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 2/10/2009, E-RR-698968/2000, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ 8/8/2008, E-RR-1403/2006-057-03-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 2/5/2008, E-RR-1160/2005-112-03-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ 18/4/2008.

### 3 A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O presente capítulo se iniciará abordando o conceito de princípio jurídico. Em seguida, analisaremos o princípio da proteção do trabalhador como importante preceito no Direito do Trabalho e, ainda, a sua aplicabilidade em relação à terceirização, como forma de concretização dos direitos fundamentais do trabalhador.

#### 3.1 Conceito de princípio jurídico

A palavra princípio deriva do latim *principium*, que significa origem, começo, nascimento. Contudo, para o estudo em epígrafe, buscará o seu conceito no sentido jurídico, verificando o grande avanço que teve nas legislações modernas. Os princípios são necessários para a compreensão das questões jurídicas, por mais complicadas que sejam dentro de um sistema de normas. Paulo Bonavides<sup>37</sup> leciona:

A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

No pós-positivismo os princípios foram erigidos ao papel de alicerce sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, como cita o autor Paulo Bonavides<sup>38</sup>. Aqui são considerados como normas-chaves de todo o sistema jurídico, passando a serem tratados como direito. Os princípios jurídicos nada mais são do que os valores que são incorporados dentro de um sistema jurídico.

Na legislação brasileira temos princípios e regras. Os princípios servem de orientação para o legislador, ou seja, a justiça formal, enquanto as regras são as leis positivadas, ou justiça material. A Constituição Federal de 1988 chegou norteada de princípios, o que exprime a ideia de núcleo de um sistema, sendo estes o espírito e o fundamento das normas.

Os princípios jurídicos tornaram-se, ao longo dos anos, fonte primária de normatividade, sendo considerados o coração das constituições e fontes inexauríveis. O jurista Paulo Bonavides<sup>39</sup> descreve bem a importância dos princípios em um ordenamento jurídico, comparando-os às raízes de uma árvore, que decepadas, esta não mais terá vida.

[...] quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica.

[...]Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regimen, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p.258.

<sup>38</sup> Ibid, p. 264.

<sup>39</sup> Ibid, p.288-289.

[...]A impotência vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos demais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Uma das características dos princípios jurídicos é que eles se adequam às diversas situações, acompanhando a evolução da sociedade, não ficando estáticos. E, ainda quando da sua aplicação ao caso concreto, tem incidência imediata, não sendo preciso nada postergar, para que produza seus efeitos.

Os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, e condicionam a interpretação das normas jurídicas em geral. São regras mestras dentro do sistema positivo, cabendo ao intérprete buscar identificar os fundamentos do sistema em análise.

Percebe-se, assim, que nenhuma interpretação ao caso concreto será bem sucedida, se for desprezado tão importante preceito constitucional, haja vista serem os princípios o ponto culminante de todo ordenamento jurídico.

### **3.2 Princípio da proteção do trabalhador**

Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central no Direito do Trabalho. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações produzem consequências na comunidade como um todo.

No outro polo da relação, está situado o indivíduo, caracterizado como trabalhador, sendo este incapacitado de produzir, isoladamente, ações de impacto comunitário.

É essa disparidade de poder na realidade concreta que faz emergir no Direito do Trabalho a necessidade de proteger a parte hipossuficiente nessa relação, objetivando o reequilíbrio material do poder entre as partes.

A adoção do princípio da proteção do trabalhador pelo direito do trabalho brasileiro significa dizer que a lei protege sempre o empregado, quando a relação encontrar-se em desequilíbrio. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, há ampla predominância de regras especialmente protetivas. As presunções decorrentes desse princípio têm como objetivo alcançar a retificação da diferenciação social prática.

Desse modo, todo o conjunto de regras referentes ao Direito do Trabalho deverá ser embasada nesse princípio, tendo em vista sempre que o poder econômico do empregador poder subjugar a força de trabalho do empregado. Além disso, a atuação dos órgãos públicos deve ser pautada na defesa do trabalhador, conforme explanaremos no item 3.3.2.

Corroborando esse entendimento Mauricio Delgado afirma que “[...] o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”<sup>40</sup>.

Portanto, é o princípio da proteção do trabalhador a própria razão de ser do direito do trabalho, que surgiu como consequência da liberdade de contratação e das diferentes formas de exploração do trabalhador, para proteger a parte mais fraca dessa relação, uma vez que possuem capacidades econômicas desiguais.

### **3.3 Aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador na terceirização**

A função desse princípio é fundamental para a orientação do direito do trabalho porque rompe com a premissa de que as partes da relação jurídica de trabalho são iguais, tutelando direitos da parte que possui evidente inferioridade, ou seja, o empregado.

O princípio da proteção ao trabalhador é basilar no Direito do Trabalho, portanto todas as normas devem tê-lo como norte, bem como a atividade jurisprudencial, garantindo ao trabalhador os direitos trabalhistas fundamentais e equilibrar a relação de trabalho. Além disso, a função de fiscal do trabalho e de promotor do Ministério Público do Trabalho devem ter sua atuação pautada na proteção ao trabalhador, agindo proativamente, sem esperar a manifestação do trabalhador prejudicado, objetivando a observância das normas sobre a terceirização.

#### **3.3.1 Efeitos jurídicos da terceirização**

Como consequência do princípio da proteção ao trabalhador, surgem vários aspectos importantes. O primeiro acerca da primazia da realidade, quando configurados os elementos pessoalidade e subordinação do trabalhador em relação ao tomador de serviço, que indicarão o verdadeiro empregador, levando à formalização do vínculo direto. O segundo trata da isonomia salarial, sendo decorrente dos casos em que a terceirização visa burlar os direitos trabalhistas dos empregados. Por fim, existe a questão da responsabilidade da tomadora quando da inadimplência da prestadora de serviços no pagamento das obrigações aos trabalhadores.

---

<sup>40</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 184.

Dos citados aspectos, são decorrentes três efeitos em relação à terceirização: o vínculo direto com o tomador de serviços, a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas e a isonomia salarial.

O vínculo direto com o tomador de serviços estava definido na Súmula 256 do TST, em relação à terceirização ilícita, assim, após a comprovação da ilicitude, ficaria desfeito o vínculo empregatício com o empregador aparente (prestador de serviço) e seria formado o vínculo diretamente com o tomador de serviço. Assim, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertencentes à categoria a qual o trabalhador faz parte no contrato real, ou seja, com o tomador de serviço. Esse entendimento foi mantido no item I da Súmula 331 do TST.

Entretanto, esse entendimento possui restrições no caso da terceirização na Administração Pública, diante da vedação ao ingresso no funcionalismo público sem concurso, como já foi analisado no item 2.7. Porém, na esfera privada, será dada ênfase ao princípio da primazia da realidade, considerando o vínculo direto com o tomador de serviço.

A responsabilidade subsidiária está prescrita no item IV da Súmula nº 331 do TST para a empresa tomadora de serviços, quando do inadimplemento do empregador real (empresa prestadora de serviços). Assim, mesmo que não haja a caracterização da terceirização ilícita, a súmula reserva ao trabalhador o direito deste receber da empresa tomadora de serviço.

A condição estabelecida para esse recebimento é que a empresa tomadora de serviços tenha estado presente na relação jurídica processual desde o seu início e, posteriormente, no título executivo. No entanto, somente após esgotar a execução em relação ao empregador real, o empregado poderá requerer a execução da empresa tomadora de serviços. Dessa forma, a responsabilização subsidiária garantirá a satisfação do crédito do trabalhador se a empresa prestadora de serviços não for encontrada, se esta não possuir patrimônio ou se este for insuficiente.

Responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem, não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), para o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços). Se a tomadora é beneficiada da prestação de serviços do autor, deve responder subsidiariamente, não é possível retornar ao empregado sua energia de trabalho. Assim, ele deve receber a devida remuneração de quem foi beneficiado da prestação de serviços.

A responsabilidade subsidiária, então, decorre da culpa da empresa tomadora de serviços em virtude de seu poder de eleger a sua empresa prestadora de serviços. O inadimplemento desta é causador da culpa *in eligendo*. Também cabe à tomadora o acompanhamento do cumprimento das obrigações contratuais entre a prestadora e seus empregados. Do descuido deste resulta a culpa *in vigilando*<sup>41</sup>.

Segundo a melhor doutrina, pela simples ocorrência do dano ao trabalhador, deveria se configurar a responsabilidade solidária da tomadora de serviço, pois o trabalhador não pode receber sua força de trabalho de volta, além disso, serviria como forma de coibir o mau uso desse instituto. Esse é o entendimento de Emmanuel Teófilo Furtado<sup>42</sup>, segundo o qual:

“Assim, a postura compartilhada é a de que, em gênero, observado o dano ao laborista, impõe-se a aplicação da responsabilidade solidária, seja quem for a tomadora e independentemente de existir má-fé, quer da prestadora, quer da tomadora, quer de ambas”.

A isonomia salarial ou salário equitativo tem tido ampla discussão na doutrina, pois a terceirização, principalmente quando há ilicitude, gera uma diferenciação de trabalhadores em condições idênticas. Maurício Godinho Delgado aponta o art. 12 da Lei de Trabalho Temporário como solução para esse problema, pois esse artigo determina que, mesmo na terceirização lícita, fica garantida ao trabalhador remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora, denominando essa remuneração como salário equitativo.

Entretanto, as demais formas de terceirização não são abrangidas pela referida lei, gerando a discussão acerca da aplicabilidade dessa disposição para as outras formas de terceirização, pois, sem dúvidas, todos os trabalhadores terceirizados enfrentam problemas quanto à diferenciação no ambiente de trabalho, tendo em vista que diante do interesse econômico do empregador, sua remuneração nunca será equivalente à dos empregados efetivos da tomadora de serviço.

Ora, se é permitida a equiparação para dos trabalhadores temporários, por que não seria esse benefício extensível a todos os trabalhadores terceirizados, considerando ainda que os terceirizados permanentes encontram-se em situação muito mais grave do que os temporários.

A orientação do TST é a seguinte:

TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EMPREGADOS DA EMPRESA DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre

<sup>41</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 134-135.

<sup>42</sup> FURTADO, Teófilo Emmanuel. Op. Cit., p. 1324.

os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.- (E-RR-1403/2006-057-03-00, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 2/5/2008.)

É através dessa celeuma que a terceirização transforma-se em mera forma de burlar a legislação trabalhista, mitigando os direitos dos trabalhadores e o valor da força de trabalho, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado: “[...] contratação terceirizada não poderia, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviço”<sup>43</sup>.

Nesse mesmo sentido, Livia Miraglia leciona que “[...] Não é admissível que pessoas com a mesma capacidade laborativa, ocupantes da mesma categoria e que laboram na mesma empresa sofram qualquer tipo de discriminação, asseverada pelo fato de esta ocorrer fundada tão somente na busca incessante do lucro a qualquer preço”<sup>44</sup>.

Nesse mesmo sentido, o TRT 7ª região decidiu, no processo nº 0175800-35.2008.5.07.0004 (175800/2008-004-07-00-3): Recurso Ordinário, o seguinte:

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS ENUNCIADO 331, IV, DO TST. Nos termos do Enunciado 331, IV, do TST, deve responder subsidiariamente o tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador.

[...] Há que se aplicar, na hipótese, tratamento isonômico entre os empregados da empresa prestadora de serviço e da empresa tomadora, na forma como determina o artigo 12 da Lei nº 6.019/74. [...] **Nessa esteira vem decidindo o C.TST, que nos Embargos de Declaração ao Recurso de Revista nº 579/2006-003-18-00.5, analisado pela Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) restabeleceu decisão que reconheceu a uma empregada contratada pela Probank Ltda. para prestar serviços à Caixa Econômica Federal, o direito às mesmas verbas trabalhistas, legais e normativas concedidas à categoria dos bancários, uma vez que ela cumpria função idêntica na tomadora.** O relator da matéria acima mencionada, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, observou ser pacífico na SDI-1 o entendimento de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não pode gerar vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacionais, pois esses empregos têm de ser preenchidos por meio de concurso público. Mas **essa impossibilidade não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas asseguradas aos da tomadora dos serviços, em face do princípio da igualdade. Aplica-se, ainda, ao caso em análise, artigo 461 da CLT, que determina que "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário".**

RELATOR(A):DULCINA DE HOLANDA PALHANO - DATA DE JULGAMENTO:18/01/2010 - DATA DA PUBLICAÇÃO:01/02/2010. DADOS DO ACÓRDÃO [ NÚMERO: 271 ANO: 2010 TIPO: A] (grifo nosso).

Pelo exposto, percebe-se que essa discriminação entre trabalhadores em situação idêntica fere os princípios basilares do Direito do Trabalho, bem como o princípio da

<sup>43</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 467.

<sup>44</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Op. Cit., p. 189.

isonomia, consubstanciado nos incisos I e XLI, do art. 5º da CF/88. Assim, com escoro no princípio da proteção ao trabalhador, cabe à jurisprudência igualar a situação dos trabalhadores terceirizados permanentes e dos trabalhadores temporários, aplicando analogicamente a regra constante no art. 12, da Lei nº 6.019/74. Ademais, cabe ao legislativo regular o tema da terceirização permanente, pois a regulamentação hoje existente (Súmula 331 do TST) é insuficiente para sanar todas as lides existentes sobre o tema.

### 3.3.2 Poder/ dever de fiscalizar a terceirização

Fiscalizar, para o Direito do Trabalho, significa verificar se a norma legal e a sua correta aplicação estão sendo observadas pelos sujeitos de direito. Segundo Sergio Pinto Martins, o fiscal do trabalho, além de aplicar multas pelo descumprimento das normas trabalhistas, tem como função verificar as condições de trabalho que ainda não foram regulamentadas, bem como orientar as empresas na aplicação das leis trabalhistas<sup>45</sup>.

A importância da fiscalização no Direito do Trabalho se destaca diante da hipossuficiência do trabalhador perante o empregador, soma-se a isso a constante preocupação em relação ao desemprego nos dias atuais, diante do alto grau de competitividade existente no nosso mercado de trabalho. Por conta disso, as empresas utilizam o poder econômico para mitigar os direitos trabalhistas alcançados pelas diversas categorias profissionais, inclusive na Administração Pública, onde os empregados ou funcionários possuem vários benefícios conseguidos ao longo dos anos.

Para o trabalhador, ser terceirizado na Administração Pública é mais vantajoso do que ser empregado em empresas privadas, pois, em comparação com o mercado privado, a remuneração é razoavelmente superior e ele tem seus direitos mínimos respeitados, como a jornada de trabalho de quarenta e quatro horas semanais. Isto posto, o trabalhador não terá interesse em denunciar a terceirização ilícita, também é vantajoso para a Administração pela redução de custos, pois não são concedidos ao trabalhador os benefícios que teriam os empregados ou funcionários públicos, como no caso dos bancos, onde há jornada de trabalho reduzida, de trinta horas semanais, e participação nos lucros da empresa.

A soma desses fatores, em consonância com o princípio da proteção ao trabalhador, geram, para o Estado, a partir do momento em que as normas sobre o tema são insuficientes em relação à realidade laboral do país, o dever de fiscalizar as empresas em que é utilizado essa alternativa à gestão empresarial, especialmente na própria Administração Pública, com o

---

<sup>45</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 165.

intuito de coibir abusos, assegurar o cumprimento das normas trabalhistas vigentes e, efetivamente, garantir a devida proteção ao trabalhador.

Por outro lado, de acordo com o art. 127 da Constituição Federal de 1988, cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129 da Carta Magna determina que são funções do Ministério Público do Trabalho promover o inquérito civil público e ação civil pública, objetivando proteger os interesses difusos e coletivos.

Quando se discute acerca do vínculo empregatício no caso de terceirização, o Ministério Público do Trabalho não tem legitimidade para propor ação civil pública contra empresas que desrespeitem as normas trabalhistas, pois o interesse é individual e não coletivo, requerendo comprovação específica para cada trabalhador. Alguns podem realmente ter vínculo direto com a tomadora de serviço e outros não, portanto, a atuação do Ministério Público limita-se a verificar se o ente público está realizando concurso para admissão de funcionários (art. 37, II, CF/88), essa obrigação se relaciona com a terceirização a partir do momento em que esse instituto é utilizado para substituir empregados ou funcionários públicos por trabalhadores terceirizados.

Por sua vez, o Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão (MPOG) editou a Instrução Normativa nº 3<sup>46</sup>, de 29/08/97, na qual são conceituados vários aspectos da terceirização de serviços contínuos, como empresa prestadora de serviço, contratante, grupo econômico, etc. Além disso, essa IN determina as bases da terceirização na Administração direta, tornando-se regulação específica para delimitar os aspectos da terceirização nessa seara.

O art. 6<sup>o47</sup> da referida Instrução dispõem acerca dos serviços que poderão ser contratados, os quais terão sempre caráter de apoio à atividade-fim do ente tomador de serviço. Enquanto o art. 7<sup>o48</sup> elenca o rol de atividades que podem e devem ser terceirizadas.

Além desse rol de atividades acessórias, o §3<sup>o49</sup>, do art. 6<sup>o</sup>, determina que antes de ocorrer a contratação de empresa de terceirização através de licitação deve haver a elaboração

---

<sup>46</sup> IN nº 3. Disponível em:

<<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=7110>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>47</sup> Art. 6<sup>o</sup>. Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

de um plano de trabalho, devidamente aprovado pela autoridade máxima do ente, observando a justificativa do serviço, a necessidade do serviço e os resultados que serão alcançados através da contratação, relacionando redução de custos, melhor aproveitamento de recursos humanos, materiais ou financeiros.

O art. 10<sup>50</sup> dessa mesma Instrução enumera quais os casos de ingerência que são proibidos na gerência da terceirização, cujo intuito é evitar a caracterização do vínculo de trabalho diretamente com a Administração Pública e o mau uso dessa estratégia de gestão, nesse artigo são vedadas a subordinação direta e pessoalidade, o desvio de função do trabalhador terceirizado, a inclusão dos empregados terceirizados nos quadros do ente tomador do serviço e por fim, utilizar a terceirização direcionando as pessoas a serem contratadas, que se relaciona diretamente com a inexistência de pessoalidade na terceirização.

Por fim, há ainda a disposição constante no Anexo VII<sup>51</sup>, segundo a qual o órgão contratante na terceirização abrirá uma conta bloqueada em nome da empresa prestadora de serviço, na qual serão provisionados os valores referente às obrigações trabalhistas de pagamento de 13º salário, Férias e Abono de Férias, Adicional do FGTS para as rescisões sem justa causa e Impacto sobre férias e 13º salário.

Dessa forma a tomadora de serviço controlará os valores pagos à empresa e ao trabalhador, evitando que a empresa utilize de modo indevido os valores referentes aos créditos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados.

Assim, percebe-se a clara orientação no sentido de onerar a tomadora de serviço com a fiscalização da atividade da prestadora de serviço, pois responderá subsidiariamente caso haja inadimplemento do pagamento dos empregados terceirizados.

---

<sup>48</sup> Art. 7º. As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

<sup>49</sup> § 3º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho, aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e conterá, no mínimo: I - justificativa da necessidade dos serviços; II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada; III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

<sup>50</sup> Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como: I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário; II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas; III - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; e IV - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens.

<sup>51</sup> Transcrito integralmente no Anexo B desta monografia.

Todavia, não se deve esquecer que cabe aos fiscais do trabalho uma postura proativa de comparecer ao local de trabalho dos terceirizados e verificar a obediência às normas trabalhistas sobre o tema, inclusive nos órgãos públicos. Não é possível a simples transferência da atividade de fiscalização para a tomadora de serviço, pois o Estado não estaria cumprindo seu papel de proteger o trabalhador.

Pois, a tomadora de serviços não se preocupa com a licitude da atividade exercida do empregado terceirizado, essa avaliação cabe aos fiscais pertencentes aos quadros funcionais do Estado, sendo que a atividade fiscalizatória difere da judicante, visto que o judiciário é caracterizado pela inércia, enquanto a função de fiscalização deve ser proativa, comparecendo aos locais de trabalho e verificando a concordância com as normas trabalhistas.

A não observância das normas trabalhistas deve acarretar para as empresas tomadoras de serviços autuação e multa, objetivando a adequação de sua conduta às normas que regulam a terceirização.

O desafio que se coloca é a verificação prática das orientações legais, garantindo os direitos fundamentais dos trabalhadores em sua totalidade e o pleno desenvolvimento da proteção ao trabalhador, hipossuficiente na relação de trabalho. O que somente será possível através de uma atitude proativa dos membros do Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, através do estudo do desenvolvimento do tema no Brasil procurou-se encontrar as principais consequências da terceirização como flexibilização das normas trabalhistas, contrapondo os efeitos do princípio da proteção ao trabalhador de modo a coadunar a aplicação desse instituto aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Dessa forma, chegou-se às seguintes conclusões:

Primeiramente, diante do estudo preliminar da flexibilização das normas trabalhistas, percebe-se que a terceirização é uma forma de flexibilização da fórmula clássica da relação de trabalho, mas não se confunde com desregulação, pois possui normas específicas que regulam sua execução, como a Súmula 331 do TST e que, apesar de insuficientes, não significam que não haja regulação do tema no Brasil.

A terceirização, antes de tudo, é um processo econômico, tendo se originado na ciência da administração de empresas, como forma de gestão empresarial alternativa à gestão clássica, cujo intuito é diminuir custos com gestão de pessoas e aumentar a especialização e qualidade dos serviços na atividade principal da empresa.

A Súmula 331 do TST embasou o entendimento dos tribunais do trabalho de que serviços temporários, de vigilância e outros especializados, ou seja, quaisquer atividades-meio. Porém, não foi taxativa em relação às hipóteses de terceirização, tendo em vista que cada atividade empresarial tem diversas atividades acessórias a sua finalidade, desde que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e a tomadora de serviço, caso contrário restará configurada a terceirização ilícita, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviço, exceto no caso da Administração Pública.

Na esfera privada, a terceirização é amplamente utilizada como estratégia empresarial, criando diversas vantagens a empresa em relação à competitividade no mercado globalizado, bem como uma maior especialização de seus empregados. Entretanto, quando má utilizada, gera, para o tomador de serviço, responsabilidade subsidiária sobre os créditos devidos ao trabalhador terceirizado, bem como o direito à equiparação salarial para o empregado terceirizado perante o tomador de serviço no caso de terceirização de atividade-fim.

Na esfera pública, diante das disposições do inciso II do art. 37 da Constituição, que vedam a investidura em cargo público sem o devido concurso, e do §6º do mesmo artigo, que versa sobre a responsabilidade objetiva do Estado, surge o impasse em relação à responsabilidade quando do inadimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados

terceirizados e, em relação à terceirização ilícita, o impasse sobre o direito à isonomia de salário e benefícios para o trabalhador.

No entanto, o que se tem observado na prática é que a terceirização, sem um controle mais rígido, pode gerar a precarização do trabalho, a dispersão dos trabalhadores em função da desconcentração produtiva e o enfraquecimento dos sindicatos. Consta-se, então, a falta de uma legislação específica que regule, em detalhes, os elementos que envolvem o ato da terceirização. É preciso uma legislação que defina, de uma vez por todas, os limites para a prática da terceirização regular, esclarecendo quais as atividades empresariais passíveis de serem terceirizadas ou a forma pela qual deverão desenvolver-se tais relações.

Além da necessidade de norma específica que regule a terceirização como um todo, torna-se necessária, também, uma mudança de atitude nos órgãos estatais responsáveis pela fiscalização da terceirização nas empresas, pois esses órgãos têm o dever de garantir o fiel cumprimento das leis, garantindo os direitos trabalhistas fundamentais dos empregados terceirizados.

Para encerrar esta análise da terceirização, cabe uma provocação: quem é o terceiro nessa relação trilateral? Em um primeiro momento, entendendo a terceirização como uma estratégia de administração de empresas. Portanto, a resposta estaria na empresa prestadora de serviços, um terceiro a quem a tomadora contrata e delega parte de suas atividades.

Porém, considerando a realidade da terceirização em nosso país, entendemos que o terceiro é o trabalhador, pois a força de trabalho é tratada como simples mercadoria. Na prática, a terceirização tem promovido a precarização do trabalho humano. Todos conhecemos as condições degradantes a que são submetidos os empregados terceirizados, que acabam sendo submetidos a duplo poder de comando e ficam sujeitos a uma instabilidade de emprego ainda maior do que aquela enfrentada pelos empregados na relação de emprego bilateral clássica. Na terceirização, o trabalhador é colocado em segundo plano, um mero instrumento ou modo pelo qual a empresa prestadora de serviços se desincumbe de sua prestação obrigacional para com a empresa tomadora de serviços.

A terceirização, nos moldes em que se realiza atualmente no país, costuma gerar, ao final, desemprego e precarização. Essa má utilização é decorrente diretamente do fato de não existir uma legislação específica que trate o tema da terceirização e que priorize os direitos fundamentais do trabalhador, conforme já evidenciado ao longo deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTR. 2010.
- MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: Podium, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- FURTADO, Teófilo Emmanuel, **Contemporizando a terceirização**, rev. LTr, vol. 57, nº 11, novembro 1993, p. 1.320).

## ANEXOS

ANEXO A – JURISPRUDÊNCIA

ANEXO B – ANEXO VII, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3 DO MPOG

## **ANEXO A - JURISPRUDÊNCIA**

### **1. EMENTAS DE ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO - TST**

-EMBARGOS DA CEF E PROBANK. TEMA IDÊNTICO. EXAME CONJUNTO. VIGÊNCIA ATUAL DO ART. 894, II, DA CLT. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, porém, a impossibilidade de se formar o vínculo de emprego não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador, empregado público, que cumpre função idêntica na tomadora, já que não é empregado apenas por força da terceirização. Recurso de embargos conhecido e desprovido- (E-RR - 246/2006-201-18-00.0, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 2/10/2009).

-EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. ISONOMIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. Na esteira dos precedentes desta SDI-I, embora afastada a formação de vínculo diretamente com a CEF, nos termos da Súmula 331, II, do TST, ante a ausência do requisito do concurso público, a aplicação analógica do art. 12, alínea a, da Lei 6.019/74 conduz ao reconhecimento do direito da terceirizada à isonomia salarial com os empregados da empresa pública, tomadora de serviços, em razão do desempenho de funções afetas à sua atividade-fim. Embargos conhecidos e não-providos- (E-RR-698968/2000, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ 8/8/2008).

-TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EMPREGADOS DA EMPRESA DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento- (E-RR-1403/2006-057-03-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 2/5/2008).

-EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.496/2007. ISONOMIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. Embora afastada a formação de vínculo diretamente com a Caixa Econômica Federal, nos termos da Súmula 331, II, do TST, ante a ausência do requisito do concurso público, a aplicação analógica do art. 12, alínea a, da Lei 6.019/74 conduz ao reconhecimento do direito da terceirizada à isonomia salarial com os empregados da aludida empresa pública, tomadora de serviços, em razão do desempenho de funções idênticas, como se bancário fosse, para efeito de fruição dos benefícios previstos nas normas heterônomas e autônomas pertinentes. A par de obstar a discriminação indevida no tocante a empregados que realizam tarefas iguais, tal diretriz desestimula a intermediação de mão-de-obra, ao impedir que a tomadora de serviços extraia vantagem da atitude de aproveitar empregada terceirizada, sujeita a condições de trabalho inferiores, na consecução de sua atividade-fim. Precedentes desta SDI-I. Superados os arestos trazidos ao cotejo, por

injunção da Súmula 333/TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Embargos não conhecidos- (E-RR-1160/2005-112-03-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ 18/4/2008).

-RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. IDENTIDADE DE FUNÇÕES ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA E OS CONTRATADOS DIRETAMENTE PELA TOMADORA DOS SERVIÇOS. 1 - O deferimento de parcelas inerentes à condição de bancário a empregado de empresa terceirizada que se ativa em tarefas típicas da empresa tomadora, não pressupõe o reconhecimento do vínculo empregatício com esta última. Possível, daí, nos termos da jurisprudência mais recente desta SBDI-1, deferir ao empregado tais parcelas sem o reconhecimento do vínculo com a tomadora. 2. Logo, constitui ônus do recorrente, ao interpor recurso a decisão proferida pelo Tribunal Regional mediante a qual se reconhece, com base na prova dos autos, o exercício pelo reclamante de funções típicas de bancário e a formação do vínculo diretamente com a tomadora, impugnar a decisão em ambos os aspectos, não sendo possível tratar o deferimento das parcelas inerentes à condição de bancário como mero consectário do vínculo empregatício reconhecido judicialmente. 3 - Recurso de embargos não conhecido- (E-RR-805460/2001, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 29/2/2008).

-EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. ISONOMIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI N.º 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. Na esteira dos precedentes desta SDI-I, embora afastada a formação de vínculo diretamente com a CEF, nos termos da Súmula 331, II, do TST, ante a ausência do requisito do concurso público, a aplicação analógica do art. 12, alínea a, da Lei 6.019/74 conduz ao reconhecimento do direito da terceirizada à isonomia salarial com os empregados da empresa pública, tomadora de serviços, em razão do desempenho de funções afetas à sua atividade-fim. Embargos conhecidos e não-providos.- (E-RR- 698.968/2000, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ de 8/8/2008.)

-RECURSO DE EMBARGOS. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. A questão em debate já está pacificada nesta c. SBDI-1 do TST, no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, porém, a impossibilidade de se formar o vínculo de emprego não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador terceirizado que cumpre função idêntica na tomadora, já que não é empregado apenas por força da terceirização. Recurso de embargos conhecido e desprovido.- (E-RR-854/2005-004-21-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 20/6/2008.)

-TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. EMPREGADOS DA EMPRESA DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.- (E-RR-1403/2006-057-03-00, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 2/5/2008.)

## 2- Ementa de Acórdão do Tribunal de Contas da União

REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PEDIDO DE INGRESSO DE TERCEIRO INTERESSADO NOS AUTOS. DEFERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FINALÍSTICA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

## 3- Ementas de Acórdão de Tribunais Regionais do Trabalho

DESVIO DE FUNÇÃO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS Restando provado, através das testemunhas e dos documentos juntados aos autos, que o reclamante realizava atividades de eletricista, apesar de ocupar a função de auxiliar, inclusive após a implantação de Plano de Cargos e Salários, até a ocorrência de terceirização, devidas são as diferenças salariais decorrentes do desvio de função, bem como seus reflexos. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (0251400-12.2001.5.07.0003(251400/2001-003-07-00-7): RECURSO ORDINÁRIO, RELATOR(A): JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA - DATA DE JULGAMENTO:02/08/2004 - DATA DA PUBLICAÇÃO:31/08/2004

COOPERATIVA VÍNCULO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. Verificando a ocorrência de contratação de trabalhador por empresa interposta, correta a decisão do Juiz "a quo" que, aplicando a Súmula 331, I do TST, reconheceu o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora. MULTAS ARTS. 467 E 477, § 8º DA CLT - Multa rescisória. Havendo controvérsia, inclusive sobre a existência do próprio vínculo, descabe a aplicação da multa prevista no art. 477 da CLT. Conseqüentemente, indevida a multa do art. 467, da CLT, vez que são subsistem verbas rescisórias incontroversas. HONORARIOS ADVOCATICIOS - DEFERIMENTO O fundamento para a concessão dos honorários de advogado repousa nos arts. 5º incisos XVIII LXXIV; 8º, inciso V e 133 da Constituição Federal. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (0146700-50.2004.5.07.0012(146700/2004-012-07-00-5): RECURSOS ORDINÁRIOS, RELATOR(A):JOSE RONALD CAVALCANTE SOARES - DATA DE JULGAMENTO:20/08/2008 - DATA DA PUBLICAÇÃO:14/10/2008)

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS ENUNCIADO 331, IV, DO TST. Nos termos do Enunciado 331, IV, do TST, deve responder subsidiariamente o tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador. (0175800-35.2008.5.07.0004(175800/2008-004-07-00-3): Recurso Ordinário, RELATOR(A):DULCINA DE HOLANDA PALHANO - DATA DE JULGAMENTO:18/01/2010 - DATA DA PUBLICAÇÃO:01/02/2010)

## **ANEXO B – ANEXO VII, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3 DO MPOG**

### **ANEXO VII (Anexo incluído pela IN nº 3, SLTI/MPOG, de 15.10.2009)**

#### **CONTA VINCULADA PARA A QUITAÇÃO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS**

1.1 As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que tratam este Anexo, em relação à mão de obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão de obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e depositados em conta vinculada em instituição bancária oficial, bloqueada para movimentação e aberta em nome da empresa.

1.2. A movimentação da conta vinculada será mediante autorização do órgão ou entidade contratante, exclusivamente para o pagamento dessas obrigações.

1.3 O montante do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes previsões:

13º salário;

Férias e Abono de Férias;

Adicional do FGTS para as rescisões sem justa causa;

Impacto sobre férias e 13º salário.

1.4 O órgão ou entidade contratante deverá firmar acordo de cooperação com instituição bancária oficial, que terá efeito subsidiário à presente instrução normativa, determinando os termos para a abertura da conta corrente vinculada.

2.1 A assinatura do contrato de prestação de serviços entre o contratante e a empresa vencedora do certame será precedida dos seguintes atos:

2.2 solicitação do contratante, mediante ofício, de abertura de conta corrente vinculada – bloqueada para movimentação –, no nome da empresa, conforme disposto no item 1;

2.3 assinatura, pela empresa a ser contratada, no ato da regularização da conta corrente vinculada, de termo específico da instituição financeira oficial que permita ao contratante ter acesso aos saldos e extratos, e vincule a movimentação dos valores depositados à autorização da Administração.

3. O saldo da conta vinculada será remunerado pelo índice da poupança ou outro definido no acordo de cooperação, desde que obtenha maior rentabilidade.

4. Os valores referentes às provisões de encargos trabalhistas mencionados no item 1.3, depositados em conta vinculada deixarão de compor o valor mensal a ser pago diretamente à empresa.
5. O montante de que trata o aviso prévio trabalhado, 23,33% da remuneração mensal, deverá ser integralmente depositado durante a primeira vigência do contrato.
6. Os editais deverão conter expressamente as regras previstas neste anexo e um documento de autorização para a criação da conta vinculada, que deverá ser assinado pela contratada, nos termos do art. 19-A desta Instrução Normativa.
7. A empresa contratada poderá solicitar a autorização do contratante para utilizar os valores da conta vinculada para o pagamento de eventuais indenizações trabalhistas dos empregados ocorridas durante a vigência do contrato.
  - 7.1 Para a liberação dos recursos da conta vinculada, para o pagamento de eventuais indenizações trabalhistas dos empregados ocorridas durante a vigência do contrato, a empresa deverá apresentar ao contratante os documentos comprobatórios da ocorrência das obrigações trabalhistas e seus respectivos prazos de vencimento.
  - 7.2 O contratante expedirá, após a confirmação da ocorrência da indenização trabalhista e a conferência dos cálculos, a autorização para a movimentação, encaminhado a referida autorização à instituição financeira oficial no prazo máximo de cinco dias úteis, a contar da data da apresentação dos documentos comprobatórios da empresa.
  - 7.3 A autorização de que trata o item anterior deverá especificar que a movimentação será exclusiva para a transferência bancária para a conta corrente dos trabalhadores favorecidos.
8. A empresa deverá apresentar ao contratante, no prazo máximo de três dias, o comprovante das transferências bancárias realizadas para a quitação das obrigações trabalhistas.
9. O saldo remanescente da conta vinculada será liberado à empresa, no momento do encerramento do contrato, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.