

RAMON PORTELA RAMOS

A TERCEIRIZAÇÃO COMO FORMA DE FLEXIBILIZAÇÃO DO CONTRATO DE
TRABALHO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2007

A minha mãe

A minha avó

A minha tia

A minha namorada

AGRADECIMENTOS

Ao professor orientador pela condução através dos liames do tema abordado.

Ao amigo Alexandre Weber Aragão Veloso pelas reflexões e livros emprestados.

Às minhas amigas da faculdade pelo apoio diário nestes últimos meses.

“Temos aprendido a voar como os pássaros,
a nadar como os peixes, mas ainda não
aprendemos a sensível arte de viver como
irmãos.”

Martin Luther King

RESUMO

A terceirização de serviços é uma das formas que mais se destacam no fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho, sendo suas implicações nas relações trabalhistas e o tratamento jurídico dado à matéria em nosso país o objeto deste estudo. Dividido em nove capítulos, há aqui a busca da compreensão da terceirização de serviços desde suas raízes, sendo abordado, em um primeiro momento, desde o nascedouro da flexibilização, sua divisão em adaptação e desregulamentação, às suas implicações em nossa Constituição. Em seguida, parte-se para a análise do fenômeno centro do estudo, desde seu desenvolvimento histórico, o trabalho temporário e as cooperativas como suas formas de manifestação mais expressivas atualmente, seus requisitos especiais de licitude e as críticas mais frequentes. No final, são apresentadas as considerações finais acerca dos pontos abordados.

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Flexibilização. Adaptação. Desregulamentação. Constituição. Trabalho Temporário. Cooperativas.

ABSTRACT

The outsourcing services is one of the most outstanding forms of the flexibility phenomenon of the Labour Rights, being its implications on the labour relationships and the juridical treatment in our country object of this study. Nine chapters divide the study and it searches the comprehension of the outsourcing services since its roots, beginning with the analysis of the birthplace of the flexibility phenomenon, its division in adaptation and deregulation, until its implication in our Constitution. Then, it analyses the phenomenon theme of the study, beginning with its historical development, the temporary labour and the cooperative societies as its most expressive nowadays, its special requirements for its licitude and the most frequent critics. In the end, it presents the final consideration about the points broached.

Keywords: Outsourcing services. Flexibility. Adaptation. deregulation. Constitution. Temporary labour. Cooperative societies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA.....	14
1.1. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA.....	14
1.2. FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO.....	18
1.3. TAYLORISMO, FORDISMO E TOYOTISMO.....	26
1.3.1. TAYLORISMO.....	26
1.3.2. FORDISMO.....	27
1.3.3. TOYOTISMO.....	28
1.4. DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS.....	30
2. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA.....	40
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	40
2.2. CONCEITO.....	47
2.3. NATUREZA JURÍDICA.....	51
2.4. MODALIDADES DE TERCEIRIZAÇÃO.....	52
2.4.1. TRABALHO TEMPORÁRIO.....	52
2.4.2. COOPERATIVAS.....	60
3. SÚMULA 331 DO TST.....	69
4. CRÍTICAS AO FENÔMENO TERCEIRIZANTE.....	75
5. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA.....	81
6. TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	87
7. ASPECTOS PROCESSUAIS.....	94
7.1. COMPETÊNCIA.....	94
7.2. LITISCONSÓRCIO.....	96
7.3. ÔNUS DA PROVA.....	97
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

INTRODUÇÃO

Diante dos olhares atentos do mundo, em menos de duas décadas, presencia-se o constante crescimento do sistema capitalista, o qual não mais encontra barreiras senão as impostas por sua própria estrutura interna, notadamente através do dimensionamento de seu modo de produção. A queda do socialismo real gerou um vácuo o qual foi preenchido por este sistema econômico, possibilitando a exploração de mercados até então fechados, o maior acesso à riquezas, à mão-de-obra e à matéria prima, tudo isto fez com que os detentores do capital buscassem uma releitura da relação entre capital e trabalho.

A necessidade cada vez mais crescente de se diminuïrem os custos produtivos, possibilitando-se o incremento dos lucros impulsionou o pensamento de um conjunto de estratégias mercadológicas, as quais contam com dois aspectos bem definidos para lhe caracterizar a face: por um lado, ostentam benefícios incontestáveis como o aumento da produção, implementando a ela maior celeridade, garantindo-se também maior qualidade dos produtos, facilitando, assim, sua inserção em novos mercados, bem como a manutenção de sua presença e sua consolidação naqueles mais tradicionais; por outro, este de semblante notoriamente sombrio, é flagrante o descaso e a exploração desenfreadas da classe trabalhadora, com a relativização de regras nucleares da relação justraloral como as delimitadoras da jornada de trabalho e da contraprestação salarial recebida.

O fenômeno aqui tratado é o da flexibilização, através do qual se possibilita o questionamento de garantias adquiridas pela classe trabalhadora através de lutas históricas, revendo-se os aspectos chaves da relação justraloralista para a melhor adaptação da atividade empresária à realidade da economia de mercado, atualmente, de proporções globais. Assim, é fenômeno que, preliminarmente, demonstra-se mais como uma necessidade do que pura expressão da ganância empresarial, pois, principalmente em um país como o Brasil, onde é flagrante o papel exercido pela alta carga tributária que se abate sobre os exercentes de atividades negociais, sendo explícito seu caráter desestimulante à formação de uma base de pequenos e médios empreendimentos em nossa economia, capazes estes de fornecer mais empregos, bem como de propiciar

maior solidez aquela, dotando-a de segurança e credibilidade essenciais ao crescimento nacional.

Preocupa-nos, pois a versão mais radical do fenômeno da flexibilização: a desregulamentação. Este surge, na realidade, como fruto dos pensamentos mais controvertidos em sede daquele, buscando a destruição de direitos e garantias clássicos, e não sua adaptação aos tempos modernos. A desregulamentação encontra guarida em ordenamentos jurídicos marcados pela atuação de doutrina e de representantes legislativos mais compromissados com interesses próprios do que com o de toda a sociedade, desprezando o porquê da manutenção destes benefícios desde sua criação, muitos deles encontrando suas raízes no processo de consolidação do modo de produção fabril da primeira etapa da Revolução Industrial, até nossos dias, desejando, assim, um retorno ao capitalismo liberal, superado pela própria evolução humana.

O embate constante entre estas duas faces do mesmo fenômeno deve ser controlado pelo Direito do Trabalho, o qual desde o surgimento do sistema capitalista, vem ao amparo das partes envolvidas nas relações laborais, buscando enquadrá-las em um contexto humanitário, preservando-se a dignidade da pessoa humana e garantindo-se o direito a um trabalho digno, que se preste a propiciar o crescimento do cidadão e não o consumo de sua força produtiva e seu posterior descarte, sendo abandonado à margem da sociedade. Devemos ter em mente, contudo, que este ramo da ciência jurídica não se deve constituir entrave à evolução das relações socioeconômicas, mas, sim, uma garantia de seu desenvolvimento em conformidade com os direitos e garantias preconizados por nossa Constituição Federal de 1.988.

Neste contexto de transformação e de questionamento da estrutura vigente em sede das relações trabalhistas é que se insere o presente estudo. O foco principal é dado no fenômeno da terceirização, estratégia de mercado cujas raízes se encontram na ciência da Administração, que grande importância ganhou junto à iniciativa privada e pública como forma de se promover a flexibilização laboral. Rejeitado, em um primeiro momento, pela doutrina e jurisprudência por sua identidade com o fenômeno da *marchandage*, a terceirização trabalhista, desde sua introdução no Brasil por volta das décadas de 1960 e 1970, sempre contou com expressiva aceitação social, refletindo-se, como não poderia deixar de ser, uma vez que o Direito é fato valorado socialmente, na

atuação legislativa de forma a editar norma jurídica permissiva de sua utilização, primeiro para a Administração Pública, estendendo-se depois à órbita das relações privadas.

Contudo, o efetivo regramento legislativo dado à matéria refletiu apenas situações pontuais e excetivas, âmbito este muito menor do que se vê na realidade, constituindo situações práticas de flagrante ilegalidade e, em alguns casos, notadamente na Administração Pública, até mesmo de inconstitucionalidades, as quais devem ser combatidas, pois o único a ser prejudicado é o trabalhador, o qual submete-se a estas relações trabalhistas impulsionado por sua necessidade de sobrevivência. Desta forma, em vista da inércia legislativa no sentido de dar ao fenômeno regulamentação mais ampla e completa, a jurisprudência debruça-se sobre o tema, pois o Poder Judiciário não pode alegar a ausência de lei como forma de se eximir do exercício da função jurisdicional, surgem, assim, as Súmulas de Jurisprudência Unificada do Tribunal Superior do Trabalho nº 256 e 331, esta revisando e ampliando o sentido daquela.

Assim, podemos ver que o único diploma a se preocupar com o fenômeno da terceirização não é oriundo do Poder Legislativo e, sim, do Judiciário, forjado através da prática cotidiana dos Tribunais Trabalhistas, contudo, por não se revestir de forma legal, dá margem à utilização controversa do fenômeno, fazendo-o instrumento para a concretização da desregulamentação, face a ser combatida da flexibilização trabalhista, como vimos.

O presente estudo, desta forma, pretende, através da análise doutrinária, legal e jurisprudencial, traçar o perfil do fenômeno da terceirização em nossas terras, desde a análise histórica, seu desenvolvimento legislativo, dentro dos permissivos constitucionais para a Administração Pública e para a iniciativa privada, confirmando a necessidade de regulamentação através de lei de maneira urgente, uma vez que, por si só, a terceirização é uma decorrência da evolução social, econômica, política e cultural da realidade trabalhista, devendo ser albergado de maneira plena pelo Direito do Trabalho, evitando a propagação de abusos que só tendem a trazer prejuízos ao trabalhador.

O trabalho, desta forma, inicia-se com uma breve digressão histórica acerca da flexibilização trabalhista, o qual traz uma abordagem acerca do ambiente em que se dá o nascimento do ramo juslaboral do Direito, como este surge como uma resposta às lutas de classe, como uma concessão necessária dos empregadores, como válvula para se aliviar as pressões existentes no começo do século XVIII, quando o trabalho das mulheres e das crianças era tido como prioritário por serem considerados estes agentes mais passivos, dando ensejo a grande revolta social do movimento trabalhista. Aborda-se aqui também os reflexos trazidos pelo Estado do Bem-Estar Social nas relações laborais, bem como há uma reflexão acerca dos rumos atuais do Direito do Trabalho em nosso país.

Logo em seguida, entramos no debate acerca da Flexibilização Trabalhista propriamente dita, através de sua análise conceitual, sua diferenciação em relação à desregulamentação e análise dos dispositivos constitucionais que a autorizam, sendo dado ênfase ao papel da negociação coletiva, através de suas espécies, o acordo coletivo e a convenção coletiva, como instrumentos conferidos pelo Estado para que os trabalhadores, através de seus representantes sindicais, possam assumir o protagonismo nas negociações desenvolvidas com os empregadores, meio limitado apenas pelo modelo do sindicalismo brasileiro, marcado pelo regime do sindicato único de origem notadamente fascista, cujas raízes remontam à Era Vargas. Passamos aqui também por uma breve análise dos principais modos de produção desenvolvidos pelo sistema capitalista ao longo de seu desenvolvimento histórico para que possamos compreender sua influência na configuração atual do mercado e o porquê de a flexibilização ter se tornado a palavra de ordem em nossos tempos. Por fim, não poderíamos de deixar de abordar tema polêmico que é a extensão ou não da proteção conferida pelo art. 60, § 4º, IV da CF/88 aos Direitos e Garantias Sociais, cuja previsão também é feita no âmbito constitucional.

Neste momento, o estudo encontra seu ponto principal, há o início do tratamento do fenômeno da Terceirização. Inicia-se este capítulo através da análise da evolução histórica do instituto que no Brasil encontra suas raízes na reforma administrativa do final da década de 1960, como forma de se reduzir a máquina estatal, suas primeiras incursões no ramo privado da economia através da Lei do Trabalho Temporário e da permissão da terceirização permanente em sede de serviços de

vigilância bancária, chegando, por fim, ao tratamento jurisprudencial dado por nossa corte trabalhista máxima através de seus enunciados jurisprudenciais de nº 256 e 331. Também há aqui a abordagem conceitual do instituto, momento no qual fazemos remissão às suas origens na ciência da Administração, bem como pesquisa-se sua natureza jurídica.

Estudamos também as duas formas mais expressivas de manifestação da terceirização, quais sejam o Trabalho Temporário e as Cooperativas, sendo esta última a portadora das situações mais problemáticas, pois foi historicamente utilizada como forma de se burlar a aplicação da legislação trabalhista por pessoas privadas ou agentes públicos, os quais se valem, para isto, da condição de autônomos dos cooperados, fato este que lhe retirou, em grande parte, a credibilidade, sendo responsável pelo descrédito atualmente dado a esta forma que, se guardasse conformidade com seus princípios, bem como com sua proposta inicial, muito contribuiria para a inserção mais fácil dos empregados no mercado de trabalho.

Há também o estudo aprofundado dos incisos da Súmula nº 331 do TST, dispositivo responsável pelo dimensionamento atual do fenômeno terceirizante no Brasil, o qual é expresso em admitir, seguindo, assim, a orientação de seu predecessor, o caráter de exceção do instituto cerne de nosso estudo, estabelecendo, neste sentido, as hipóteses de seu cabimento, bem como as conseqüências de sua atuação nos casos em que não é autorizada, configurando-se, assim, a terceirização ilícita. Abordamos também as formas de responsabilização tanto das empresas terceirizadas quanto das tomadoras de serviço, sendo possível até mesmo a responsabilização do Poder Público quando se insere em hipótese ilegal de terceirização, muito embora não haja a configuração do vínculo empregatício com este.

Em seguida abre-se espaço para exporem-se críticas ao fenômeno em estudo, centrando-se o debate em duas questões essenciais à preservação da dignidade do trabalhador, a primeira, muito comum, principalmente no universo da Administração Pública, trata da isonomia remuneratória, o tratamento diferenciado conferido ao trabalhador terceirizado em relação aos da tomadora de serviços exercentes das mesmas funções; a segunda trata da responsabilização da empresa cliente em relação aos créditos trabalhistas oriundos da relação jurídica da terceirização.

Posteriormente, ocupamo-nos da distinção entre a Terceirização Lícita, aquela que encontra permissão na Súmula 331 do TST e na legislação esparsa sobre o tema, e a Terceirização Ilícita, a qual existe, muito embora não haja Lei que elenque casos proibitivos à sua prática. Aqui há importante alerta para aquele que objetiva terceirizar atividades de sua empresa, devendo preocupar-se com a natureza da contratada, pois a probabilidade de ocorrência de fraudes é muito alta e, havendo indício de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão-de-obra, caracterizando-se a *marchandage*, a empresa cliente pode vir a ser responsabilizada nos termos do enunciado jurisprudencial acima referido.

Dedicamos também capítulo exclusivo à Terceirização no âmbito da Administração Pública, a qual apresenta regramento diferenciado em virtude do intenso teor valorativo circundante desta última, o qual é fruto da evolução do Direito Administrativo em busca da moralidade estatal em prol da segurança jurídica dos administrados. Não devemos esquecer que a autorização de práticas terceirizantes junto às atividades exercidas pelo Poder Público não deixa de ser uma válvula para a ocorrência de casos de corrupção, contudo é também uma oportunidade para o Estado destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas que poderão exercê-las de maneira mais eficiente e barata, reduzindo-se, assim, o âmbito de extensão da máquina administrativa, como ocorre com a terceirização da coleta de lixo e o serviço de transporte público, ambas atividades desempenhadas mediante sistema de concessão ou permissão, contratações estas que são, em regra, precedidas de concorrência pública. Enfim, prática vantajosa, desde que exercida pelos administradores sem qualquer desvio de finalidade.

Finalmente, abordamos questão de cunho eminentemente processual, analisando a competência para o processo e julgamento dos litígios em sede de Terceirização Trabalhista, bem como a real necessidade da configuração de litisconsórcio passivo entre a empresa de intermediação de mão-de-obra e a cliente para a responsabilidade subsidiária desta última nos termos vaticinados pela Súmula 331 do TST, bem como da configuração do ônus da prova.

1. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

1.1. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

O final do século XVIII foi um período de intensas mudanças nos campos político, jurídico e social. As inovações tecnológicas trazidas pela Revolução Industrial e a subsequente substituição da ferramenta manual pela máquina, a qual propiciou, juntamente com a difusão do individualismo, tão próprio daquela época de nascente liberalismo econômico, o enterro das antigas Corporações de Ofícios, abrindo caminho para uma verdadeira Revolução Social, a qual trouxe novas classes, a empresária e a proletária, rompendo-se, assim, com os últimos resquícios medievais.

Os ideais de liberdade que afloraram com a Revolução Francesa refletiram-se sobre a atividade econômica, possibilitando a livre manifestação nas artes ou ofícios, trazendo consigo as livres contratações. Ao mesmo tempo, como consagra Paulo Bonavides, os “códigos se impregnaram de uma doutrina individualista assentada no binômio indivíduo e Estado, dois pólos impermeáveis de materialidade antagônica e confrontante, segundo os axiomas do liberalismo e sua filosofia do poder”¹.

O liberalismo econômico tratava o trabalho como uma mercadoria, cujo valor fixava-se com base na lei da oferta e da procura, o que, normalmente, acabava por dar-lhe valor mínimo, insuficiente para promover uma subsistência digna ao proletariado. Aliado a isto, as condições insalubres dos ambientes operários, a insegurança que culminava com a mutilação ou a aniquilação da força de trabalho, a falta de regulamentação quanto ao emprego de mão-de-obra infantil e de mulheres, a não fixação de uma jornada de trabalho máxima, tudo isto, selado pelo princípio de que o contrato faz lei entre as partes, uma vez que este conjunto de relações era tratado no âmbito do Direito Civil, o qual equiparava os dois pólos da emergente relação de trabalho, propiciou o contexto de explosão social, de luta de classes, em que,

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 638.

rapidamente, despertou-se no trabalhador a consciência coletiva e sua extraordinária força.

Exigia-se do Poder Público uma mudança de postura, deixando de ser um mero observador dos acontecimentos sociais, um opressor por omissão, para que assumisse um papel ativo, intervindo quando necessário de forma a se garantir o mínimo à manutenção da dignidade de toda uma classe social. Surgiu a necessidade de um ordenamento jurídico apto a promover um equilíbrio entre as partes, evitando que o conflito existente comprometesse as próprias bases da sociedade, atingindo sua estabilidade.

O Direito do Trabalho, assim como salienta Alice Monteiro de Barros,

surgiu em momento histórico de crise, como resposta política aos problemas sociais acarretados pelos dogmas do capitalismo liberal ... Nasceu sob o império da máquina, que, ao reduzir o esforço físico e simplificar a atenção mental, facilitou a exploração do trabalho das mulheres e dos menores, considerados 'meias forças', relegando-se o trabalho do homem adulto a um plano secundário. O desgaste prematuro do material humano nos acidentes mecânicos do trabalho, os baixos salários e as excessivas jornadas foram, então inevitáveis. O Direito Civil já não se encontrava apto à solução desses problemas, os quais exigiam uma legislação mais de acordo com o momento histórico social. Isso porque a celebração e o cumprimento do contrato de trabalho disciplinados pela liberdade assegurada às partes, no direito clássico, intensificavam a flagrante desigualdade dos interlocutores sociais.²

No mesmo jaez, preleciona Maurício Godinho Delgado acerca da gênese do Direito do Trabalho atrelada ao desenvolvimento e consolidação de um novel modo de produção:

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil. A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontaram, de forma significativa e conjugada, com o advento e evolução capitalistas. Porém o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia.³

² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 78 e 79.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 edição. São Paulo: LTR, 2.006, pág. 81.

Assim, um sentimento de solidariedade difundiu-se socialmente, sendo este inspirador das primeiras intervenções estatais. O forte humanismo presente à época direcionou as investidas legislativas à proteção dos aprendizes, dos menores, dos acidentados e das mulheres. Já nos séculos XIX e XX o intervencionismo estatal ganhou caráter político, devido ao surgimento da força operária, apoiada por suas organizações operárias. A legislação trabalhista, nestes primeiros momentos, era predominantemente imperativa, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes, um verdadeiro freio às ingerências abusivas permitidas pelo liberalismo econômico, as quais geraram desigualdade econômica e social até então sem precedentes.

Maurício Godinho Delgado explicita a importância do Direito do Trabalho como instrumento de pacificação social:

Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo, vivem essencialmente, de seu próprio trabalho. Nesta linha, ele adquiriu o caráter, ao longo dos últimos 150/200 anos, de um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado e sistema capitalistas. Além disso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o Direito do Trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego.⁴

Notadamente, uma peculiaridade reside na evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil e nos demais países sul-americanos, distantes dos grandes centros do capitalismo industrial, onde se travaram as primeiras lutas classistas que impulsionaram o desenvolvimento do arcabouço legislativo protetivo que constituiria as raízes daquele ramo jurídico, o Estado aliou-se

ao proletariado que surgia com o deslocamento do poder das oligarquias rurais para as classes médias urbanas. Em favor desse proletariado editou-se uma legislação generosa para a época, com a recomendação de que sua proteção deveria vir do Estado, não dos sindicatos, que eram hostilizados porque não podiam ser controlados pelo poder público. Por outro lado, visando a fomentar a indústria, o Estado ofereceu proteção laboral paralelamente à proteção econômica concedida ao empregador⁵.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 61 e 62.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 79.

Desta forma, cerceou-se, em nossas terras, o livre desenvolvimento do protagonismo proletário que até hoje se faz presente através da manutenção de institutos que não guardam outra justificativa senão as raízes fascistas de tal iniciativa, como, por exemplo, a regra do sindicalismo unitário, que tanto prejudica os trabalhadores quando da necessidade de se utilizar dos meios de negociação coletiva, conforme veremos adiante.

O Professor Jorge Luiz Souto Maior nos lembra que a origem histórica do Direito do Trabalho no Brasil remonta a período anterior à Era Vargas, e reduzir a tal momento histórico significa analisar-se tal aspecto sob um prisma reducionista:

Além disso, proveniente da confusão supra, diz-se comumente, mais ou menos na linha de que o direito do trabalho foi uma interferência indevida do Estado nas relações sociais, como visto na história geral do direito do trabalho, que o direito do trabalho no Brasil, tendo nascido com a publicação da CLT, em 1.943, teria sido, então, obra da mente de um único homem, Getúlio Vargas, sem que houvesse no Brasil as condições fáticas que demandassem uma tal regulação das relações de trabalho. Esse pressuposto histórico tem uma repercussão negativa sobre a avaliação do Direito do Trabalho brasileiro, pois, normalmente, busca-se qualificar Getúlio Vargas como um fascista e, por conseqüência, deixa-se no ar o argumento de que o direito do trabalho seria fruto de uma tal ideologia e que em um regime democrático não há espaço para o modelo jurídico criado por Vargas. Essa forma de apresentar o direito do trabalho brasileiro, no entanto, só pode ser entendida como conseqüência de uma completa abstinência de apetite histórico ou de uma vontade, deliberada, de gerar ineficácia às normas trabalhistas. Simplifica-se demais a história e com isto acaba-se cometendo sérios equívocos que nos impedem de melhor entender o direito do trabalho.⁶

A despeito deste caráter notadamente garantista de nossa legislação trabalhista, as mudanças sentidas desde a década de 70 do século passado, após os abalos das crises do petróleo, bem como com o término da bipolarização mundial e conseqüente surgimento do neoliberalismo, fizeram com que as relações trabalhistas começassem a ser repensadas, o Estado do Bem Estar Social não mais se adequava ao novo momento histórico. O notável avanço tecnológico, as alterações na organização da produção e as novas metodologias de gestão de mão-de-obra possibilitaram uma maior integração entre nações. As distâncias encurtaram-se e sentiu-se a necessidade de imprimir maior celeridade e qualidade à produção industrial para que os mercados pudessem ser mantidos. Também se pôde notar o crescimento de novas áreas a serem exploradas, e o terceiro setor, aquele dedicado à prestação de serviços, até então relegado ao segundo

⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto **Breves considerações sobre a história do Direito do Trabalho no Brasil** in CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (organizador). **Curso de Direito do Trabalho: Volume 1: teoria geral do Direito do Trabalho**. 1ª- edição. São Paulo: LTr, 2.007, pág. 63.

plano, cresceu em importância. O mundo capitalista, desta forma, vislumbrava os primeiros sinais de uma nova geração.

Todas estas mudanças e necessidades sentidas pelo sistema capitalista, o qual tem como objetivo principal a formação do lucro através da conjugação de capital e labor, fizeram com que se iniciasse o debate acerca da flexibilização dos direitos e das garantias das relações de trabalho. Estava lançada, desde então, a busca por formas alternativas de relações de emprego, as quais, sendo mais facilmente manipuláveis, prestassem-se a desnivelar ainda mais a relação dual entre empregador e empregado, deixando a condição deste ainda mais precária e comprometendo sua dignidade e a de toda sua família.

Maurício Godinho Delgado sintetiza o momento brasileiro atual, em que nos encontramos entre dois caminhos a seguir, quais sejam, a manutenção das normas garantistas de proteção ao trabalhador, ou a opção por flexibilizá-las, seguindo as tendências do mercado moderno, para supostamente inserirmo-nos no contexto mundial de maneira mais competitiva, mesmo ao preço do comprometimento de institutos que constituem a espinha dorsal de nossa Carta Magna. Assim manifesta-se aquele doutrinador:

O modelo jurídico-trabalhista brasileiro sintetiza, hoje, o próprio impasse vivido pela jovem Democracia brasileira. Fustigado pelo sopro modernizador e democratizante de um conjunto de intenções brandidas pelo receituário político da última década e meia do século XX, alcançou preservar e reproduzir, ao mesmo tempo, instituições e mecanismos que, ao longo da história, sempre desempenharam papel conspiratório contra a Democracia.⁷

1.2. FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO

Conforme expomos acima, os novos rumos do sistema capitalista, juntamente com o advento do neoliberalismo, fizeram com que se questionasse o rol de direitos assegurados aos trabalhadores em nosso ordenamento jurídico, notadamente em nossa

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 81.

Constituição Federal, com o escopo de que se confira à classe empresária maior governabilidade sobre os trabalhadores, bem como forma de garantir a redução dos custos sociais.

As atuais taxas de desemprego e crescimento demográfico e respectivas projeções, o surgimento de novas tecnologias, as mudanças de hábito e consumo, a baixa escolaridade do trabalhador médio, a ausência de política de treinamento e realocação de mão-de-obra e os desvios de finalidade, a injusta carga tributária, a falta de estímulo ao setor produtivo, as taxas de juros praticadas, o déficit social e o crescimento da violência e a péssima política de distribuição de renda sinalizam, no futuro, enormes dificuldades, com o aumento do desemprego, potencializando negativamente o chamado custo Brasil.⁸

O Direito, como bem vivenciamos, não é estático, pelo contrário, as normas refletem seu tempo, estando inseridas na eterna busca pela adequação aos fatos sociais, os quais, a partir de um processo de valoração, tornam-se normas jurídicas. Assim, a partir do momento em que se começa a difundir a idéia de que a normatização trabalhista constitui-se óbice ao bom curso da atividade econômica, gerando reflexos sociais demasiadamente pesados para a sociedade, como, por exemplo, o aumento do desemprego, começa-se a exigir que o ramo justralhista do Direito arque com a responsabilidade de promover transformações eficazes para se alcançar o final da crise, surgem, assim, os movimentos com a finalidade de desregular ou desregularamentar o complexo de normas trabalhistas.

O Professor Fernando Basto Ferraz conceitua flexibilização como “a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”⁹. O mesmo doutrinador expõe ainda que o fenômeno em estudo desvela-se através de dois modelos: adaptação e desregulamentação, explicando:

⁸ SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **PLENO EMPREGO** : nova política de empregos para o Brasil : redução de custos : elemento de competitividade internacional : breves considerações, 27/11/06, p. 02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8494>>. Acesso em: 01 de maio de 2007, 07h27min.

⁹ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 18.

Através da adaptação das normas trabalhistas às mudanças que se fazem necessárias, sem atingir os direitos mínimos dos trabalhadores (no Brasil, previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988), facilmente se percebe sua diferença quando comparada com a desregulamentação, também conhecida como “flexibilização radical”, que propõe excluir do ordenamento jurídico nacional toda legislação trabalhista, resgatando o princípio liberal da autonomia da vontade das partes, capital e trabalho.¹⁰

José Martins Catharino assim nos dá as linhas gerais da desregulamentação, face do fenômeno flexibilizador que mais assusta e ganha monta em nossa ordem jurídica:

De acordo com o pensamento liberal quer dizer reduzir ao máximo as regras ditadas pelo Estado e aumentar a privatização normativa.

A “desregulamentação”, a grosso modo, pode ser processada com a diminuição das regras ditadas pelo Estado, ou pela redução de sua intensidade e extensão.

Por consequência, aumentando o regramento autônomo, mediante a conjunção de vontade de sujeitos de direito privado, naturais ou com personalidade jurídica.¹¹

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, conceitua a flexibilização que toma lugar no Direito do Trabalho como:

um conjunto de regras que tem como objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes entre o capital e o trabalho.¹²

Posteriormente, o mesmo doutrinador aprofunda este pensamento também trazendo a baila sua diferenciação quanto ao fenômeno da desregulamentação:

Flexibilizar não tem, portanto, por sinônimo, desregulamentar, pois é possível, inclusive, flexibilizar por meio da legislação, como o faz a Constituição (art. 7º, IV, XIII e XIV). Consiste a flexibilização exatamente em menor rigidez na legislação, propiciando adaptações no trabalho, em razão da modificações sociais e econômicas.¹³

Nosso ordenamento jurídico aos poucos, desde a década de 70 do século passado, vem encaminhando-se no sentido da flexibilização trabalhista, havendo, inclusive, na própria Constituição Federal, fruto maior do Estado do Bem Estar Social em nosso país, em seus dispositivos aspectos permissivos deste instituto, são eles os presentes nos incisos VI, XIII e XIV, de seu art. 7º, quando do tratamento dos Direitos Sociais laborais. Assim, desde que se faça através de convenção ou acordo coletivo,

¹⁰ FERRAZ, Fernando Basto. Op. Cit., p. 19 e 20.

¹¹ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Seqüela**. São Paulo: LTr, 1997, p.42.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 37.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., p. 39.

pode-se reduzir o salário do trabalhador (art. 7º, VI), reduzir sua jornada de trabalho ou instituir forma de se compensar as horas-extras trabalhadas (art. 7º, XIII) ou alterar-se a jornada do trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (at. 7º, XIV).

Neste prisma, observamos ser admissível a flexibilização nos dois aspectos fundamentais da relação de emprego, quais sejam, no salário e na jornada de trabalho. Estes dois aspectos, aliados à possibilidade de despedida sem justa causa, a qual surge com o advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei 8.036/90), salvo nos poucos casos em que a Lei assegure estabilidade provisória, deixam inúmeras possibilidades a serem exploradas pelo empresariado. Entretanto, o que realmente se verifica é a busca por uma forma de retorno às raízes liberais, quando o Direito Civil era o responsável por regulamentar as relações de trabalho colocando-se no mesmo patamar pólos sabidamente desiguais, o empresário, detentor do poder econômico, e o empregado, marcado pela necessidade, fechando-se os olhos para a realidade, esperando pretensa solução justa para os já conhecidos conflitos oriundos desta situação fática, aniquilando-se a isonomia sob o pretexto de retorno a uma ideologia sabidamente ineficaz, uma vez que o mercado, como já se provou no século passado, não é capaz de se auto-regular.

A flexibilização é decorrente do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para um momento novo, posterior, onde verificamos o crescimento do setor terciário da economia, a era dos serviços. É resultado natural do desenvolvimento das práticas produtivas da humanidade que deve ser aproveitado de forma a trazer benefícios para ambas as partes da relação laboral, servindo ao empregador como forma de obter dinamização de sua atividade, bem como o incremento na qualidade e produção desta, ao mesmo tempo em que se satisfaz o ideal constitucional da existência digna a todos os trabalhadores (art. 170, *caput*, da CF/88), assim como a satisfação da garantia de seu pleno emprego (art.170, VII da CF/88), esforço estatal no sentido de “(...) fomento à geração e criação de novos empregos, de modo a manter e gerar novos postos de artigo, minimizando ou eliminando o déficit social-empregatício brasileiro”¹⁴.

¹⁴ SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **PLENO EMPREGO** : nova política de empregos para o Brasil : redução de custos : elemento de competitividade internacional : breves considerações, 27/11/06,

Contudo, este fenômeno não vem alcançando resultados tão benéficos em nosso país. As constantes crises econômicas, as quais limitam e desestimulam a livre iniciativa e o empreendedorismo, não abrem espaço ao desenvolvimento de micro e pequenas empresas, muito menos garantem oportunidades para que estas se desenvolvam livremente e sem temores, não lhes propiciando, muitas vezes, uma perspectiva de crescimento. Outro fator alarmante é a densa carga tributária em nosso país que leva o professor Luiz Antônio Guerra da Silva a advogar a necessidade de uma reforma tributária, pois

(...) o Brasil é um dos países mais perversos tributária e socialmente falando. O “custo Brasil”, resultado da soma do déficit social, dos impostos, taxas, contribuições, diretas e indiretas, paga-se, aproximadamente, 60 (sessenta) impostos diferentes ao longo do processo produtivo, com elevada carga tributária que beira ao percentual de 45% do PIB.¹⁵

A conjuntura exposta, a qual prejudica a formação, no Brasil, de base sólida para a economia, admite o desemprego como uma constante, abrindo o precedente, para a desregulamentação, pois, para garantir a continuação de sua existência, os empresários procuram práticas que reduzam seus custos, principalmente com mão-de-obra, prejudicando o pólo hipossuficiente da relação trabalhista, os empregados, sujeitando-se os trabalhadores as condições que lhe surgem, quando não procuram o mercado informal, a despeito da inexistência de nenhum benefício Estatal.

Objetivando nossa inserção no competitivo mercado internacional, aumentando a produtividade e a qualidade de nossos produtos, práticas como a subemprego (art. 455 da CLT), a locação de mão-de-obra, como a prevista para a vigilância bancária (Lei 7.102/83), o trabalho temporário (Lei 6.019/74), o trabalho em domicílio (art. 6º e 83 da CLT), o contrato por prazo determinado (art. 443 e seu § 2º da CLT), o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT), o contrato de técnico estrangeiro (Dec.-Lei 691/69), o contrato de safra (art. 14 e seu parágrafo único da Lei 5.889/73), o estágio (Lei 6.494/77), a terceirização, que encontra regramento principal na súmula 331 do TST, são permitidas. Aponta ainda Sérgio Pinto Martins o próprio Estatuto das

p. 04. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8494>>. Acesso em: 01 de maio de 2007, 07h27min.

¹⁵ SILVA, Luiz Antônio Guerra da. Op. Cit., p. 06.

Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Lei 9.841/99) como norma colaboradora com aqueles resultados, pois “não deixa de ser uma forma de simplificação de alguns procedimentos na área trabalhista das referidas empresas”¹⁶.

A existência dos dispositivos acima expostos aliada aos permissivos constitucionais de alteração do salário pago ao trabalhador e da jornada de trabalho (art. 7º, VI, XIII e XIV da CF/88), abrem a possibilidade de ampla reestruturação do complexo produtivo empresarial, a qual, bem executada, possibilitará um crescimento econômico, bem como a melhoria das condições laborais, realizando a função social da empresa, do contrato de trabalho, bem como uma regressão do mercado informal, com o conseqüente aumento da arrecadação para os cofres públicos.

Importante notarmos que, embora nossa Carta Magna tenha se preocupado em permitir a maleabilidade de dispositivos centrais da relação laboral (salário e jornada de trabalho), ela não os deixou à livre disposição das partes, fato que traria prejuízos irreversíveis à classe trabalhadora, devido a sua posição de inferioridade econômica, mas sim, autorizou sua negociação apenas sob a forma de negociações coletivas, gênero do qual são espécies o acordo e a convenção coletiva de trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o acordo coletivo de trabalho é o

pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.¹⁷

O mesmo doutrinador conceitua convenção coletiva como o resultado de

negociações entabuladas por entidades sindicais, quer a dos empregados, quer a dos respectivos empregadores. Envolve, portanto, o âmbito da categoria, seja a profissional (obreiros), seja a econômica (empregadores). Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifesto.¹⁸

Os conceitos acima expostos nos remetem à observação da essencialidade da participação do sindicato dos empregados em ambas as formas de negociação coletiva

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, p. 38.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1377.

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 1376.

de trabalho, característica cujas raízes encontram-se no art. 8º, VI da Constituição Federal (“VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”), assim, garante-se maior legitimidade às decisões tomadas, porque os empregados encontram-se assessorados por entidades criadas para salvaguardar seus interesses e direitos, reduzindo-se as ingerências que poderiam surgir devido a desigualdade inerente aos protagonistas da relação em estudo, benefício este extensivo a todas as categorias representadas e não apenas nos contratos firmados pelos associados. Assim, garante-se a liberdade do trabalhador, sem questionar sua subordinação ao empregador.

Entretanto, nosso sistema sindical padece de uma fragilidade ínsita, como podemos notar pelo que assevera Fernando Basto Ferraz quando expõe que

não há liberdade sindical no Brasil, uma vez que ainda persiste em nosso ordenamento jurídico, conforme preconiza o art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, a unicidade sindical. O trabalhador brasileiro continua sem liberdade de escolher em que sindicato deve se filiar. Mesmo sem estar filiado ao sindicato único de sua categoria, o que este convencionar com o sindicato patronal correspondente, através de convenção coletiva, as cláusulas nesta pactuadas o alcançarão. Nossos constituintes, embora tenham avançado substancialmente ao desatrelar do Estado a criação de sindicatos em nosso país, aparentemente não resistiram às pressões dos lobistas encastelados no poder dos sindicatos que não desejam mudanças em seu *status quo*.¹⁹

Assim, o que se vê na prática não são sindicatos obtendo sucesso ao agregar melhorias salutares ao rol de garantias mínimas dos trabalhadores, pelo contrário, é notória sua posição de abrir mão de interesses, visando à manutenção das garantias de outros, denotando uma fragilidade inerente a um sistema que encontra suas raízes na legislação fascista italiana importada por Getúlio Vargas em 1943. O corporativismo sindical, o qual é subsidiado pelo sistema da unicidade sindical (art. 8º, II da CF/88), a manutenção da contribuição sindical obrigatória, bem como a previsão de outra contribuição a ser fixada em assembléia geral com o escopo de custear o sistema confederativo da representação sindical respectiva (art. 8º, IV da CF/88), são as causas da inoperância, incompetência e falta de compromisso com os trabalhadores representados, facilitando conluíus com empregadores em prol de interesses meramente pessoais de autopromoção seus dirigentes.

¹⁹ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 69 e 70.

O professor Fernando Basto Ferraz também aponta como motivo de fragilidade de nosso sistema sindical a não previsão, em âmbito constitucional, das centrais sindicais que “dessa forma, não integram o direito coletivo do trabalho em nosso país, para efeito da prática de atos sindicais”²⁰, não obstante seu reconhecimento junto à legislação infraconstitucional, sendo, assim, asseguradas a elas a indicação dos representantes dos trabalhadores, juntamente com as confederações nacionais, no Conselho Curador do FGTS (Lei 8.036/90), no Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei 7.998/90) e no Conselho Nacional de Previdência Social (Lei 8.213/91).

O reconhecimento constitucional das centrais sindicais e do pluralismo sindical são dois instrumentos essenciais à garantia da liberdade dos trabalhadores em sede de negociação coletiva de trabalho, pois, garantindo-se a cada trabalhador a escolha de qual sindicato lhe parece ser o mais hábil, mais comprometido e apto a realizar seus interesses, desenvolver-se-ão novas técnicas de representatividade, além de se assegurar a real legitimidade de suas negociações, estendendo-se a eficácia de suas decisões a todos os trabalhadores. Neste esteio as centrais sindicais são concebidas como entidades de apoio aos sindicatos, fazendo com que seus anseios e pretensões cheguem aos demais filiados a ela, facilitando a propagação de idéias, bem como o planejamento de ações conjuntas. Outro benefício é que, participando dos atos sindicais, as centrais sindicais são importantes instrumentos de combate ao corporativismo, pois a filiação a ela é ato voluntário e não imposição legal, desvencilhando seus dirigentes, pelo menos em um primeiro plano, das influências de grupos políticos ou econômicos. Por fim, mesmo que se ateste a fraqueza de determinada unidade sindical, esta tornar-se-á forte através do apoio obtido junto à central.

As mudanças até aqui preconizadas, no entanto, deverão ser graduais, garantindo-se a sobrevivência de alguns instrumentos da ordem atual sob a pena de se criar um caos devido a profusão de diversas entidades sindicais, o que contribuiria apenas para fragilizar os trabalhadores, facilitando a incidência de práticas desregulamentadoras. Ideal também seria a iniciativa de tais mudanças partindo dos

²⁰ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 111.

próprios trabalhadores, de articulações das entidades, centrais e confederações sindicais existentes, uma vez que, tais mudanças trabalhistas atingirão os direitos coletivos e individuais das categorias profissionais, cuja proteção cabe aos sindicatos (art. 8º, III, da CF/88), desta forma, as alterações seriam mais benéficas e legítimas, repousando sua eficácia no interesse de todos, emergindo o novo sistema sindical nacional com força e credibilidade, deixando para trás um momento histórico em que todas as garantias trabalhistas advieram de práticas governistas, abandonando-se, desta forma, os últimos resquícios do garantismo estatal.

1.3. TAYLORISMO, FORDISMO E TOYOTISMO

Assim, novos processos de trabalho emergiram como forma de dinamizar a produção, adequando as empresas às exigências do sistema capitalista em franca evolução. Primeiramente, vemos a priorização do cronômetro e da produção em série e de massa, traços estes marcantes do Taylorismo e Fordismo, contudo, a partir da crise de 1973 mudanças foram exigidas, abrindo-se caminho para a flexibilização da produção, por uma especialização flexível, por novos padrões de busca e produtividade, por novas formas de adequação da produção à lógica do mercado. Novas modalidades de desconcentração industrial, novos padrões de gestão da força de trabalho, dos quais os Círculos de Controle de Qualidade (CCQs), a “gestão participativa”, a busca da “qualidade total”, são as expressões mais marcantes, tudo isto oriundo de novo processo que se disseminou em escala global, o Toyotismo.

1.3.1. TAYLORISMO

Desenvolvido por Frederick Winslow Taylor, este método defendia a modificação do processo de trabalho através do controle do tempo e do rendimento da produção, por meio da teoria dos tempos e movimentos. Buscava, assim, a racionalização da produção através do controle do fator tempo, instituindo-se um tempo padrão, com o objetivo de aquilatar os denominados tempos mortos do processo

produtivo (período em que o trabalhador se distraía e descansava para voltar a produzir). O controle do tempo somente era possível mediante a separação e fragmentação das atividades de planejamento das de execução. Cada trabalhador era fixado em determinado posto de trabalho, sendo treinado para cumprir as tarefas impostas no tempo-padrão de produção, segundo sistematizado pela direção empresarial.

Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro assim explica o fenômeno em estudo:

(...) Tratava-se de uma proposta de racionalização da produção, objetivando maior rendimento com o mínimo de perda de tempo. Taylor buscou demonstrar que a produtividade poderia ser significativamente aumentada por meio da fragmentação de cada processo de trabalho em tarefas cujo tempo de execução pudesse ser rigorosamente controlado. Surgiram então as esteiras de Taylor, em que o operário tinha de realizar operações repetidas e sincronizadas de acordo com a velocidade das esteiras passadas na sua frente. Este modelo produtivo foi denominado de *taylorismo*.²¹

1.3.2. O FORDISMO

Processo de trabalho responsável pela massificação da produção industrial que, juntamente com o Taylorismo, predominou na grande indústria capitalista durante a primeira metade do século XX. Surgiu da iniciativa de aperfeiçoamento deste por Henry Ford, que utilizou o novo método em sua fábrica de automóveis, tendo como principais características a produção em massa de produtos homogêneos e instituição de linha de montagem, aliados ao controle rigoroso do tempo da produção, à estrutura verticalizada dos complexos fabris com sua concentração do espaço produtivo.

Iniciamos, reiterando que entendemos o fordismo fundamentalmente como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho consolidaram-se ao longo deste século, cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro fordista e produção em série taylorista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário-massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões. Menos do que um modelo de organização societal, que abrangeria igualmente as esferas ampliadas da

²¹ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 37.

sociedade, compreendemos o fordismo como o processo de trabalho que, junto com o taylorismo, predominou na grande indústria capitalista ao longo deste século.²²

O carro produzido, assim, passou a ter um valor final mais barato, tornando-se acessível a grande parte dos consumidores, sobretudo aos próprios operários que deles construíram uma parte. Inicia-se, com este modelo, a participação da classe trabalhadora no próprio processo capitalista, recebendo os obreiros melhores salários, a usufruir de garantias sociais, a participar dos ganhos de desempenho de produção, a receber assistência social e, principalmente, tiveram a oportunidade de consumir aquilo que empate contribuíram para a produção.

O barateamento da produção possibilitou às empresas manterem grandes estoques de produtos e insumos com a finalidade de atender demandas inesperadas sem qualquer dificuldade. Assim, a primeira metade do século XX, assistiu-se ao vertiginoso crescimento do setor industrial, ensejando grande exuberância econômica graças ao desenvolvimento deste modo de produção.

Contudo, após a aguda recessão que se instalou a partir de 1973, com a “crise do petróleo”, vê-se a necessidade de repensar os rumos tomados no processo de acumulação de capital, há, assim, o esgotamento dos padrões Taylorista e Fordista de produção; a queda da taxa de lucro, agregada ao aumento do preço da força de trabalho; a hipertrofia da esfera financeira; maior concentração de capitais (monopólios); crise do Estado de Bem-Estar Social e acentuação das privatizações. Como alternativa para resolução desta crise, houve um ganho de força da idéia do engenheiro japonês Taiichi Ohno, o qual estruturou o método japonês ou Toyotismo.

1.3.3. TOYOTISMO

O Toyotismo surge na segunda metade do século XX como fruto da fantástica recuperação japonesa após a quase completa destruição na Segunda Guerra Mundial.

²² ANTUNES, Ricardo. **ADEUS AO TRABALHO?** Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 17.

Elaborado pelo engenheiro da empresa automobilística Toyota, Taiichi Ohno, esta forma de reestruturação do processo de produção, também conhecida como *ohnismo*, vem como uma resposta à crise do Fordismo, trazendo ao processo produtivo a transformação do empregado, antes desqualificado, em polivalente, inserindo-o em uma equipe, deixando a linha individualizada, aumentando a satisfação a qual também é reflexo de toda uma nova ideologia industrial, na qual se deixa de produzir veículos em massa para pessoas desconhecidas, havendo uma maior facilidade de acesso ao produto fabril final aos próprios obreiros.

Quatro fases bem definidas caracterizam este processo produtivo, em primeiro lugar há a introdução, na indústria automobilística japonesa, da experiência do ramo têxtil dada especialmente pela necessidade de o trabalhador operar simultaneamente várias máquinas. Em segundo, a necessidade de a empresa responder à crise financeira, aumentando a produção sem aumentar o número de trabalhadores. A terceira, a importação das técnicas de gestão dos supermercados dos EUA, que deram origem ao *kanban*, ou seja, a reposição dos insumos à medida que estes são vendidos, não mais se fazendo grandes estoques, prática comum ao Fordismo, uma vez que a real necessidade da fábrica era atender a um mercado interno que solicita produtos diferenciados e pedidos pequenos, pois o contexto em que se desenvolveu era o de um Japão arrasado com o pós-guerra. A quarta fase, a expansão do método *kanban* para as empresas subcontratadas e fornecedoras.

A consolidação deste novo método produtivo veio após a derrota do outrora combativo sindicalismo japonês, através de sua inserção na empresa, o que ficou conhecido como sindicalismo de empresa. Combinando repressão com cooptação, o sindicalismo de empresa teve, como contrapartida à sua subordinação patronal, a obtenção do emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 30% da população trabalhadora) e também ganhos salariais decorrentes da produtividade, havendo, inclusive, várias situações em que a passagem pelo sindicato é uma condição para ascender a funções de responsabilidade, sobretudo em matéria de administração de pessoal. Há a criação, desta forma, um novo sindicato inserido no “espírito Toyota”, na “Família Toyota”.

Ricardo Antunes assim resume os traços constitutivos básicos do Toyotismo:

(...) ao contrário do fordismo, a produção sob o toyotismo é voltada e conduzida diretamente pela demanda. A produção é variada, diversificada e pronta para suprir o consumo. É este quem determina o que será produzido, e não o contrário, como se procede na produção *em série e de massa* do fordismo. Desse modo, a produção sustenta-se na existência do *estoque mínimo*. O melhor aproveitamento possível do tempo de produção (incluindo-se também o transporte, o controle de qualidade e o estoque), é garantido pelo *just in time*. O *kanban*, placas que são utilizadas para a reposição das peças, é fundamental, à medida que se inverte o processo: é do final, após a venda, que se inicia a reposição de estoques, e o *kanban* é a senha utilizada que alude à necessidade de reposição das peças/produtos. Daí o fato de, em sua origem, o *kanban* estar associado ao modelo de funcionamento dos supermercados, que repõem os produtos, nas prateleiras, depois da venda.²³

O mesmo autor ainda nos expõe outro ponto marcante que é a efetiva flexibilização do aparato produtivo, desta forma,

(...) é também imprescindível a flexibilização dos trabalhadores. Direitos flexíveis, de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. O toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado. O ponto de partida básico é um número reduzido de trabalhadores e a realização de horas extras. Isto explica por que um operário da Toyota trabalha aproximadamente 2.300 horas, em média, por ano, enquanto, na Bélgica (Ford-Genk, General Motors-Anvers, Volkswagen-Forest, Renault-Vilvorde e Volvo-Gand), trabalha entre 1.550 e 1.650 horas por ano (...)²⁴

Através do oferecimento de um novo modelo de produção cujo principal escopo é a busca pela horizontalização do complexo produtivo, diminuindo-se a máquina, objetivando-se a redução de custos, utilizando-se para isto da terceirização de grande parte dos setores de produção, bem como também através da contratação de empregados por empresa interposta por tempo determinado, possibilitando o fim da manutenção do estoque excessivo de mercadorias, as quais são produzidas com alto grau de especialização, porém em pequena escala, atendendo a demanda do mercado, é que o Toyotismo espalhou-se pelo mundo capitalista, sendo incorporado, no todo ou em parte, por grande parte das grandes indústrias como solução à crise enfrentada pelo antigo modo de produção.

1.4. DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

²³ ANTUNES, Ricardo. Op. Cit., p. 26.

²⁴ Idem.

Questão relevante acerca do tema tratado reside no fato de se estender ou não aos Direitos Sociais, previstos nos arts. 7º ao 11 de nossa Carta Magna, a proteção de inviolabilidade material, a proteção contra a ação do legislador constituinte derivado, presente no art. 60, §4º, IV da CF/88, ou seja, se estes dispositivos são ou não alcançados pelas cláusulas pétreas.

O período compreendido entre 1914 e 1917, com o advento, respectivamente, da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Socialista Soviética, deixou o mundo como um todo padecendo de uma grande instabilidade, pois, o advento da Revolução Industrial e os avanços tecnológicos trazidos por esta possibilitaram às nações um grau de integração que ultrapassava as fronteiras regionais, o capitalismo já lançara seu olhar por todo o mundo, os interesses econômicos geraram rivalidades extremas, necessidades desumanas, desencadeou-se uma nova ânsia colonialista, a qual buscava não mais especiarias e sim mercados exclusivos para o escoamento da produção em série advindas da Europa, o mundo fazia as bases, sem perceber, para a crise da superprodução.

Neste contexto surge a preocupação com um novo tipo de Estado, o qual tivesse a força para romper com o individualismo oriundo do decadente liberalismo, a mão invisível de Adam Smith fracassara em dar estabilidade às relações justas, sentia-se a necessidade de se acrescentar às liberdades negativas, garantias positivas decorrentes de intervenções estatais de forma a se assegurar um rol de prerrogativas mínimas as quais não poderiam ser mitigadas, sob a pena de se malferir a própria dignidade da pessoa humana, princípio o qual se erigiu como maior postulado do nascente Estado Social. Assim, surgiram os Direitos Sociais e sua conseqüente inclusão nas constituições dos países.

A primeira Constituição a prever os Direitos Sociais foi a do México, em 1917, reconhecendo-se o direito à liberdade sindical, à greve, a uma retribuição justa e a condições satisfatórias de trabalho, à conciliação e à arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho, o direito à eliminação dos monopólios, o direito à segurança social, à criação de cooperativas de consumo e de produção, dentre outros. Seguiu-se a esta a

Carta Magna alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, garantindo os direitos ao trabalho, à segurança social, à contratação coletiva, a constituir conselhos de empresa, liberdade sindical, direito a que o Estado proceda a nacionalizações e etc. Sendo este esforço seguido por diversas nações, tornando-se uma constante naquele período, sepultando o liberalismo, permitindo o início de um novo período.

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo surge dividido entre duas potências, Estados Unidos e União Soviética, as quais disputavam-no, buscando a hegemonia de sua ideologia e poder. Contudo, com o início da década de 1990, e a conseqüente ruína do bloco socialista, não se encontravam mais as nações divididas, acelerando-se o até então incipiente processo de globalização. Várias mudanças se operaram devido à difusão de novas tecnologias, havia a necessidade cada vez menor de trabalhadores no contexto produtivo, e, por não mais existir a ameaça comunista, a qual rondava diuturnamente a mente dos governantes, principalmente os dos países do chamado “Terceiro Mundo”, começou-se a questionar a existência e a guarida dos Direitos Sociais, sob o argumento de estes se tornarem verdadeiros entraves ao impulso desenvolvimentista das nações.

Tal cenário se faz sentir de forma preocupante no Brasil, pois, historicamente, como já podemos aferir da análise da postura de nossas entidades sindicais como instrumento de equiparação entre os pólos da relação laboral quando das negociações coletivas, a sociedade brasileira não tem assumido seu papel de protagonista nas mudanças legislativas que se operam de forma a mudar seu cotidiano e perspectivas para o futuro, aceitando passivamente aquilo que lhes é imposto por uma casta política cujo compromisso reside, prioritariamente, na satisfação de aspirações pessoais a despeito dos interesses da coletividade.

Hoje há a grande preocupação com a Flexibilização das Garantias Trabalhistas, mas será que, expurgar os Direitos Sociais do texto de nossa Carta Magna é a única via para o desenvolvimento econômico e social de nosso país ou existem questões mais complexas, conexas ao tema, que também merecem considerações mais detalhadas, como, por exemplo, a discussão acerca do modelo de produção vigente, o estímulo ao consumo e a redução da carga tributária? O escopo principal das mudanças almejadas é,

na realidade, a busca pela desregulamentação, da desestruturação dos direitos dos trabalhadores como uma forma de se aumentar os lucros da atividade produtiva.

Há aqui um esforço da ideologia neoliberal de retorno a um sistema já rejeitado no início do século anterior por sua evidente ineficácia social, visando-se a um retorno impensado a uma situação de crise extrema, de embate de classes, sem conseqüências positivas para nenhum dos lados, sempre em prejuízo da democracia.

A previsão na Constituição de 1988 dos Direitos Sociais justifica-se pela importância alçada por esta categoria de garantias ao longo de nosso desenvolvimento histórico e jurídico. O seu elenco naquele diploma, embora não sendo taxativo, tem por objetivo sua salvaguarda, evitando-se que normas de qualquer outra natureza possam atacar sua eficácia, modificando seu conteúdo, bem como propiciar o direcionamento da interpretação de dispositivos constitucionais e a vinculação da interpretação das normas infraconstitucionais sob a perspectiva da função social.

Fernando Basto Ferraz explicita com propriedade estas características conferidas aos Direitos Sociais dizendo:

(...) a condição de norma constitucional forma uma proteção especial aos direitos trabalhistas diante dos apelos globalizantes, influenciados pela ideologia neoliberal de vários matizes, dentre as quais se destacam aqueles que preconizam a desregulamentação total de tais direitos, tendo como justificativa apenas aspectos econômicos.²⁵

Devemos ter em mente que encontramos-nos em um patamar jurídico evolutivo no qual negar aos Direitos Sociais equiparação aos Direitos Individuais não se concebe de forma racional, demonstrando um insensato retrocesso, interpretação que deve ser tomada

(...) por anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base unicamente nos valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal. Já não é possível confinar a formulação material e concreta da

²⁵ FERRAZ, Fernando Basto. Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 31.

liberdade ao usufruto das classes privilegiadas e sua ordem egocêntrica de interesses.²⁶

O doutrinador paraibano traz bem delineada a problemática do alcance da norma do art. 60, §4º, IV da CF/88 sobre os dispositivos definidores dos Direitos Sociais. Assim, caracterizam-se duas vertentes antagônicas: a primeira, com base na especificidade e literalidade do texto constitucional, negando a incidência; a segunda, através de uma análise conjunta de vários dispositivos de nosso Estatuto Superior, fazendo-se uso da nova hermenêutica constitucional, estendendo seus efeitos de forma plena àquelas garantias.

Detalhando o exposto, apregoa a primeira corrente que, quando se refere não ser possível a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV da CF/88), deve o intérprete realizar a exegese da inteligência constitucional de forma comprimida e restritiva, desconsiderando os avanços em prol dos trabalhadores alcançados ao longo da história, desconhecendo a perspectiva de evolução das relações humanas positivadas nos dispositivos que compõem os Direitos Sociais e os postulados da Nova Hermenêutica Constitucional, privilegiando a tradição liberal e jusprivatista.

Admitir esta vertente seria reconhecer a cristalização dos axiomas da razão individualista em uma Constituição regulamentadora de um Estado Social democrático de Direito. Seria desconsiderar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana como fundamentos de nossa República Federativa. Seria permitir o aumento das desigualdades regionais e sociais, ou seja, seria ferir preceitos basilares cuja previsão permeia todo o texto constitucional, contrariando seu espírito.

Estas não são, contudo, as aspirações de nossa atual ordem jurídica, cuja interpretação rege-se pela Nova Hermenêutica Constitucional, a qual propicia a compreensão de nossa Carta Magna pela análise conjunta de seus dispositivos, buscando sua unidade axiológica de forma a se privilegiar a integração social. Nossa Constituição é norma que se encontra no topo da hierarquia normativa definidora das condutas sociais, e como tal deve apresentar-se da maneira mais democrática possível.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 641.

Deve-se interpretá-la sob o olhar dos princípios da unidade da Constituição e do efeito integrador, assim definidos por Glauco Barreira Magalhães Filho:

Princípio da Unidade da Constituição – Se a Constituição é norma fundamental que dá unidade e coerência à ordem jurídica, Ela própria precisa ter unidade e coerência interna, ou seja, superação de contradições não através de uma lógica dialética de síntese, através de uma solução de compromisso. A interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda a ordem jurídica.

Princípio do efeito integrador – A Constituição é uma integração dinâmico-espiritual dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático. A interpretação constitucional, portanto, deverá ser aquela que mais contribuir para a integração social.²⁷

O escólio de Luís Roberto Barroso afirma que na antinomia entre as normas constitucionais, utiliza-se a técnica da ponderação, inexistindo hierarquia entre as mesmas, cabendo ao intérprete a busca de tal fim:

A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe, unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. Para solucionar eventuais conflitos entre normas jurídicas infraconstitucionais utilizam-se, como já visto, os critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e o da especialização. Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios- mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.²⁸

Os Direitos Sociais não necessitam de previsão específica e literal no referido artigo para que fossem atingidos pela proteção da intangibilidade material, tornando-se cláusulas péticas, estes incorporaram-se por inteiro aos direitos de primeira dimensão, dilatando-lhe o sentido. Estas garantias concretizam-se no indivíduo e, uma vez incorporadas ao seu patrimônio pessoal, transformam-se em direitos individuais, em direitos adquiridos, não podendo ser atingidos por nenhuma emenda superveniente, encontrando-se sob o manto do protetor da regra constante do art. 5º, XXXVI da CF/88.

²⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **HERMENÊUTICA e Unidade Axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 79 e 80.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2.006., pág. 372.

Paulo Bonavides assim define as Garantias Sociais:

(...) são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral se ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.²⁹

Ser protegido como cláusula pétrea não significa bloquear um ramo tão dinâmico quanto o dos Direitos Sociais e sim estender a eles o mais alto grau de reconhecimento e proteção, evitando sua descaracterização, garantindo-se o mínimo necessário à realização concreta da dignidade da pessoa humana.

Não há razão para tratamento desigual entre os Direitos Individuais e os Sociais, pois ambos compõem, juntamente com os da nacionalidade, os políticos e os dos partidos políticos, o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, título II de nossa Constituição Federal. A análise conjunta do princípio da igualdade, cuja previsão se encontra no caput do art. 5º de nossa Carta Magna, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e do princípio não positivado da proteção ao trabalho, o qual se consubstancia da interpretação dos arts. 1º, IV; 6º; 170 e 193, todos da CF/88, demonstra que esta primeira interpretação é eivada de veemente inconstitucionalidade, devendo ser rejeitada em sua totalidade para, só assim, efetivar-se a guarda bem-sucedida e eficaz de nossa Constituição.

A segunda vertente traz a idéia, como já pudemos expor, de integração constitucional. Busca-se aqui a proteção dos Direitos Sociais, estendendo-lhes a qualidade de cláusula pétrea, evitando sua modificação até mesmo pela ação do legislador constituinte derivado, garantindo-se maior segurança àqueles abrangidos por seus direitos. Garantir sua proteção e sua observância prática é, no dizer de Paulo Bonavides, “o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.”³⁰

Os direitos sociais merecem especial atenção dos constituintes que elaboraram a Constituição Federal de 1988, como reflexo do momento histórico em que o Brasil se encontrava naquele período, logo após mergulhar

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 643.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 642.

por mais de vinte anos em um regime militar de exceção. O seu texto promulgado em 5.10.1988 representou a condensação da vontade do povo brasileiro naquele momento. A “Constituição Cidadã” a que se referiu o deputado Ulisses Guimarães sinalizava com o resgate da cidadania, assegurando-nos os direitos e garantias fundamentais correspondentes.³¹

Uma das razões de tal controvérsia reside no fato de os Direitos Sociais não se constituírem em liberdades negativas, assim como ocorre com os Direitos Individuais, frutos do liberalismo, os quais constituem-se em um não fazer, garantindo-se a liberdade dos indivíduos contras as ingerências abusivas do Estado. Por sua vez, as garantias sociais demandam a atuação positiva do poder público, de forma a obter sua concretização e eficácia, gerando a dependência deste, o qual, infelizmente, em não raras vezes, utilizando-se como argumentos a limitada disponibilidade de recursos e meios materiais, furta-se deste papel, descumprindo tais preceitos por omissão.

Também é alegado pela doutrina a ausência de um meio processual específico, uma garantia jurídica, para operacionalizar a execução prática destes direitos, diferentemente do que ocorre com os individuais, os quais são amparados por vários instrumentos garantidores de sua autoexecutoriedade como, por exemplo, o *habeas corpus*, um motivo para ainda coexistirem estas duas vertentes interpretativas. Contudo, com a devida vênia, não é isto que vemos na prática. É bem verdade a inexistência de um mandado de garantias sociais, mas devemos ter em mente que nossa Constituição preocupou-se em salvaguardar os direitos do cidadão, de forma individual ou coletiva, em seu art. 5º quando preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (XXXV), perspectiva a qual alçou novos rumos com a modificação de competência da Justiça do Trabalho, feita pela emenda constitucional nº 45/2004, assim, houve uma ampliação e uma inversão dos critérios legais, passando a retirar a necessidade de lei especial, antes necessária, para que uma relação de trabalho pudesse ser conciliada e julgada por ela, deixando-se para trás o entendimento que este ramo da Justiça Federal seria uma “Justiça do Emprego”.

O art. 5º da CF/88, em seu inciso XXXIV, “a”, garante a todos o direito de petição contra os poderes públicos em defesa de direitos e contra a ilegalidade ou o abuso de poder. O mesmo dispositivo assegura a todos a proteção contra atos ilegais ou

³¹ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 39.

decorrentes de abuso de poder provenientes de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público contra direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data (LXIX). Também podemos notar a legitimidade dos sindicatos, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, detêm legitimidade ativa para o ingresso com o mandado de segurança coletivo (LXX). Por fim, é assegurado a entidade sindical a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria nas esferas judicial e administrativa. Assim, está bem definido o amparo de nossa Carta Magna às garantias sociais, não sendo argumento capaz de abalar a extensão de seu art. 60, §4º, IV, a estes direitos pelo simples fato de não existir instrumento cujo *nomen iuris* denote uma incidência específica para o caso.

A hermenêutica constitucional clássica tradicionalmente entendia que as limitações do financeiramente possível têm aplicação quando se trata de definir o âmbito normativo dos direitos sociais previstos na Constituição.

Esta verificação pode ser inferida das observações do Professor José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vobehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’, equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.³²

³² CANOTILHO, José Joaquim. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 7ª- edição. 2ª-reimpressão. Coimbra: Almedina, 2.006, pág. 481.

Importante se faz aqui a reflexão acerca da mudança de sentido dos Direitos Fundamentais, gênero que engloba tanto os individuais quanto os sociais, os quais estão cada vez mais se afastando da noção de abstenção estatal apregoada pelo pensamento kantista, havendo a necessidade da efetiva atuação do poder público de modo a, através de suas prestações, construir-se socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva.

Nosso ordenamento, na realidade, está sofrendo com a incidência do fenômeno conhecido como mutação constitucional (traduzida na interpretação conforme o texto constitucional, sem redução de texto), ou seja, há atualmente o direcionamento da interpretação de nosso Estatuto Supremo pela ideologia apregoada pelo neoliberalismo. É um modo pelo qual, sem a necessidade de emendas ou revisões, o texto constitucional é alterado através da interpretação, atribuindo-se novos conteúdos e sentidos diferentes dos atribuídos quando de sua origem. Instrumento de utilidade inquestionável, pois possibilita a constante atualização dos valores constitucionais, pois privilegia a interação entre o referido diploma e a realidade social, não obstante esteja sendo usado, através da difusão da doutrina neoliberal, como meio facilitador da precarização das relações trabalhistas.

A ausência de óbices ao livre desenvolvimento do sistema capitalista fez desaparecer o interesse em se manter no ordenamento jurídico garantias mínimas aos trabalhadores, fragilizando nossa Constituição, abrindo espaço para a face mais radical da flexibilização, a desregulamentação. Devemos ter em mente sempre que o Estado do Bem Estar Social surgiu como uma alternativa ao modelo liberal, o qual, devido a sua crise, levou o mundo a constantes crises econômicas e sociais das quais nenhuma casta saiu ilesa. Assim, abandonar tais garantias, conquistadas a custo de muita luta ao longo do desenvolvimento histórico da humanidade apenas levará a uma situação social de instabilidade, cujas conseqüências não de ser bem mais gravosas que as sentidas no início do século XX.

2. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme expomos na primeira parte deste trabalho, vários fatores como a inovação tecnológica, as alterações na organização da produção e nos métodos utilizados na gestão de mão-de-obra, e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores, propiciaram mudanças significativas nas relações individuais de trabalho, iniciando o debate sobre a flexibilização trabalhista. Começou, assim, a pensar-se em novas relações de emprego, despidas de muitas das tradicionais garantias sociais, como solução para que as empresas pudessem se inserir no mercado de forma mais competitiva, surgindo aqui a discussão acerca da Terceirização.

Tal fenômeno encontra suas origens no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas, sobrecarregadas com a demanda, perceberam que poderiam contratar a prestação de serviço de terceiros, delegando-lhes partes da produção, descentralizando-a e aumentando-a. Em nossas terras, a terceirização apareceria de forma tímida com a introdução das multinacionais automobilísticas no parque industrial brasileiro, na década de 1950, surgindo como uma estratégia administrativa que propiciava a empresa forçar-se apenas na essência de seu negócio, contratando com terceiros a produção de componentes do automóvel, encarregando-se apenas de sua montagem final.

Nos Estados Unidos, as empresas de trabalho temporário surgiram quando o advogado Winters estava prestes a perder importante caso, pois necessitava apresentar recurso de 120 laudas à Suprema Corte e sua secretária havia adoecido. Contudo esta lhe indicou uma amiga, ex-secretária que dedicava-se exclusivamente ao lar, após o casamento, porém queria ganhar um dinheiro extra. Desta forma, o recurso foi apresentado tempestivamente ao Tribunal e Winters percebeu ser aquele problema não um caso pontual, e sim, uma dificuldade pela qual muitos passavam, pensamento este que o levou a fundar a Man Power, empresa com mais de 500 escritórios pelo mundo,

visando fornecer mão-de-obra temporária para a realização de trabalhos de urgência e de curta duração.

O fenômeno em estudo encontra suas raízes na edição, na França, da Lei nº 72-1, de 3 de janeiro de 1972, regulamentadora do trabalho temporário, estabelecendo a figura do *entrepreneur* (empreiteiro ou empresário), pessoa física ou jurídica que colocava de forma provisória à disposição dos tomadores de mão-de-obra, ou clientes, as pessoas assalariadas, que seriam remuneradas para um determinado fim, havendo previsão da utilização desta modelo laboral inclusive no meio rural (arts. 28 a 31).

A terceirização só se fez sentir de forma mais clara e ampla em nosso país há 30 anos. A CLT, de 1943, previa apenas duas modalidades de subcontratação: a empreitada e a subempreitada (art.455) e a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III), havendo também a regulamentação pelo Código Civil de 1916 dos contratos de empreitada e de prestação de serviços. Entretanto, estas eram apenas incursões mínimas e inconscientes do todo no qual se inseriam, o Brasil, a despeito da evolução mundial da terceirização, ainda via a contratação de trabalhador por pessoa interposta como a prática reprovável de aluguel de mão-de-obra.

A pré-disposição contra essa forma de contratação podia ser explicada quase que por uma fórmula matemática: $S1 = S2 + R$ (onde S1 seria o salário do empregado contratado diretamente, S2 o salário contratado por intermediação e R a remuneração que o intermediador de mão-de-obra receberia pela sua atividade). Ou seja, a ‘*marchandage*’ não poderia ser aceita, pois o intermediador se apropriaria de um valor que poderia ser pago diretamente ao trabalhador, se esse intermediário não existisse.³³

A diferença entre o marchandeur e o empresário que atua lícitamente como prestador de serviços centra-se no fato de que este preenche os requisitos legais para figurar como empregador, assumindo os riscos de sua atividade econômica, cumprindo com as obrigações e as responsabilidades que lhe são próprias, dirigindo a prestação pessoal dos seus empregados para executar os serviços que lhe são confiados pelo contratante, possuindo o material necessário à sua atividade e tendo capital suficiente para o pagamento dos direitos trabalhistas dos seus empregados.³⁴

³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Cooperativismo e Direito do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 06 maio 2007.

³⁴ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 67.

Entretanto verificava-se a perpetuação cada vez mais constante desta prática em nosso meio social, sendo o primeiro dispositivo jurídico a regulamentar o fenômeno no âmbito das relações privadas o Dec-Lei 62.756, de 22 de maio de 1968, que estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, sendo esta seguida pela Lei 6.019/74, a Lei do Trabalho Temporário.

O pioneirismo acerca da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro ficou a cargo mesmo do setor público. A reforma administrativa de meados dos anos 60, preocupando-se com a descentralização administrativa, visando a redução da máquina Estatal, estabeleceu no art. 10, § 7º, do Dec.-Lei 200/67, que 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.

Há aqui verdadeiro estímulo legal à prática da terceirização nas atividades meramente executivas, operacionais, de apoio, no âmbito da Administração Pública, devendo esta socorrer-se, para sua execução, de contrato com empresas de iniciativa privada. Contudo, em vista da generalidade de atividades as quais podem se inserir no âmbito do texto legal, este dispositivo encontrava-se tolhido em sua eficácia, surgindo, alguns anos mais tarde, a Lei 5.645/70 que, em seu art. 3º, parágrafo único, estabeleceu rol exemplificativo de atividades-meio nas quais poderiam ser contratadas pela Administração Pública para execução por empresas privadas, tais como: transporte, limpeza, conservação, custódia, operação de elevadores e etc.

Apesar do permissivo legal à terceirização no âmbito da Administração Pública, visando a sua dinamização e redução da máquina administrativa, possibilitando uma maior eficiência à prestação dos serviços públicos, e da possibilidade de aplicação analógica daqueles dispositivos no mercado, só alguns anos mais tarde, em 1974, que surgiu a primeira lei a tratar do tema, possibilitando sua utilização lícita no âmbito das relações econômicas privadas, conforme já expomos linhas acima, a Lei 6.019/74. Objetivando inserir no mercado de trabalho pessoas que não queriam ou não tinham

disponibilidade de manter-se em uma relação de emprego regular em tempo integral, como estudantes, donas-de-casa, jovens em idade de serviço militar obrigatório, trabalhadores com mais de 35 anos, aposentados, pessoas que não definiram em qual ramo do mercado de trabalho querem se inserir e até mesmo aqueles que já possuem emprego, mas necessitam aumentar seus rendimentos, indivíduos estes que encontravam-se a margem do regramento justralhista em virtude da ausência de regulamento para esta relação laboral, a qual, à época, tornava-se cada vez mais freqüente e aceita socialmente.

Assim, a Lei do Trabalho Temporário rompeu com a clássica relação laboral bilateral preconizada nos arts. 2º e 3º da CLT, dissociando da relação trabalhista suas duas faces: a econômica e a justralhista. Entretanto estes contratos não se perpetuavam indefinidamente no tempo, sendo sua duração máxima de três meses, conforme dispõe o art. 10 da Lei 6.019/74, não sendo, assim, permitida a terceirização permanente.

Outro diploma de singular importância é a Lei 7.102/83 que permitiu a terceirização permanente para as atividades da categoria profissional específica dos vigilantes. Este foi o ponto alto de um processo legislativo que se desenvolvia desde 1966 com os Decretos-Leis 1.212 e 1.216, os quais permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares. Em 1969, o Dec.-Lei 1.034 permitiu de forma expressa em seu art. 4º às instituições bancárias, às caixas econômicas e às cooperativas de créditos admitirem diretamente ou contratar por intermédio de empresas especializadas os elementos necessários a sua vigilância. Por fim, a Lei 8.863/94 ampliou as hipóteses de terceirização permanente previstas na Lei 7.102/83, possibilitando a contratação, em seus termos, de vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

Também em 1994 temos a edição da Lei 8.949 que acrescentou o parágrafo único no art. 442 da CLT, trazendo disposição acerca das cooperativas que muito estimulou a inserção destas como meio para a realização de terceirizações. Estabelecendo que, independentemente do ramo em que se insira a atividade da sociedade cooperativa, não existirá vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela, o legislador intencionou favorecer e

estimular a criação de verdadeiras cooperativas, entes através dos quais trabalhadores pessoas físicas, exercendo o protagonismo de suas atividades econômicas, juntamente com outros que se encontram na mesma situação sócio-jurídica, inserem-se no mercado de trabalho de maneira mais fácil, dinâmica e lucrativa.

É bem verdade que as cooperativas vêm sendo utilizadas de maneira ilegal, mascarando verdadeiras relações de emprego, tendo, assim, seus fins desvirtuados em favor do aumento dos lucros dos patrões, havendo, inclusive, casos comprovados da ilegalidade abordada em nosso Estado do Ceará, entretanto, o texto do referido parágrafo único se refere a presunção relativa de inexistência do vínculo empregatício, admitindo-se, por óbvio, prova em contrário que demonstre a existência dos elementos fático-jurídicos que caracterizam a relação de emprego, afinal são nulos de pleno direito os atos que buscam desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos dispositivos previstos em nossa Consolidação Trabalhista (art. 9º da CLT).

É evidente a projeção que o fenômeno terceirizante ganhou nas últimas três décadas do século XX, entretanto, nossa legislação não acompanhou o desenvolvimento prático deste, sendo seu regramento esparso e insatisfatório ao regular esta forma de flexibilização trabalhista. Como decorrência lógica do desinteresse legislativo pela regulação do tema, grande número de questões o envolvendo chegaram aos Tribunais Trabalhistas, fazendo com que o Tribunal Superior do Trabalho editasse as súmulas de jurisprudência uniforme 256/86 e 331/93, a qual procedeu a revisão da primeira.

A súmula 256 do TST possui orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta, ressaltando o caráter excetivo desta prática, omitindo-se, contudo, em relação à previsão da terceirização no âmbito da Administração Pública, como forma de se obter a descentralização administrativa, conforme podemos aferir de sua redação:

Salvo nos casos previstos nas leis ns. 6.019, de 3.1.1974 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Importante notarmos que, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST, embora cancelada, a súmula 256 ainda se aplica nos casos de vínculo

empregatício com a administração pública, anteriores à Constituição da República de 1988.

Procedendo a sua revisão, a súmula 331 do TST não se desviou do espírito de sua predecessora, limitando-se a dar um pouco mais de flexibilidade às contratações. Assim, manteve o caráter excetivo e a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício se seus termos não forem observados, ao mesmo tempo em que ampliou suas hipóteses de ocorrência e esclareceu o instituto da terceirização, prevendo-a na Administração Pública, e coadunou-se com a proibição constante no art. 37, II e §2º de nossa CF/88, ou seja, a vedação de o Estado contratar sem que se obedeça a exigência de concurso público, conforme podemos analisar:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

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

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

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

No ano de 2000, o inciso IV da súmula recebe nova redação, apresentando-se atualmente assim:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (alterado pela Resolução de 11.09.00, DJ 19.09.00).

Deve-se ressaltar a importância da existência em nosso ordenamento jurídico de diploma específico para tratar o tema de maneira eficaz e de forma a evitar qualquer utilização prejudicial do instituto da terceirização, retirando o fenômeno de seu atual estado de desenvolvimento marginal. A falta de regramento traz enormes prejuízos aos

empregados envolvidos nesta relação trabalhista, evitando seu alcance a garantias sociais básicas, colocando-os, por vezes, em posição de explícita desvantagem em relação aos funcionários com vínculo efetivo presentes na mesma empresa. O Direito do Trabalho tem uma trajetória evolutiva marcada pela busca da justiça social, devendo, assim, evitar a propagação da terceirização como mais um meio de desregulamentação das relações laborais, a face mais radical do fenômeno da flexibilização.

Finalmente, cabe-nos aqui também mostrar os novos rumos, as tendências de evolução do fenômeno em estudo, assim, Sérgio Pinto Martins nos expõe a quarteirização:

Nos países mais adiantados, surgiu uma nova forma de terceirização, denominada quarteirização, ou o que se chama de terceirização gerenciada. A quarteirização vem a ser a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas, as parceiras. Normalmente, contrata-se uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista, no mercado, num determinado ramo de serviços ou de administração de serviços. Essa empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante, em função do grande número deles. Tem-se entendido que há uma economia de recursos na contratação da referida empresa, que cuida desses fornecedores, com altos custos trabalhistas e previdenciários, que é o que se pretende minorar com a utilização da terceirização.³⁵

Assim, delegando atividades secundárias a outras empresas há a impossibilidade de a tomadora de serviços gerenciar seus esforços, porque há o abandono da noção de pessoalidade, contratando-se apenas resultados, podendo, em decorrência disto, vir a sofrer com quedas na produtividade e qualidade, perdendo o espaço conquistado no mercado. Desta forma, a contratação de empresas especializadas no gerenciamento das terceirizadas, direcionando suas forças produtivas, vem-se tornando uma solução eficaz para o que se constituía em um entrave comum às grandes empresas optantes desta estratégia administrativa.

A quarteirização, desta forma, ocorre quando uma ou mais empresas são formadas ou contratadas com a única função de administrar os contratos com as terceirizadas. São empresas que não executam nenhuma atividade de fabricação, sendo apenas responsáveis pela gestão da terceirização. Ou seja, além das empresas

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 21.

transferirem áreas de atividades para terceiros, elas também transferem, para uma empresa específica a gestão dos contratos.

2.2. CONCEITO

O fenômeno terceirizante encontra suas raízes na ciência da Administração de Empresas, surgindo aí o neologismo terceirização, referindo-se ao cerne do instituto, o qual admite a descentralização de atividades da empresa, delegando-as a terceiros a ela. Designando o fenômeno também é possível ser adotada denominações como subcontratação, terciarização, filialização, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, horizontalização, parceria e etc. Todas elas guardando a noção basilar de que o fenômeno se presta a possibilitar a utilização mais eficiente do capital, através da entrega de determinadas atividades de apoio para seu exercício por terceiros, possibilitando a concentração de esforços da empresa em uma ou algumas atividades específicas.

A terceirização é uma estratégia de mercado, uma forma de administração de empresas na qual há a contratação de terceirizadas para a produção de bens ou prestação de serviços, ambos secundários, à tomadora. Há aqui um processo de desverticalização, desconcentração da atividade empresarial, possibilitando a redução de custos e o aumento da produção, ou, até mesmo, a realização de atividades para as quais o terceirizador não tem aptidão, fatores estes que se refletem na maior competitividade e na inserção da empresa em novos mercados.

Podemos notar a existência de um forte caráter de parceria entre as empresas atuantes na relação em estudo, ambas colaboram para implementar no processo produtivo maior agilidade e flexibilidade, reduzindo os custos e, conseqüentemente, aumentando a competitividade. A empresa tomadora de serviços, quando opta pela adoção desta estratégia administrativa, busca a transformação de seus custos fixos em variáveis, otimizando sua produção, transferindo seu capital de maneira inteligente, seja aplicando-o em novas tecnologias, no seu desenvolvimento ou até mesmo em novos produtos.

O fenômeno da terceirização ergue-se sobre duas noções básicas: as de atividade-meio e atividade-fim. Em tese, a doutrina criou esta diferenciação, pela qual a atividade-fim seria aquela ligada ao núcleo da atividade empresarial, à finalidade principal da empresa, diferentemente do que ocorre com a atividade-meio, apenas um instrumento para se realizar aquela. Para melhor exemplificar a diferença entre as duas, podemos nos valer de interpretação analógica do art. 3º da Lei 5.645/70 que traz rol exemplificativo de atividades-meio como as de transporte, limpeza, conservação, custódia, operação de elevadores e etc., todas atividades secundárias, de mera execução, de apoio. Entretanto, muitas vezes, a diferenciação abordada é difícil ou até mesmo impossível, pois ocorre que atualmente vivemos em uma era de mudanças tecnológicas constantes, situação esta que envolve, normalmente, em uma mesma linha de produção, atividades polivalentes ou, até mesmo, há a possibilidade de coexistirem, em uma mesma empresa, mais de uma atividade-fim.

Normalmente, a atividade-fim é aquela constante do contrato social, aquela para cujo exercício a empresa foi criada, contudo, na conjuntura atual, de contínua evolução tecnológica, a dinâmica empresarial ganhou proporções nunca vistas, podendo haver a completa mudança de atividade-fim da empresa, sem que haja, de pronto, alteração em sua regra estrutural, não havendo aqui nenhuma ilicitude. A regra, hoje, é a da fragmentação em busca da excelência do serviço, todos os esforços gerenciais e operacionais devem estar perfilados com a vocação da empresa e direcionados ao seu negócio principal.

Há, na verdade, uma busca desmedida pela horizontalização, buscando alguns doutrinadores desacreditar a distinção ora em estudo como argumento para se possibilitar a terceirização na atividade-fim da empresa, utilizando, como exemplo mais emblemático, o que ocorre com as montadoras de automóveis, as quais delegam a fabricação de quase todos os componentes a terceirizadas, procedendo apenas à montagem do veículo. O exemplo, no entanto, não demonstra hipótese de terceirização na atividade-fim, ocorrendo, sim, a mudança desta atividade. Objetivando produzir bens de maior qualidade, aquelas empresas detêm o foco da atividade empresarial na montagem dos automóveis, sendo esta sua verdadeira atividade-fim.

Admitir a terceirização nas atividades núcleo seria o mesmo que aceitar a existência de empresa sem empreendimento, sem organização de recursos materiais e pessoais. Não existe empresa que não desenvolva qualquer atividade de produção de bens e serviços. Se assim for, inexistiria empresa, pois inexistiria atividade econômica a ser desenvolvida. No dizer de Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro:

No momento em que uma empresa transfere a execução de sua atividade final para outras, descaracterizando-se como tal, transforma-se em mera intermediadora de mão-de-obra ou praticante do *marchandage*. Não se pode conceber uma empresa dissociada da produção de bens ou serviços, sem assunção dos riscos da atividade econômica. Na terceirização de atividade-fim, a empresa não estaria prestando serviços, mas fazendo arrendamento do próprio negócio, com o uso de mão-de-obra alheia. Em síntese, a atividade-fim de qualquer empresa deve ser desenvolvida pelo empregador e seus próprios empregados.³⁶

Dificuldades à parte, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência a admissão do fenômeno da terceirização apenas quanto as atividades-meio, não o aceitando quanto à atividade-fim, sob a pena de haver, como vimos, o arrendamento do próprio negócio. Caso de desenvolva em atividade-meio, tem-se a terceirização lícita, ao passo que, se esta resta existente na atividade-fim, encontramos a terceirização ilícita, vedada pela jurisprudência pátria.

Devido ao fato de ser fenômeno originário da ciência da Administração de Empresas, conforme visto acima, não possui ainda conceito legalmente delineado, sendo necessário para sua aferição nos remetermos àquele ramo do desenvolvimento intelectual humano, o qual revela ser a terceirização técnica de supervisão e gestão através da qual uma empresa delega a outras a execução de suas atividades-meio, em relação de parceria, passando estas a fornecer bens ou serviços àquela.

Podemos conceituar a terceirização como o fenômeno pelo qual uma empresa, visando à dinamização de suas atividades, a inserção mais competitiva no mercado e a redução dos custos, contrata com outra a produção de bens ou a prestação de serviços, todos secundários, ligados às suas atividades-meio, concentrando-se em sua atividade-fim, especializando-se, melhorando a qualidade final de seu produto.

³⁶ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 88.

A terceirização é atribuir-se a terceiros serviços que podem ser por estes executados, sem o controle efetivo do tomador de serviços.³⁷

José Martins Catharino conceitua o fenômeno como “meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata”³⁸.

Alice Monteiro de Barros assim delinea nosso objeto de estudo:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal.³⁹

Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro assim trata da terceirização:

(...) moderna técnica de administração de empresas que visa ao incremento da competitividade empresarial, por via da qual as empresas entregam a execução de suas atividades não essenciais a outras – especializadas nestas atividades – para que possam se concentrar no planejamento, organização, controle, coordenação e direção de sua atividade principal.⁴⁰

Sérgio Pinto Martins posiciona-se da seguinte forma:

Consiste a terceirização na possibilidade de contatar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.⁴¹

Maurício Godinho Delgado conceitua o instituto sob a ótica de seu rompimento com o clássico modelo bilateral da relação de emprego, assim:

(...) terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se 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. A terceirização provoca

³⁷ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p.241.

6, p. 241.

³⁸ CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e Sequela*. São Paulo: LTr, 1997, p. 72

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 427.

⁴⁰ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. *A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira*. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 43.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 23.

uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.⁴²

Analisando esta conceituação, percebemos que a terceirização rompe com os paradigmas clássicos da relação de emprego prevista nos arts. 2º e 3º da CLT, relação tipicamente bilateral. Com a dissociação da relação econômica de trabalho da justtrabalhista, inserem-se neste contexto três sujeitos, o empregado, a empresa terceirizada e o tomador de serviços, fórmula esta que traz graves desajustes em contraponto aos objetivos tutelares e distributivos do Direito do Trabalho, sendo esta a razão pela qual seu caráter é excetivo em nosso ordenamento jurídico.

Tal idéia se confirma se analisarmos que o trabalhador perde seu emprego, no qual tinha remuneração mensal certa, passando a tê-la incerta; perde os benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das negociações coletivas da categoria; há o processo de desagregação das categorias profissionais e o conseqüente enfraquecimento sindical; pode haver a mudança do local de trabalho, a qual pode afetar o trabalhador, tanto por poder ser este mais distante de sua residência, como por não apresentar estruturas físicas tão adequadas ao exercício do labor, podendo colocar sua saúde em risco; sem falarmos que as empresas terceirizadas remuneram muito mal seus empregados, causando, não raras vezes, desnivelamento salarial entre trabalhadores na mesma empresa.

2.3. NATUREZA JURÍDICA

A própria denominação do fenômeno ora estudado em nosso país não é muito elucidativa quando tentamos desvendar sua natureza jurídica. Esta demonstra apenas a intenção de se transferir a terceiro a posição de empregador, passando este a ser responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados e pelo recolhimento dos encargos sociais respectivos.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 428.

A natureza jurídica da terceirização é contratual, pois é acordo de vontades celebrado entre duas empresas, a contratante, também conhecida como tomadora, e a contratada, a prestadora, pela qual esta prestará serviços especializados àquela, de forma continuada, complementar e de parceria. Há aqui três relações bem definidas: de direito civil, formada entre a empresa tomadora e a prestadora; de emprego, formada entre a empresa terceirizada e seus empregados; e a relação econômica de trabalho, formada entre os empregados da terceirizada e a tomadora de serviços.

Como já ressaltamos anteriormente, em regra, não há o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e os empregados da terceirizada, entretanto é presunção relativa, não sendo admitida se houver prova de que a terceirização ocorreu em atividade-fim ou se for comprovada a pessoalidade e subordinação direta entre a empresa tomadora e os empregados da terceirizada, aplicando-se aqui a regra do art. 9º da CLT.

Devido ao fato de a terceirização se revestir de vários contratos, sua natureza dependerá do qual for adotado, de forma singular ou combinada com outros, podendo ter o fenômeno natureza de contrato de fornecimento de bens e serviços, de empreitada, de franquia, de locação de serviços, de concessão, de consórcio, de tecnologia, *know how* e etc.

2.4. MODALIDADES DE TERCEIRIZAÇÃO

2.4.1. TRABALHO TEMPORÁRIO

A primeira modalidade de terceirização adotada em nosso ordenamento jurídico no âmbito das relações privadas foi o trabalho temporário, com a Lei 6.019/74 e seu regulamento, o Decreto 73.841/74. Com esta legislação, nosso ordenamento jurídico reconheceu situação que, no âmbito social, já alcançara dimensões preocupantes, sendo inconcebível a manutenção daquela situação de vácuo legislativo, assim, legalizou-se,

parcialmente, o fenômeno sempre execrado pelo ramo justralhista do direito da *marchandage*.

Referimo-nos aqui sobre o albergamento parcial de tal situação, porque a citada legislação trouxe nova hipótese de contrato de emprego, destoante da clássica definição trazida por nossa consolidação trabalhista (art. 2º e 3º da CLT), inaugurando em nossa ordem modelo trilateral de relação de emprego, o qual se disseminou, posteriormente, com as devidas adaptações, às demais formas de terceirização.

Assim, verifica-se a dissociação da relação de emprego tradicional entre o empregado e o empregador, pessoa física ou jurídica a qual contrata aquele com o objetivo de usufruir de sua prestação de serviços de forma direta, em duas relações, quais sejam, a justralhista e a econômica de trabalho. A primeira refere-se àquela mantida entre o empregado e a empresa de trabalho temporário, havendo a formação do vínculo empregatício, já a segunda, àquela entre o empregado temporário e o tomador de serviço, não sendo este responsável, diretamente, pelo adimplemento de qualquer verba trabalhista, apenas organizando e dirigindo a produção da mão-de-obra contratada, sem que isto enseje subordinação, sendo, sim, uma decorrência natural da estrutura hierárquica da própria empresa a qual todos que nela ou para ela trabalhem se inserem de determinada forma, estando também submetidos a esta direção, sem a caracterização do vínculo empregatício, os avulsos e os autônomos.

Maurício Godinho Delgado completa o exposto até aqui, ao vaticinar que:

O vínculo jurídico do trabalhador temporário (de natureza empregatícia, repita-se) estabelece-se com a empresa de trabalho temporário, embora ele preste efetivos serviços à empresa tomadora. Como se percebe, através dessa fórmula, seguida pelo restante do processo terceirizante, a Lei n. 6.019/74 dissociou a relação econômico-social de prestação de serviços da relação jurídica decorrente, rompendo com a dualidade combinada que caracteriza a fórmula clássica celetista (arts. 2º e 3º, CLT).⁴³

Importante evidenciarmos a diferença existente entre o trabalhador temporário e aquele contratado por prazo certo pela própria empresa tomadora de serviços, nos termos do art. 443, §1º, da CLT, o qual é empregado clássico, com vínculo empregatício com seu empregador real na forma dos arts. 2º e 3º de nossa consolidação trabalhista,

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 450.

sendo, assim, regidos por seus dispositivos. Também difere o empregado em estudo do trabalhador eventual, pois, embora sua contratação seja excepcional, nos termos da Lei 6.019/74, sua atividade se insere na da empresa cliente, faz parte de seu complexo produtivo, o que não ocorre com o eventual o qual presta serviços de forma esporádica, causal, fortuita, sendo estes voltados, em regra, para a atividade da empresa, não havendo, assim, a formação do vínculo de emprego.

Os arts. 2º e 4º da Lei 6.019/74 definem, respectivamente, quem é o empregado e o empregador na relação de trabalho temporário. Desta forma, é empregado temporário a pessoa física que, juridicamente vinculado à empresa de trabalho temporário de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa com a finalidade de atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. Sendo o empregador temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Fernando Basto Ferraz evidencia a diferença existente entre a empresa de trabalho temporário e a agência colocadora de mão-de-obra:

A empresa de trabalho temporário, que não deve ser confundida com a agência de colocação de mão-de-obra, é a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos (art. 4º da Lei n. 6.019/74). O empregador é considerado fornecedor de mão-de-obra para os efeitos do FGTS, que é a empresa de trabalho temporário, nos termos do § 1º do art. 15 da Lei n. 8.036/90 (...)⁴⁴

As empresas de colocação de mão-de-obra objetivam, unicamente, inserir no mercado trabalhadores junto a elas cadastrados, não formando vínculo entre elas e estes, ao contrário do que ocorre com as empresas de trabalho temporário, as quais mantêm vínculo com seus empregados, contratando o uso de sua mão-de-obra, por determinado lapso temporal não excedente de três meses, a outras empresas que os desejem.

⁴⁴ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 93.

O art. 2º da Lei 6.019/74 delimita as hipóteses em que esta contratação pode ser efetuada, ressaltando seu caráter excetivo, as quais devem ser respeitadas sob a pena de se reconhecer o vínculo com o tomador nos termos do art. 9º da CLT c/c inc. I da Súmula 331 do TST, são elas: atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

A primeira situação faz menção a afastamentos rotineiros dos empregados de uma empresa, motivados por eventos como férias, licença-maternidade e outras licenças previdenciárias. A segunda, por sua vez, enfoca situações em que o mundo negocial exige uma presença mais efetiva da empresa cliente, sendo necessário o aumento de sua produção ou do fornecimento de seus serviços, circunstâncias para as quais o efetivo permanente da empresa tomadora não é suficiente. Contudo, desaparecida a excepcionalidade motivadora da contratação, seja pelo retorno do empregado efetivo de seu afastamento, seja pela extinção da necessidade eventual de aumento da produção ou dos serviços, ou mesmo no caso de a empresa cliente alcançar novo patamar produtivo, mais elevado, a manutenção do trabalho temporário não mais será admitida, sendo reconhecido o vínculo empregatício caso haja sua continuidade nestas condições.

Discussão doutrinária se tece acerca do trazido pelo art. 4º da Lei 6.019/74 quando diz ser empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica especializada em “colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados” e pelo art 2º do Decreto 73.841/74 que dispõe como finalidade da empresa de trabalho temporário “colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dele necessite”. Há aqui duas opiniões dissonantes, uma posicionando-se em favor da necessidade de ser o empregado temporário devidamente qualificado, especializado em determinada tarefa, limitando-se, assim, sua utilização em atividades caracterizadas por um mínimo de qualificação ou especialização profissional. Já a segunda, a qual nos parece ser mais compatível com o contexto em que se insere esta espécie de relação de emprego, interpreta o artigo supracitado como o dever de o trabalhador ter de atender às qualificações e especificações inerentes ao cargo a ser exercido, de modo a se evitar a propagação de fraudes por meio desta fórmula terceirizante.

Devido à liberdade garantida por este contrato de emprego, possibilitando, como se comprovou ao longo da evolução histórica do instituto, seu mau uso, reveste-se o contrato de trabalho temporário de algumas formalidades, objetivando, assim, evitar sua desvirtuação. Não se admite, portanto, sua pactuação através da forma verbal, bem como sua fixação apenas tacitamente, ao contrário do que ocorre com os contratos de empregos cuja previsão está inserida na CLT. O art. 11 da Lei 6.019/74 preconiza a forma escrita como elemento essencial à figura do contrato celebrado entre a empresa terceirizada e o trabalhador temporário, estendendo-se esta formalidade ao contrato interempresarial, firmado entre a terceirizada e a tomadora, devendo este conter também a justificativa, a motivação, para a contratação de empregado temporário e as modalidades de remuneração da prestação de serviço, conforme estabelece o art. 9º da lei em estudo.

Outra limitação apresentada pelos contratos de trabalho temporários é a temporal, seu prazo máximo de fixação é de três meses, ressaltando a transitoriedade do instituto, período o qual excedido implica na desqualificação da relação excetiva de trabalho temporário, formando-se o vínculo empregatício clássico com o tomador. Contudo, a noção de transitoriedade que deveria ser ínsita ao contrato em análise resta mitigada, pois é possível autorização pelo órgão local do Ministério do Trabalho no sentido de ser este prazo dilatado até um total de seis meses, desde que comprovada a ocorrência de força maior ou necessidade imperiosa do serviço que justifique a extensão temporal da pactuação, conforme especifica o art. 12, b, da Instrução Normativa MTb/GM n. 3/97.

Outro motivo pelo qual esta forma de relação de emprego é vista com reservas e diz respeito ao fato de estabelecer situação diferenciada aos trabalhadores temporários em relação aos com vínculo empregatício permanente das empresas tomadoras, uma vez que a Lei 6.019/74, em seu art. 12, estende-lhes rol limitado de direitos, inferiores até àqueles garantidos aos indivíduos submetidos a contratos a termo, são eles:

- a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional – Há aqui regra que determina a adoção de salário equitativo entre empregados temporários e

efetivos, uma vez que, como aqueles pertencem ao gênero destes, dos trabalhadores com vínculo empregatício, sendo este, no entanto, limitado temporalmente, não há razão para seu tratamento diferenciado sob a ofensa aos arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, ambos da CF/88, Maurício Godinho Delgado assim expõe:

(...) tem-se compreendido que se estendem a esse trabalhador terceirizado todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita.⁴⁵

Neste mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência de nossos Tribunais Regionais do Trabalho, consubstanciada neste julgado do TRT da 6ª Região (de Pernambuco), qual o número do Recurso Ordinário e qual foi o Desembargador Federal do Trabalho que funcionou como Relator o Ministro Rider Nogueira de Brito:

Ementa: TERCEIRIZAÇÃO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. ISONOMIA SALARIAL. ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE. A fim de que seja efetivamente aplicado nas relações de emprego o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), bem como seja observada a vedação, também constitucional, de “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), em havendo terceirização de serviços, invoca-se, analogicamente, o disposto no artigo 12, da Lei nº 6.019/74, que assegura ao trabalhador temporário a remuneração equivalente àquela percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços, consagrando o princípio da igualdade entre as pessoas que, durante determinado intervalo de tempo, desempenham idênticas funções. Nesse diapasão: “se a isonomia se impõe até mesmo na terceirização temporária a curto prazo, com maior razão é cabível nas situações de terceirização ilícita ou em períodos mais longos, em que a perversidade da discriminação é muito mais grave, profunda e constante”. (Ministro Rider Nogueira de Brito, Recurso de Revista nº 655048/2000). Recurso ordinário improvido.

- b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento) – Duas observações devem ser feitas aqui para sua correta adaptação ao ordenamento jurídico pós CF/88, a primeira é que a jornada de trabalho deve ser entendida como de, no máximo, oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7º, XIII da CF/88), respeitando-se a existência de jornadas específicas para

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 456.

determinadas categorias profissionais; a segunda observação remete ao adicional por horas extras, o qual, de acordo com art. 7º, XVI de nossa Carta Magna, é de, no mínimo, 50% por hora trabalhada além do estipulado no contrato de trabalho, até o máximo de duas.

- c) férias proporcionais de 1/12 por mês de serviço ou fração igual ou superior a 15 dias, salvo dispensa por justa causa e pedido de demissão – O art. 7º, XVII da CF/88 garante aqui a aplicação do terço constitucional.
- d) repouso semanal remunerado – dispositivo em consonância com o estabelecido no art. 7º, XV, de nosso Estatuto Maior.
- e) adicional por trabalho noturno – aplicam-se aqui as regras do art. 73 e seguintes da CLT para este acréscimo, sendo seu valor de 20% sobre o pago pela hora diurna.
- f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido – Devido a possibilidade de a diferenciação quanto a indenização devida no caso de dispensa sem justa causa poder afetar economicamente o trabalhador temporário, há parcela da doutrina compreendendo a inaplicabilidade desta regra, inserindo-se estes no regime do FGTS, conforme podemos aferir pela previsão da empresa de trabalho temporário na conceituação de empregador fornecida pelo §1º do art. 15 e inciso IX, do art. 20, ambos, da Lei 8.036/90. Entretanto, a Súmula 125 do TST esclarece a possibilidade de coexistência das duas parcelas indenizatórias.
- g) seguro contra acidente do trabalho – Devendo estes ser comunicados imediatamente à empresa de trabalho temporário, nos termos do art. 36, §1º do Decreto 73.841/74 e do § 2º do art. 12 da lei 6.019/74.
- h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

- i) registro da condição de trabalhador temporário na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS – do empregado, conforme § 1º do artigo ora analisado.

Conforme podemos analisar, o trabalho temporário traz consigo alguns benefícios que não podem ser menosprezados, pois possibilita a criação de reserva da força de trabalho pela inclusão de pessoas que normalmente não podem se dedicar a relação de emprego permanente; permite a redução de custos e o gerenciamento mais eficaz do pessoal efetivo, reduzindo seu número, evitando-se a manutenção, na empresa, de contingente ocioso durante a maior parte do ano; atende a empresas com escassez temporária de pessoal efetivo, além de possibilitar maior flexibilidade no planejamento do pessoal e das estratégias administrativas, possibilitando o aumento da produção.

Contudo, esta forma de terceirização, para seu pleno funcionamento, necessita de constante fiscalização administrativa, evitando sua utilização como forma de se prejudicar o pólo hipossuficiente da relação de emprego, o empregado, conforme nos adverte o professor Fernando Basto Ferraz:

Todas essas medidas administrativas acauteladoras tomadas pelo Estado brasileiro, através do seu Ministério do Trabalho e Emprego, desde o pedido de registro da empresa de trabalho temporário, visando acompanhar, através da ação fiscal, o seu funcionamento sem vícios, sem fraudes, constitui um exemplo de que é possível implantar-se a flexibilização de normas trabalhistas, sem deixar os trabalhadores ao relento o abandono legal sob pretexto de aplicação do clássico princípio liberal da autonomia da vontade das partes, em que historicamente se verifica a ocorrência de tratamento igual às partes desiguais, representados pelo capital e o trabalho, sob a postura fria e indiferente de um Estado insensível quanto ao destino de quem vive do próprio trabalho.⁴⁶

Por fim, importante ponto a ser abordado nesta etapa de nosso estudo é a questão da responsabilidade da empresa tomadora para efeito de remuneração e indenização aos trabalhadores temporários. Via de regra, como não há a formação do vínculo empregatício entre a empresa cliente e o empregado temporário, exclui-se a primeira do âmbito da responsabilidade do pagamento dos citados valores, sendo exceção o disposto no art. 16 da Lei 6.019/74, o qual prevê que a empresa tomadora terá responsabilidade

⁴⁶ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 93 e 94.

solidária pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, pela remuneração e indenização aos empregados que lhe estejam prestando serviços nos casos de falência da empresa de trabalho temporário. Nos demais casos, a responsabilidade será subsidiária se a empresa cliente tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (Súmula 331, IV, do TST), conforme explicita Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro:

Esta hipótese de responsabilidade solidária permanece inalterada e a ela foi acrescentada a hipótese de responsabilidade subsidiária prevista no item IV do Enunciado 331 do TST, que ultrapassa a restrição de parcelas contida no texto da Lei 6.019/74 (contribuições previdenciárias, remuneração e indenização), para alcançar todas as obrigações laborais decorrentes da contratação por intermédio de empresa interposta. Além disso, esta responsabilidade subsidiária ocorre independentemente da falência da empresa de trabalho temporário, bastando o inadimplemento das obrigações por parte do tomador.⁴⁷

2.4.2. COOPERATIVAS

As cooperativas, meio hoje bastante utilizado para se promover a terceirização, tiveram seu nascedouro no século XIX na França e na Inglaterra, como uma reação aos altos índices de desemprego ocasionados pela introdução da mecanização no processo produtivo, mudança introduzida pela Revolução Industrial. Surgindo sem o intuito lucrativo, as cooperativas foram uma feliz iniciativa, uma alternativa para se superar aquele momento histórico de transição, pois propiciaram, com maior facilidade, a inserção daquela mão-de-obra, até então deixada em segundo plano, no mercado de trabalho, conforme nos mostra Sérgio Pinto Martins:

As cooperativas suprimem o intermediário, sendo que os serviços são realizados ou prestados pelos próprios sócios. Têm, muitas vezes, como objetivo, a diminuição de despesas e custos, que os associados sozinhos não poderiam arcar.⁴⁸

Desta forma, despidas das formalidades e entraves que muitas vezes se recobrem as empresas, as cooperativas surgem como associações de obreiros livres, pertencentes a

⁴⁷ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 177.

⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 83.

mesma classe profissional, os quais se associam pela livre vontade de exercer o protagonismo da atividade econômica, como trabalhadores autônomos, utilizando-se da proteção fornecida pelo exercício da atividade de forma coletiva. É, assim, forma de se possibilitar a sobrevivência de pessoas muitas vezes enjeitadas pelo sistema capitalista, pelo avanço tecnológico, preservando sua dignidade ao mesmo tempo em que se fomenta a economia, através do estímulo a novas iniciativas do gênero.

A introdução das cooperativas em nosso ordenamento jurídico se deu juntamente com o movimento sindical, ambos contemplados na Lei 1.637 de 1907, posteriormente regulamentada pelo Decreto 22.239 de 1932. Estes diplomas legais estabeleciam o instituto em estudo como sociedade formada por sete ou mais pessoas, sem capital fixo, unidas para exercer atividade econômica cujo objeto poderia ser qualquer gênero de operações ou atividades no campo, nas indústrias, no comércio e todos e quaisquer serviços de natureza civil e mercantil, podendo ou não ter lucro.

O Decreto 22.239/32 foi revogado pelo Decreto-Lei 59/66, o qual foi substituído pelo atual regramento, a Lei 5.764/71, definidora da política nacional de cooperativismo. Também há tratamento legal da matéria no Código Civil de 2002, nos arts. 1.093 a 1.096. A própria Constituição Federal de 1988 traz dispositivos acerca das cooperativas, estimulando-as em seu art. 174, § 2º, a saber, “a Lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Interessante notarmos que, apesar de há muito não mais reger o instituto em estudo, a única regra jurídica a se debruçar sobre o conceito de cooperativa foi o art. 24 do Decreto 22.239/32, dizendo que

são cooperativas de trabalho aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõe contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.

Fernando Basto Ferraz conceitua o fenômeno em estudo da seguinte forma:

As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, conforme expressa o art. 4º, caput, da Lei 5.764/71.⁴⁹

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, trata as cooperativas como:

(...) uma forma de união de esforços coordenados para a consecução de determinado fim. Os membros da cooperativa não têm subordinação entre si, mas vivem num regime de colaboração.⁵⁰

Lúcio Flavio Apoliano Ribeiro, através de estudo da lei 5.764/71 conceitua cooperativa como:

A partir do exame da Lei 5.764/71, conclui-se que o contrato de sociedade cooperativa é celebrado entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (art. 3º). É permitido, às sociedades cooperativas, adotar como objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade (art. 5º) e, atendendo aos seus objetivos sociais, poderão fornecer bens e serviços a não associados (art.86).⁵¹

Assim, poderíamos conceituar as cooperativas como sociedades de pessoas, de natureza simples (antigas sociedade civil) e não sujeitas à falência, que, sem fins lucrativos, congregam trabalhadores da mesma categoria profissional para o exercício, de maneira coletiva, de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, no meio urbano ou rural, visando sempre o benefício comum dos associados.

Consoante as lições de Fábio Ulhôa Coelho:

Desde o tempo em que a delimitação do objeto do Direito Comercial era feita pela teoria dos atos do comércio, há duas exceções a assinalar no contexto do critério identificador desse ramo jurídico. De um lado, a sociedade por ações, que será sempre comercial, independentemente da atividade que explora (LSA, art. 2º-, parágrafo 2º-; CCB, art. 982). De outro, as cooperativas, que são sempre sociedades civis (ou ‘simples’, na linguagem do CC), independentemente da atividade que exploram (Art. 982).⁵²

⁴⁹ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 113.

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 81.

⁵¹ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 55.

⁵² COELHO, Fábio Ulhôa. “*Manual de Direito Comercial*”. 16ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2.005, pág. 19.

As cooperativas regem-se por princípios específicos que ressaltam sua singularidade, são estes conhecidos como Princípios de Rochdale, são eles: a adesão livre, a singularidade do voto, a distribuição do excedente *pro rata* das transações dos membros, juros limitados sobre o capital, neutralidade política e religiosa, administração democrática, vendas a dinheiro e à vista e o desenvolvimento da educação. Encontram-se estes princípios positivados nos arts. 4º, I, V, VII, IX; 24, § 3º; 28; 29 e 47, todos da Lei 5.764/71, sendo também aí previstos outros, tais como, o princípio da dupla qualidade, pelo qual o cooperado é ao mesmo tempo sócio e destinatário dos serviços da cooperativa, a área de admissão de associados limitada à possibilidade de reunião, e identidade profissional (arts. 4º, X e XI, e 29, §1º), sendo acrescidos ainda, pela doutrina, os princípios da igualdade social e da retribuição diferenciada.

Conforme as lições de Fabrício Zamprogna MatIELLO⁵³ assim estabeleceu o legislador para fins de proteção por meio da uniformização do tratamento jurídico dispensado às referidas sociedades: *“Em verdade, o Código Civil assim procedeu em razão da importância dessas sociedades no contexto brasileiro e da necessidade de condicioná-las à aplicação de tratamento uniforme capaz de proteger a sua estrutura.”*

Doutrinariamente se dividem as cooperativas em três espécies, quais sejam:

- a) **Cooperativas de Produção:** são aquelas em que há a substituição da figura do empregador pelos próprios trabalhadores, ou seja, estes são detentores dos instrumentos de produção, gerenciando, de forma conjunta, sua atividade comercial, tendo, assim, o direito de disposição pleno sobre o produto de seu labor. Exemplo muito comum entre nós são as cooperativas de pescadores que, com incentivos creditícios, adquirem barcos e instrumentos de trabalho, repassando diretamente o produto de seu labor ao consumidor final.
- b) **Cooperativa de Consumo:** são aquelas orientadas para oferecer aos associados bens e serviços relacionados com suas necessidades pessoais e

⁵³ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *“Código Civil Comentado.”* 2ª edição. São Paulo: LTR, 2.005, pág. 609.

familiares, a preços mais vantajosos do que os de mercado. Através da eliminação do intermediário, que ficaria com o lucro de que as cooperativas abdicam, há o barateamento nos preços dos produtos, pois o que antes era pago a um terceiro, agora se transfere aos consumidores, seus associados. Exemplo que ganha proporções consideráveis atualmente é o das "cooperativas escolares", onde pais de família, não tendo mais condições de arcar com os altos custos das escolas particulares, nem querendo confiar a educação de seus filhos às escolas públicas, reúnem-se e fundam uma escola cooperativada, em que não se visa à distribuição do lucro, mas sim somente à instrução dos jovens.

- c) **Cooperativas de Crédito:** são as que têm como objetivo a eliminação da figura do "capitalista intermediário" na concessão de empréstimos e financiamentos aos seus associados, com percentuais de juros abaixo dos cobrados no mercado. É espécie que vem ganhando espaço, principalmente no seio das grandes empresas, já sendo até mencionada, de forma reflexa na Súmula nº 342 do TST, o qual determina:

342. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Problema que nos cabe analisar aqui é a questão das Cooperativas de Trabalho ou de Mão-de-obra que, a rigor, não se enquadram de maneira adequada em nenhuma das espécies doutrinariamente reconhecidas, a despeito de sua crescente presença sócio-econômica. Devemos ter em mente que, a própria Lei 5.764 não limitou as atividades objetos das cooperativas, seguindo o que já estabelecia o art. 24 do Decreto 22.239/32 no sentido de serem estas formas de auto-organização produtiva de trabalhadores a qual “dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõe *contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares*, coletivamente por todos ou por grupos de alguns” (grifo nosso). Conforme podemos aferir da análise conjunta dos arts. 3º e 5º, ambos da Lei 5.764/71:

Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação.

Podemos notar que há em nosso ordenamento ampla permissão à constituição de entidades cooperativas, as quais foram pensadas como verdadeiros instrumentos para a construção de uma sociedade mais justa, através da oportunidade dada aos trabalhadores de gerirem, através delas, sua força de trabalho, eliminando-se o intermediário, o qual, muitas vezes, fica com grande parcela do lucro, repassando aos verdadeiros produtores quantias irrisórias que apenas afrontam sua dignidade.

Assim, as cooperativas de trabalho são aquelas constituídas por trabalhadores autônomos de uma mesma classe profissional que, através da eliminação da figura do empregador, oferecem como seu principal produto sua própria mão-de-obra para a realização de obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, por todos ou por grupos de alguns, dividindo-se entre estes a contrapartida pecuniária.

O ano de 1994 viu, através da Lei 8.949, o acréscimo do parágrafo único ao art. 442 da CLT o qual determina a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviço daquela, independentemente de qual a atividade exercida. O Projeto de Lei 3.383-A, de autoria do Deputado Pedro Tonelli do Partido dos Trabalhadores, do qual se originou a alteração acima descrita, visou atender reivindicação do Movimento Nacional dos Sem Terra (MST), pois as cooperativas de trabalhadores rurais assentados estavam enfrentando problemas com as crescentes demandas na Justiça do Trabalho, devido a busca de ex-cooperados pelo reconhecimento do vínculo empregatício e a conseqüente percepção de eventuais verbas devidas. Entretanto, ao mesmo tempo que o novo dispositivo legal impulsionou a utilização das cooperativas como meios de terceirização, igualmente propiciou seu uso de forma fraudulenta, algo até então não visto, conforme salienta Ribeiro:

Observe-se que, no Brasil, o cooperativismo é regulado por lei desde 1971, sem que fosse utilizado como artifício para desvirtuar a aplicação da

legislação trabalhista. Somente após a inclusão do parágrafo único do art. 442 da CLT, em 1994, foi que as cooperativas de trabalho passaram a ser intensamente utilizadas em ilegítimos processos de terceirização. Aliás, por força do próprio conceito de cooperativismo, não havia, nem mesmo, necessidade da inclusão deste parágrafo único no art. 442 da CLT, o qual, do ponto de vista jurídico, nada acrescentou em relação ao que já preconizava a Lei 5.764/71.⁵⁴

Em concordância com este pensamento, acreditamos ter sido a inclusão do parágrafo único no referido dispositivo além de desnecessária, inconveniente, uma vez que abriu margem a utilização de instituto tão importante à libertação do trabalhador, de forma fraudulenta, estendendo a repercussão negativa desta forma de desregulamentação trabalhista a todas as entidades cooperativas, as quais, atualmente, são, muitas vezes, vistas com preconceito.

Também se torna desnecessária tal alteração, uma vez que o Direito do Trabalho se pauta pela busca da realidade, não tendo o referido dispositivo o condão de afastar a incidência do art. 9º da CLT o qual preconiza a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar, a aplicação de nossa Consolidação Trabalhista. Assim, não há que se fazer a aplicação literal do parágrafo único do art. 442 sob a pena de se permitir a utilização ilegal das cooperativas, deve-se sim, buscar aferir a existência ou não dos elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam, a pessoa física, prestando serviços com pessoalidade, habitualidade e subordinação jurídica a empregador, pessoa física ou jurídica, mediante remuneração (arts. 2º e 3º da CLT). Já no âmbito interno, além de se ter atenção a existência ou não dos elementos fático-jurídicos mencionados, deve-se também:

(...) considerar indispensáveis os dois requisitos para a construção de uma verdadeira cooperativa de trabalho: relevância das opiniões e votos quando foram tomadas decisões que afetem o grupo e a vinculação com a clientela, que deverá ser eventual e variada.⁵⁵

Corroborando com a busca da realidade, posicionando-se pela reprimenda às falsas cooperativas por mascararem a relação de emprego, prejudicando os trabalhadores de forma manifesta, o inciso I da Súmula 331 do TST, assim, a contratação por empresa

⁵⁴ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 56.

⁵⁵ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 124.

interposta é ilegal, excetuando-se a feita com base na Lei do Trabalho Temporário (6.019/74), formando-se o vínculo empregatício com o tomador de serviço.

Neste contexto de ilegalidade explicitado pela orientação jurisprudencial uniforme de nossa corte máxima trabalhista é principal exemplo as cooperativas de mão-de-obra rural. Devido ao art. 4º da Lei 6.019/74 apenas reconhecer como empresa de trabalho temporário aquelas pessoas físicas ou jurídicas urbanas, não estendendo seu âmbito de incidência as relações trabalhistas no meio rural, começou-se a utilizar as cooperativas como seu sucedâneo, perpetuando-se a situação do velho sistema de arrendamento da mão-de-obra por intermediários inescrupulosos, os gatos, que recebem grande quantia por arregimentar trabalhadores rurícolas, repassando a estes quantia insuficiente a sua própria subsistência, aos proprietários rurais, desvirtuando-se, assim, o instituto em estudo.

Outra consequência nociva trazida pelo parágrafo único do art. 442 foi a prática de algumas empresas de despedir seus funcionários para contratá-los, posteriormente, sob a forma de cooperativa, visando, assim, reduzir seus custos operacionais com o sacrifício destes.

Verificamos ser claro que dispositivo legal ora estudado vai de encontro às diretrizes do cooperativismo traçadas em nosso ordenamento jurídico, bem com ofende a Constituição Federal de 1.988, que utiliza o contrato de emprego como forma de se estender aos trabalhadores os direitos sociais, além de estabelecê-lo, como principal fonte de custeio do sistema de Seguridade Social. Não se pode mascarar a relação de emprego sob a fachada de uma cooperativa, ou de qualquer outro meio, prejudicando o trabalhador ante o benefício do incremento dos lucros patronais, sem que haja ofensa ao “valor social do trabalho”, princípio basilar de nosso ordenamento jurídico (art. 1º, IV da CF).

Fernando Basto Ferraz entende que:

(...) esse parágrafo único do art. 442 da CLT deve ser revogado, de forma a restabelecer, não apenas no mundo jurídico trabalhista, mas, sobretudo perante a sociedade brasileira, o bom conceito que antes de sua existência possuía o princípio cooperativo. Não resta dúvida de que o parágrafo único do art. 442 da CLT não pode ser interpretado isolado, sem considerar o que

determinam os arts. 2º, 3º e 9º do mesmo texto consolidado ... Além disso, o art. 31 da Lei n. 5.764/71 (...) já prevê a possibilidade de os associados da cooperativa se tornarem empregados da mesma, período em que perderão temporariamente o direito de votar. Já que na cooperativa os trabalhadores nela associados são empresários de seus próprios trabalhos, sem intervenção de patrão ou empresário, torna-se desnecessária a permanência do parágrafo único do art. 442 da CLT em nosso ordenamento jurídico.⁵⁶

Por fim, enceramos este item trazendo a baila importante ensinamento de Ribeiro, pois:

Em matéria de terceirização, é preciso ter sempre em mente a noção de que não se terceirizam empregados, terceirizam-se serviços especializados. Se a empresa prestadora ou a cooperativa não tem atividade especializada própria e se o seu objetivo é apenas o fornecimento de mão-de-obra para a tomadora (que, nestas circunstâncias, termina por, inevitavelmente, dirigir o trabalho dos supostos “cooperados”), não há terceirização, mas autêntico *marchandage*. Fica evidente o propósito de criar uma falsa relação jurídica para mascarar a verdadeira relação empregatícia entre os trabalhadores e a empresa tomadora.⁵⁷

⁵⁶ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 133.

⁵⁷ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 57.

3. SÚMULA 331 DO TST

O primeiro enunciado do Tribunal Superior do Trabalho a dispor acerca da Terceirização foi o nº 256, o qual dispunha sobre a ilegalidade de todas as formas de contratação por empresa interposta, excetuando-se somente esta regra em relação ao trabalho temporário (Lei 6.019/74) e ao serviço de vigilância (Lei 7.102/83), formando-se o vínculo empregatício com o tomador de serviços nos demais casos, como os de limpeza e conservação, atividade que não encontrava óbices à terceirização no âmbito da administração pública, por força do Decreto-Lei 200/67 e da Lei 5.645/70.

Contudo, não se entendia extensível às empresas públicas e às sociedades de economia mista aquelas formas de contratação, muito menos era admitida, fora das hipóteses da Súmula 256, para a iniciativa privada, fato este que não refletia a realidade. Assim, em vista do grande fluxo de demandas judiciais envolvendo a questão, notadamente tendo como partes a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, em 1993, através da Resolução Administrativa nº 23, de acordo com a orientação do órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, procedeu-se a revisão da antiga súmula nº 256 pela nº 331.

Importante notarmos que este, apesar de ser um enunciado jurisprudencial, é praticamente o único dispositivo a tratar do fenômeno da terceirização, no âmbito do setor privado da economia, em nosso ordenamento jurídico. Sendo dividido em quatro tópicos, cada qual tratando de vários assuntos, abrangendo, além da redação de seu predecessor, outras novidades como o tratamento dos serviços prestados à Administração Pública, direta e indireta, incluindo-se aqui as empresas públicas e às sociedades de economia mista, os serviços de limpeza e conservação, hipóteses de responsabilização do tomador de serviços, dentre outras, conforme analisaremos agora:

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 n. 6.019/74).

O inciso I, mantendo a mesma inteligência da antiga súmula 256, nos mostra a ilegalidade da contratação por empresa interposta, formando-se, como consequência

desta prática, o vínculo empregatício entre o empregado e o tomador de serviços, ressaltando-se apenas a hipótese do trabalho temporário.

Condena-se aqui a prática da *marchandage*, pela qual o intermediador de mão-de-obra, sem assumir os riscos da atividade econômica, se interpõe entre o trabalhador e a empresa contratante, apropriando-se, assim, de parte dos valores aferidos com o labor daquele. Contudo, há doutrinadores que posicionam-se no sentido de uma aplicação da terceirização mais ampla do que o disposto na súmula em análise, sem o comprometimento da legalidade, como os expõe Sérgio Pinto Martins:

A contratação de trabalhadores por empresa interposta não, na verdade, ilegal, apenas quando exista fraude, com o objetivo de frustrar a aplicação da lei trabalhista. Nesses casos, o vínculo de emprego pode formar-se com o tomador de serviços.⁵⁸

Observação importante é a de que o trabalho temporário é a única forma de contratação de trabalhadores, por meio de empresa interposta, que pode atingir a atividade-fim da tomadora, basta apenas que se afira se a situação motivadora do trabalho temporário seja a substituição provisória de pessoal permanente da tomadora ou para suprir acréscimo extraordinário de serviços.

II – A contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

Há aqui a exclusão da possibilidade de se configurar relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da Administração Direta, Indireta e Fundacional, quando o trabalhador lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, descumprindo a exigência constitucional da realização de concurso público para o ingresso em suas fileiras, disposta no art. 37, inciso II e §2º- da Carta Política de 1.988, com as exceções admitidas pelo mesmo texto normativo, quais sejam: cargos em comissão, membros dos tribunais superiores, mandatos eletivos, contratação de servidores temporários, com fulcro no art. 37, IX, dentre outras.

Ribeiro nos mostra a inteligência do inciso em análise:

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 122.

(...) atendendo aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inerentes à Administração Pública, não se pode desrespeitar a norma constitucional para estabelecer vínculo empregatício entre o trabalhador de empresa prestadora de serviços e o Estado. Neste caso, o princípio trabalhista da proteção cede lugar aos princípios que regulam a Administração Pública, pela prevalência do interesse público sobre os interesses particulares.⁵⁹

Existindo este tipo de contratação, não obstante sua flagrante inconstitucionalidade, deve aplicar-se o que dispõe a Súmula 363 do TST, ou seja, defere-se ao trabalhador irregularmente contratado apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

O presente inciso nos traz a permissão da terceirização apenas quanto se tratar de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador, mas desde que não se configure a pessoalidade e a subordinação direta, hipóteses nas quais estabelecer-se-á a relação jurídica entre a empresa contratante e o trabalhador terceirizado.

A primeira parte deste inciso, juntamente com o estabelecido no item I, formava a dicção original do Enunciado 256 do TST. No entanto, diferentemente do que se estabelece neste, o qual trata da interposição de trabalhadores nas relações laborais, a parte do enunciado ora em estudo trata da terceirização autorizada, onde empresa contrata outra, especializada na realização de determinado serviço ou na elaboração de certo produto, com a finalidade precípua, pelo menos em tese, de se maximizar a qualidade e diminuir-se os custos operacionais.

Este dispositivo traz ainda de maneira explícita a proibição da extensão do fenômeno terceirizante às atividades-fins da empresa, abrangendo apenas aquelas consideradas de apoio ou complementares aquela centro do complexo produtivo, e

⁵⁹ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 171.

desde de que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta, pois, caso existam, formar-se-á o vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador de serviços.

Sérgio Pinto Martins não acredita na restrição da atividade como forma de se tolher à terceirização, acreditando que este fenômeno pode atingir até mesmo as atividades-fins da empresa, sendo essencial, para a aferição de sua legalidade apenas a constatação ou não da existência da pessoalidade e a subordinação direta com o tomador de serviços, assim dispondo:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob a pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é um exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços em sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim.⁶⁰

Alice Monteiro de Barros, consoante a manifestação doutrinária dominante, pauta-se pela ilegalidade da terceirização sobre as atividades-fins da empresa, demonstrando real posicionamento dos operadores do direito sobre o tema:

Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pela Súmula n. 331 do TST. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontram-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional.⁶¹

Não obstante, conforme já pudemos demonstrar, a antiga Súmula 256 do TST tenha agregado o disposto no item I e na primeira parte do II, hoje suas redações são separadas, justificando-se isso pela diferença entre os institutos e, principalmente, para se destacar que os requisitos da pessoalidade e da subordinação direta com o tomador e da prestação de serviços especializados em atividade-meio só se aplicam à terceirização,

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 124.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 428.

uma vez que a Lei 6.019/74 estabelece seus próprios critérios de legalidade, quais sejam, o atendimento a situações de substituição provisória de pessoal permanente da tomadora ou para suprir acréscimo extraordinário de serviços, bem como só a esta se aplica o requisito da limitação temporal, diferentemente do que ocorre na terceirização, a qual pode ser permanente.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (alterado pela Resolução de 11.09.00, DJ 19.09.00).

Está aqui exteriorizado uma das faces do princípio da proteção do trabalhador, permitindo a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, diante da inadimplência da empresa interposta, inclusive se for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com essa orientação, o verbete pretende aconselhar as pessoas que fazem terceirização para que contratem empresas idôneas, sob pena de, se o empregado ajuizar ação contra a empresa prestadora dos serviços e a tomadora, esta última ficará responsável pelo pagamento de verbas trabalhistas, em função da inidoneidade da prestadora dos serviços e da culpa *in eligendo*.⁶²

Enfrentamos aqui hipótese de responsabilidade criada em prol da justiça nas relações trabalhistas, uma vez que o tomador de serviços beneficiou-se do labor do terceirizado, devendo ressarcir-lo, utilizando-se, depois, de ação de regresso contra a empresa contratada com a finalidade de reaver os valores pagos. Há aqui a incidência da responsabilidade civil por culpa *in eligendo*, pela má escolha da empresa contratada, obrigando-se o tomador de serviços:

(...) arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista: não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 124.

daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação do credor.⁶³

Ponto importante para esta responsabilização é o da necessidade da empresa figurar no pólo passivo da ação, pois, num processo, quem não foi parte na fase de conhecimento não poderá participar da execução, seja como demandante ou demandado.

A responsabilização aqui não é solidária, uma vez que esta não se presume, resulta, sim, da lei ou da vontade das partes, conforme nos traz o art. 264 do Código Civil, *in verbis*, “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”, sendo assim, de natureza secundária, complementar, usada para reforçar a garantia principal se esta for insuficiente para cumprimento da obrigação.

A constatação de que se trata de responsabilidade subsidiária, e não solidária, se dá em razão de que a responsabilização do tomador somente ocorre no caso de inadimplemento das obrigações por parte da prestadora de serviços, havendo uma ordem a ser seguida, inclusive na hipótese de uma eventual ação executiva.⁶⁴

A despeito da dicção legal, o peso da realidade nos faz refletir acerca deste tipo de responsabilização civil do tomador de serviços. Não podemos fantasiar, pois, na maior parte das vezes, a terceirização é feita não com a finalidade de ser um artifício para o incremento da empresa, melhorando seu desempenho e competitividade, e, sim, como forma de os empresários individuais ou sociedades empresárias se imiscuírem do pagamento das verbas trabalhistas, contribuições sociais para o INSS e valores análogos, buscando, assim, redução de seus custos em evidente prejuízo ao trabalhador. Acreditamos, portanto, que melhor teria agido nossa corte superior trabalhista se tivesse estabelecido responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, assegurando-se ao obreiro maior garantia, uma vez que as verbas trabalhistas possuem caráter nitidamente alimentar.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 431.

⁶⁴ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 176.

4. CRÍTICAS AO FENÔMENO TERCEIRIZANTE

A despeito de seu crescimento sócio-econômico e de sua utilização cada vez mais freqüente em nosso país, o fenômeno terceirizante não se encontra regulado, em sua inteireza, por um diploma legal específico, sendo a jurisprudência a única força que tentou discipliná-lo de forma sistematizada e ordenada, preocupando-se com suas dimensões como um todo, tentando retirá-lo da informalidade e coaduná-lo com os princípios e regras fundamentais de nosso ordenamento jurídico, na direção da harmonização possível da fórmula básica da terceirização aos fins e valores essenciais ao Direito do Trabalho.

Na busca desta inserção mais apropriada da terceirização em nossa ordem jurídica, a jurisprudência debruçou-se sobre dois temas centrais, cuja proteção remete em grande parte à Constituição Federal de 1988, aspectos mínimos sem os quais o instituto em estudo não pode existir sem que haja flagrante ofensa à dignidade do trabalhador, corolário do postulado da dignidade da pessoa humana. São eles a isonomia remuneratória entre os empregados terceirizados e os originais da empresa tomadora de serviços e a responsabilização do tomador de serviços pelos valores trabalhistas oriundos da prática terceirizante.

O problema acerca da disparidade salarial entre os trabalhadores terceirizados e aqueles com vínculo empregatício permanente junto à tomadora de serviços, exercentes das mesmas funções, surgiu com as terceirizações ilícitas perpetradas pela Administração Pública, devido ao fato de ser inconstitucional a extensão do vínculo jurídico direto entre o empregado irregularmente contratado e o Poder Público como forma de se sanar esta situação em face da exigência constitucional da realização de Concurso Público para o ingresso nas fileiras das instituições estatais.

Além dessa particularidade inerente às entidades estatais, mantinha-se viva na consciência dos operadores jurídicos a constatação de que a fórmula terceirizante sempre tendeu a viabilizar, na prática do mercado de trabalho, a adoção de um tratamento socioeconômico e jurídico substantivamente diferenciado ao trabalhador terceirizado, em contraponto com os empregados da empresa tomadora de serviços. Noutras palavras, o tratamento substantivamente diferenciado que até mesmo a terceirização lícita deferia ao trabalhador, em comparação aos empregados da empresa tomadora dos

serviços, também levava os operadores do Direito a indagarem se a fórmula terceirizante, na verdade, não estaria conspirando contra princípios isonômicos básicos insculpidos na ordem jurídica do país.⁶⁵

A solução jurídica encontrada pela jurisprudência para tais casos é a busca pela garantia da isonomia remuneratória no núcleo da relação jurídica terceirizada, conservando-se o não-reconhecimento da relação de emprego com a entidade tomadora de serviços. Assim, seguimos os preceitos isonômicos que determina nossa Carta Magna em seu art. 5º, *caput*, e inciso I, bem como não ofendemos, para os casos específicos em que esta modalidade de relação trabalhista se desenvolve junto à Administração Pública, a vedação constante do art. 37, II e § 2º da CF/88, não permitindo a manutenção do instituto de forma a se malferir o valor social do trabalho (art. 1º, IV; art. 3º, III; art. 170, *caput*, todos de nosso Diploma Superior).

Assim não se há de negar as conquistas históricas em prol da moralidade e probidade administrativas as quais encontram-se disciplinadas, em sua maior parte, no art. 37 de nossa atual Carta Magna, coadunando-se esta regra com a isonomia, trazida pelo art. 5º, através do sopesamento racional, propiciado pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios da terceirização ilícita, resguardando-se a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Desta forma, para se operacionalizar o acima disposto, deve-se garantir ao obreiro ilicitamente terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que exerça as mesmas funções daquele na entidade de caráter público tomadora de serviços, ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica desempenhada pelo terceirizado, contudo, por expressa vedação constitucional, não haverá a retificação da Carteira de Trabalho e Previdência Social. Há aqui a aplicação da Súmula 363 do TST, a qual dispõe:

363. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo *direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS* (grifo nosso).

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 463.

Os mesmos dispositivos constitucionais citados acima também aplicam-se às hipóteses de terceirização lícita desenvolvidos no âmbito das relações econômicas privadas para se garantir a isonomia remuneratória aos terceirizados, muito embora não seja bem este o entendimento de nossos tribunais trabalhistas.

A análise da terceirização brasileira não nos permite esquecer que suas bases encontram-se fincadas na idéia de se utilizar desta forma de contratação como meio de se arregimentar mão-de-obra mais barata, à qual não se estenderiam todas as garantias sociais, reduzindo os custos da produção através da economia no pagamento das verbas trabalhistas de nítido caráter alimentar, prática que até hoje se reproduz, conforme nos mostra Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro:

Não se pode, entretanto, deixar de lamentar o fato de que ainda hoje existam empresários que utilizam a terceirização com o objetivo único de fraudar as normas tutelares do trabalho, por meio da redução de direitos dos empregados. Neste particular, é extremamente importante ressaltar a eficaz atuação da fiscalização do Ministério do Trabalho que, diante das hipóteses de fraude à lei com que se defronta no dia-a-dia, não se quedou inerte.⁶⁶

Contudo, é constitucionalmente vedada a distinção entre o trabalho manual, o técnico e o intelectual ou entre os profissionais respectivos, conforme estabelece o art. 7º, XXXII de nossa Carta Magna, dispositivo este que praticamente repete o trazido pela CLT no parágrafo único de seu art. 3º. Demonstra-se, assim, a opção feita por nossa ordem jurídica de tratar igualitariamente os obreiros, desde que exerçam as mesmas funções, independentemente de seu empregador não ser o mesmo, devendo-se garantir o salário equitativo, o qual será hábil a assegurar a correspondência isonômica entre os respectivos profissionais.

A lei autorizadora da hipótese de terceirização temporária, Lei 6.019/74, em seu art. 12, traz regra no sentido de se garantir ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria profissional da empresa cliente. Assim, tendo-se em vista a autorização da equiparação salarial para as terceirizações temporárias, que, em tese, por seu caráter transitório, trazem menor prejuízo aos obreiros envolvidos, qual a razão de se sustentar tratamento diferenciado

⁶⁶ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 67.

aos terceirizados de forma permanente, onde os malefícios de tal prática são tão notoriamente sentidos?

A verdade é que garantir-se a equidade salarial aos trabalhadores exercentes das mesmas funções em uma empresa, independentemente da existência ou não de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, é evitar a deturpação do fenômeno terceirizante, não se admitindo sua utilização como veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho. É admitir-se a utilização desta estratégia administrativa de uma forma pura, buscando a extensão de efeitos benéficos as partes envolvidas, propiciando a dinamização do complexo produtivo, o aumento da qualidade e a redução no preço final do produtos, bem como a maior oferta de postos de trabalho e a disseminação de iniciativas aptas a propiciar inserção mais fácil no mercado de trabalhadores desejosos de assumir o senhorio de sua força de trabalho, como ocorre com as cooperativas.

O segundo ponto de desarranjo trabalhado por nossa jurisprudência a fim de mitigar o caráter prejudicial ao obreiro da terceirização foi o problema da responsabilidade pelas verbas trabalhistas oriundas da terceirização perpetrada.

A questão da responsabilidade da tomadora de serviços em sede do fenômeno terceirizante encontra seu nascedouro junto à lei 6.019/74. Há aqui a previsão da responsabilidade solidária da empresa cliente quanto às contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e a indenização pela ruptura do contrato, contudo, esta responsabilização só seria possível se a empresa de trabalho temporário falisse.

O regramento atual da responsabilidade em estudo encontra-se, como já tivemos a oportunidade de estudar, no inciso IV da Súmula 331 do TST. Este nos traz hipótese de responsabilização de certa forma mais abrangente que a prevista na Lei do Trabalho Temporário, uma vez que, embora tenha mudado a modalidade de responsabilidade da empresa tomadora para subsidiária, abrange todas as obrigações trabalhistas, aplicando-se, inclusive, às entidades da Administração Pública que irregularmente contratarem empregados terceirizados.

(...) a jurisprudência, nos últimos anos, avançou, significativamente, na compreensão da temática responsabilizatória em situações de terceirização. Aqui, o avanço já está, essencialmente, consolidado, ultrapassadas as fases de maior incerteza sobre a interpretação da ordem jurídica. Esse avanço expressa-se no texto da Súmula 331, IV, do TST – súmula que produziu uma revisão do antigo Enunciado 256 (o qual ainda silenciava sobre o problema da responsabilidade). Pela nova súmula, ficou esclarecido que “o inadimplemento das obrigações, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.⁶⁷

Utilizando-se analogicamente de dispositivos do Direito do Trabalho, tais como o art. 16 da Lei 6.019/74; art. 2º da CLT, o qual trata da assunção, pelo empregador, dos riscos inerentes à atividade econômica; ou art. 8º, o qual fala dos mecanismos de integração jurídica em face da ausência de dispositivo legal a disciplinar a matéria; ou de dispositivos pertencentes ao Direito Comum, arts. 186 e 187 do CC/2002, os quais tratam da delimitação dos atos ilícitos; ou da prevalência no ordenamento jurídico do valor-trabalho e, por consequência, dos créditos trabalhistas, traduzidos de forma meramente exemplificativa pelos arts. 1º, III e IV; art. 3º, I, parte final, III, parte inicial, e IV, parte inicial; art. 4º, II; art. 6º; art. 7º, *caput*, VI, VII, X; art. 100; art. 170, III, todos pertencentes à Constituição Federal de 1988; o certo é que a jurisprudência não poderia deixar de pesquisa por soluções a conferirem eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização.

Desta forma, a regra do inciso IV da Súmula 331 do TST, sem nenhuma dúvida, aplica-se a todas as hipóteses de terceirização desenvolvidas junto a nossa ordem jurídica, inclusive para os casos de Trabalho Temporário (Lei 6.019/74), aplicando-se a todas as atividades, inclusive às estatais, sem qualquer distinção.

Renato Henry Sant’Anna assim resume a problemática atinente às vantagens e desvantagens da flexibilização trabalhista, que muito se concatena à terceirização:

Entendo, porém, que o fenômeno da flexibilização não pode ser visto de forma polarizada, como acima exposto: a) solução de todos os problemas do mercado de trabalho; ou b) caos neoliberal engendrado apenas para prejudicar o trabalhador. Encarar a flexibilização, enquanto fator de diminuição de direitos trabalhistas, como salvação da economia nacional ou como forma de incremento nos níveis de emprego é, no mínimo, simplismo. Melhor seria possibilitar e incentivar o crescimento econômico, permitindo que todos os trabalhadores tivessem acesso a empregos com níveis mínimos de direitos

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 467.

trabalhistas. Por outro lado, em favor da chamada flexibilização, existem situações em que efetivamente é necessária uma maior liberalidade na criação e interpretação das normas trabalhistas, principalmente em razão de crises passageiras, alterações tecnológicas ou tipos específicos de atividade econômica.⁶⁸

⁶⁸ SANT'ANNA, Renato Henry. **Flexibilização no Direito do Trabalho Rural**. In GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto et all. (organizadores). *“Direito do Trabalho Rural”* 2ª- edição. São Paulo:LTR, 2.005, pág. 140.

5. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Análise da Súmula 331 do TST nos deixa bastante explícito o entendimento deste Tribunal Superior acerca da contratação de trabalhadores por empresa interposta, a qual só é admitida apenas em caráter excepcional. Desta forma, objetiva nossa mais alta corte trabalhista evitar a prática da *marchandage*. O presente tópico abordará importante distinção que tomou lugar junto à ordem justralhista, a qual explicita a dicotomia ínsita ao instituto da terceirização, qual seja, a que divide o fenômeno em estudo em terceirização lícita e ilícita.

A discussão acerca da licitude da terceirização conta como seu principal argumento em favor de sua existência o de que inexistente lei proibindo sua implementação, uma vez que no Brasil vigora o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, também poderíamos nos referir a princípios de nossa Carta Magna que embasam o fenômeno, tais como o da valorização do trabalho, da livre concorrência, do tratamento privilegiado para as empresas de pequeno porte, da busca do pleno emprego e etc., bem como não há de se negar a existência de diversos dispositivos legais esparsos autorizadores deste fenômeno.

A primeira manifestação desta estratégia administrativa no mundo jurídico, qual seja, a das terceirizações lícitas, divide-se em quatro situações bem delineadas, cuja previsão se encontra nos incisos da Súmula 331 do TST. A primeira, encontrada no inciso I do referido enunciado jurisprudencial, se compõe das situações empresariais que autorizam contratação de trabalho temporário. Refere-se a forma de contratação trabalhista prevista na Lei 6.019/74, devendo, no caso concreto, estarem presentes a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se tratar de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviço desta, bem como deve-se obedecer as demais formalidades presentes na Lei do Trabalho Temporário, como, por exemplo, o lapso temporal máximo de três meses, sob a pena de constituição do vínculo empregatício com a empresa cliente.

A segunda hipótese para a licitude da terceirização está contida no inciso III da referida súmula e refere-se às atividades de vigilância (Lei 7.102/83). Maurício Godinho Delgado faz importante observação acerca da ampliação, para fins terceirizantes, trazidas pela novo enunciado jurisprudencial do TST:

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de Súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos casos previstos na Lei n. 7.102/83, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, atividades de vigilância. Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização.⁶⁹

Vigilante não é vigia. Este é empregado não dotado de especialização ou, no máximo, semi-especializado, que se vincula ao próprio ente tomador de seus serviços, inserindo-se na categoria profissional definida pela atividade deste, como podemos aferir facilmente através de nossas vivências práticas onde exemplos são abundantes, tais como os que trabalham em condomínios, em guardas de obras, em pequenas lojas e etc. Por sua vez, o vigilante é membro de categoria profissional especial, diferenciada da do tomador de serviços, submetendo-se a regras próprias não somente no tocante a formação e treinamento da força de trabalho como também à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial.

A terceira forma de terceirização lícita também está prevista no inciso III da Súmula 331 do TST, são caracterizadores desta hipótese as atividades de conservação e limpeza, práticas que estão entre as primeiras a serem terceirizadas no setor privado a despeito da total ausência de previsão à época em que vigorava a Súmula 256 do TST, muito embora a Lei 5.645/70 tenha permitido a incidência desta forma de terceirização para a Administração Pública.

A última hipótese de terceirização lícita prevista pela Súmula 331 do TST é a que trata dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços. O enunciado jurisprudencial em análise não especifica quais seriam estas atividades,

⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 439.

apenas podemos aferir que compartilham a característica de serem atividades que não se ajustam ao núcleo da atividade empresarial do tomador de serviços, a sua atividade-fim.

Reconhecendo o citado rol de formas de se proceder à terceirização lícitamente, Sérgio Pinto Martins reconhece ainda as práticas da empreitada (art. 610 do Código Civil de 2002); da subempreitada (art. 455 da CLT); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme redação da Lei Complementar n° 56 ao Decreto-lei n° 406, pois tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei 4.886/65); do estagiário, de modo a lhe propiciar a complementação do estudo mediante a interveniência obrigatória da instituição de ensino (Lei 6.494/77); o trabalho em domicílio, desde que feito sob a forma de contratação de autônomos para prestarem os serviços; e de serviços médicos por empresa conveniada, permissão esta de forma reflexa feita pela Súmula 282 do TST.⁷⁰

A empresa prestadora de serviços necessita, assim, especializar-se em determinada atividade, devendo esta corresponder à atividade objeto do contrato de terceirização. Isto nada mais é do que simples decorrência do próprio conceito do fenômeno ora estudado em que a empresa cliente entrega a outra a execução de serviços secundários, de mera execução, com a finalidade de se concentrar esforços naquela atividade centro de seus interesses.

É necessário, por conseguinte, cuidado com empresas que se dispõem a prestar serviços terceirizados, mas que têm objetos sociais os mais diversificados, englobando uma miscelânea de atividades. Nestes casos, a probabilidade de ocorrência de fraudes é muito alta, pois quando vários objetos aparecem no objeto social, há forte indício de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão-de-obra, especialmente se houver finalidade lucrativa.

Preocupando-se com a licitude das terceirizações, a Súmula 331 do TST referiu-se a serviços especializados, objetivando coibir o seu desenvolvimento generalizado e fraudulento. Neste sentido, há também a aposição de dois requisitos salutarés a não configuração do vínculo empregatício, quando se verifica a terceirização por meio de

⁷⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 142.

serviços de vigilância, de atividades de conservação e limpeza e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, quais sejam, a inexistência da pessoalidade e da subordinação direta.

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando o é nas dependências do tomador. Os prestadores de serviço da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois são especialistas no que irão fazer.⁷¹

Portanto, é preciso salientar que o contrato de terceirização firmado entre a empresa tomadora e a cliente não leva em conta os empregados de forma específica. Há a contratação de determinada tarefa que poderá ser realizada por qualquer dos empregados daquela, não podendo a tomadora exigir nenhum em particular, não sendo aconselhável a manutenção de um mesmo trabalhador terceirizado ao longo de todo o contrato, porquanto se trate de profissional cujos amplos conhecimentos da atividade traduzam no incremento da agilidade e da produtividade do negócio, conforme demonstra Apoliano Ribeiro em sua tese de mestrado:

(...) nos contratos de terceirização não interessa ao tomador a pessoa que vai executar os serviços, o que interessa é apenas a perfeita execução destes. Também não interessa a quantidade de trabalhadores que será utilizada na execução dos serviços, mas sim que estes sejam executados na forma contratualmente estipulada. A prestadora poderá substituir seu empregado a qualquer tempo, ao que a tomadora não poderá se opor. A prestadora se obriga apenas a manter em execução os serviços para os quais foi contratada. Por seu turno, o empregado da prestadora também deve estar ciente de que poderá vir a exercer suas atividades em outra tomadora, estando impossibilitado de exercer qualquer oposição contra isso.⁷²

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 143.

⁷² RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 75 e 76.

Assim, a jurisprudência permite a terceirização apenas quando é modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, respondendo a empresa terceirizante pela direção dos serviços efetuados pelos seus empregados no estabelecimento da empresa tomadora, devendo obedecer a prepostos daquela para que não se caracterize o vínculo trabalhista. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa cliente dos serviços terceirizados.

Também não condiz com o conceito de terceirização a direção dos serviços por parte da tomadora. Ora, se a tomadora justifica o uso da terceirização precisamente com objetivo de se livrar da supervisão daquelas atividades consideradas de suporte (conhecidas como atividades-meio), para que se possa concentrar em sua atividade-fim, não há como se aceitar a idéia de que, após a adoção da terceirização de serviços, a tomadora continue dirigindo os trabalhos dos empregados da prestadora.⁷³

O trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/74 e previsto pelo inciso I da Súmula 331 do TST, apresenta-se como exceção a esta regra, uma vez que há a inserção do trabalhador temporário na cadeia produtiva da empresa tomadora, substituindo trabalhador permanente temporariamente afastado ou cumprindo serviço extraordinariamente acrescido. Existe, assim, a integração plena do obreiro temporário na dinâmica da própria empresa cliente de seus serviços, decorrência lógica das próprias hipóteses de incidência legalmente previstas para o instituto.

Salutar nos faz aqui abordar que os requisitos da pessoalidade e da subordinação direta, quando para ensejar a configuração do vínculo empregatício, podem aparecer conjuntamente ou não, pois a simples existência de um destas duas hipóteses tem o condão de, por si só, eivar de ilicitude a relação jurídica de terceirização. Isto acontece porque aqueles dois requisitos não se harmonizam com a idéia da terceirização, pois nesta o que interessa é que o serviço seja executado com perfeição, não importando quem o executou. Ao tomador do serviço é irrelevante a identidade do agente que desempenha a atividade, dado que o fim ajustado se limita a obtenção do resultado material pactuado.

Sérgio Pinto Martins leva esta problemática para além das hipóteses estabelecidas jurisprudencialmente:

⁷³ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 78.

(...) A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores. ... É possível fazer uma síntese de que a terceirização ilícita implica a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão-de-obra mais barata, com redução de salário e desvirtuamento da relação de emprego, e também a escolha de parceiros inadequados, quando inidôneos financeiramente. Já na terceirização lícita, nota-se que a empresa dedica-se a um número menor de atividades, há menor desperdício no processo de produção, desconcentração da mão-de-obra, o que importa, muitas vezes, até condição vital de sobrevivência para a empresa, com a diminuição de custos, porém inexistente relação de emprego, visto que o elemento subordinação não está presente.⁷⁴

Por fim, excetuando-se as quatro hipóteses de terceirização previstas nos incisos da Súmula 331 do TST, quais sejam, o trabalho temporário, serviços de vigilância, atividades de conservação e limpeza, e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, necessitando ainda estar ausentes, para os três últimos casos, a pessoalidade e a subordinação direta, não há nenhuma outra modalidade de prestação de serviços a empregador que não se insira na fórmula clássica da relação trabalhista preconizada nos arts. 2º e 3º da CLT. Não perquire aqui se a empresa terceirizada é ou não lícitamente constituída e patrimonialmente idônea, fatos que pouco importam a configuração da relação de emprego. Por fim, podemos concluir que, afora aqueles casos excepcionais enunciados no início deste parágrafo, qualquer outra hipótese que se afigure a terceirização terá de ser tida como ilícita.

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 142 e 146.

6. TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização, quando praticada junto à Administração Pública, apresenta regramento diferenciado em virtude do intenso teor valorativo circundante desta última, o qual é fruto da evolução do Direito Administrativo em prol da moralidade estatal. É bem verdade que a autorização de práticas terceirizantes junto às atividades exercidas pelo Poder Público não deixa de ser uma válvula para a ocorrência de casos de corrupção, contudo não deixa de ser uma oportunidade para o Estado destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas que poderão exercê-las de maneira mais eficiente e barata, como ocorre com a terceirização da coleta de lixo e o serviço de transporte público, ambas atividades desempenhadas mediante sistema de concessão ou permissão, contratações estas que são, em regra, precedidas de concorrência pública.

Sérgio Pinto Martins justifica a ocorrência da terceirização na Administração Pública como forma de reduzir

(...) a burocracia estatal, procurando desenvolver apenas a atividade em que é especializado, deixando atividades secundárias nas mãos do particular, que é mais eficiente. Mostra também uma forma de realocação de receitas para o cumprimento das reais responsabilidades, do Estado, com a diminuição de custos. O Estado acompanhará a terceirização mediante contrato de gestão com o terceirizado, de modo a fiscalizá-lo e verificar se o serviço está sendo feito corretamente e em prol da comunidade.⁷⁵

A própria Constituição Federal de 1988 autoriza a contratação de particulares para exercerem tais atividades, podendo serem citados aqui o art. 37, XXI, que permite a terceirização, desde que haja lei específica prevendo licitação e regras para os contratos; bem como o art. 175, possibilitando a prestação de serviços estatais diretamente por terceiros, mediante concessão ou permissão, nunca descuidando da intermediação de licitação.

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., p. 128.

Contudo, objetivando garantir os princípios básicos que regem a Administração Pública, verdadeiros freios à ingerência dos maus governantes, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nossa Carta Política, em seu art. 37, *caput*, II e § 2º, estabelece requisito inafastável para a investidura em cargos ou empregos da Administração Pública direta, indireta e fundacional, sob a pena de nulidade do ato de admissão efetuado sem a observância deste: a aprovação prévia em concurso público de provas e de provas e títulos. Há aqui, de forma bem clara, a constituição de expresso obstáculo ao reconhecimento do vínculo juslaboral com os entes públicos, mesmo em hipóteses de terceirização ilícita.

Nosso Diploma Superior explicita, assim, que a forma passou a ser requisito essencial ao ato de admissão de trabalhadores em entes estatais, não se cogitando a formação de vínculo empregatício com órgãos de todas as esferas da Administração Pública, mesmo em hipóteses de flagrante ilegalidade, como é o que ocorre com a terceirização ilícita.

O que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em favor de toda a sociedade, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares.⁷⁶

O constitucionalmente exposto se disseminou jurisprudencialmente, sendo absorvido pela Súmula 331 do TST, em seu inciso II, o qual os diz que “a contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional”, dicção que dá ensejo a três diferentes interpretações.

A primeira, mais extrema, preconiza que, à medida que a terceirização ilícita promovida por entidades estatais não gera vínculo justralhista, como decorrência da expressa vedação constitucional, não seria devido ao trabalhador envolvido nesta contratação irregular qualquer diferença juslaboral. Não se nega aqui comunicação remuneratória à terceirização ilícita, mas sim à prática trabalhista ilícita, em evidente benefício dos sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada, o que é inconcebível, uma

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 446.

vez que o trabalhador, normalmente, insere-se neste processo desconhecendo as circunstâncias ilícitas que o rodeiam, impulsionado pela necessidade de garantir sua sobrevivência e de seus familiares, e, de acordo com esta vertente, será o único prejudicado, permitindo o enriquecimento indevido dos demais envolvidos.

A segunda interpretação situa-se em ponto diametralmente oposto à primeira, pecando pelo excesso benéfico, pois, desejando evitar as injustiças perpetradas pela corrente apresentada acima, desrespeita a vedação constitucional, uma vez que entende que a prática ilícita não pode beneficiar a entidade estatal tomadora de serviços, beneficiária econômica do trabalho irregularmente prestado, reconhecendo o vínculo empregatício entre ela e o trabalhador terceirizado. Deste modo, considera a situação de terceirização ilícita não diferente do padrão estabelecido para as nulidades do Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns do ramo *juslaboral*: convalidação de todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal cliente dos serviços terceirizados, o qual assume a posição de empregador do trabalhador irregularmente contratado desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira vertente alcança o meio termo entre suas duas predecessoras, tendo o mérito de congregar seus pontos positivos, tais como garantir o cumprimento da vedação constitucional expressa no art. 37, *caput*, II e § 2º, da CF/88, garantindo-se a não formação do vínculo empregatício com as entidades estatais envolvidas em terceirizações ilícitas, por faltar a estas contratações o cumprimento da exigência ao atendimento da regra constitucional do concurso público de provas e de títulos como elemento que lhes dê legalidade, e de buscar alternativas para que este ilícito laboral não favorecesse de maneira exagerada aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Contudo, ainda apresenta alguns pontos falhos, como o fato de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito, bem como sente a dificuldade de harmonizar a proibição de contratação sem a satisfação da exigência do concurso público com vários dispositivos constitucionais preconizadores da isonomia.

A corrente intermediária tornou-se, nos últimos anos, relativamente prestigiada na jurisprudência. Ela considera que o primeiro passo para interpretar-se a ordem constitucional e *juslaborista* é não se negar validade e eficácia à Constituição – como se o Direito do Trabalho fosse um *superdireito*, imune a qualquer influência ou comando retificador de sua rota,

mesmo quando oriundo do documento político e jurídico maior de uma nação. De fato, a esse respeito não há dúvida de que a Carta de 88 estabelece firme e clara diferenciação entre entidades estatais e privadas no que tange à solenidade de contratação de força de trabalho. Nas primeiras, o requisito do concurso público é inarredável (art. 37, *caput*, II e § 2º, da CF/88), sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida (§2º do art. 37, CF 88). A menos que se considere a restrição do art. 37 produto de *norma constitucional inconstitucional*, por afrontar o preceito genérico do art. 5º, *caput* – o que não parece razoável, neste caso –, tem-se que se conferir eficácia à restrição do concurso público. No sentido de conferir tal eficácia é que se compreende a interpretação proposta pela Súmula 331, II, TST.

Entretanto, para a corrente intermediária permaneceria o dilema de compatibilizar-se, harmonizar-se a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e §2º, CF/88) com inúmeros outros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória obedecida. Cite-se, ilustrativamente, o princípio isonômico central do art. 5º, *caput*, da mesma Constituição (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”); ou ainda o princípio que é lançado também no art. 5º, I, da Carta Magna (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”). Afinal, como efetivar-se a necessária compatibilização de regras e princípio se se estiver, no caso concreto, diante da circunstância de prestação concomitante de igual trabalho tanto por empregado direto como por trabalhador ilicitamente terceirizado, na mesma entidade estatal?⁷⁷

Sérgio Pinto Martins assim expõe suas razões para filiar-se à primeira posição:

Filiamo-nos à primeira corrente, que parece ser a minoritária na jurisprudência. A falta de concurso público é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode ignorar a lei. Mandando-se pagar as verbas trabalhistas, porém sem anotação na CTPS do trabalhador, não se estaria reconhecendo o vínculo de emprego, embora, contraditoriamente, se estivesse determinando o pagamento de verbas rescisórias ... Quando, v.g., não se reconhece o vínculo de emprego, pois a empresa alega que o trabalhador era autônomo, não se manda pagar os dias trabalhados ou as verbas rescisórias. Logo, na relação com a Administração também não se poderia fazê-lo.⁷⁸

Há evidente dificuldade de se harmonizar preceitos que traduzem a isonomia, tais como os previstos no *caput* do art. 5º e no inciso I deste, bem como o vedatório do tratamento diferenciado entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII da CF/88) com a proibição de ingresso no serviço público para os que não se submeteram a exigência constitucional do concurso público. Não se afiguraria, em situações outras, que não envolvessem o Estado como parte, justo dar tratamento diferenciado a dois trabalhadores, exercentes da mesma função, no mesmo local, apenas por possuírem empregadores diferentes. Contudo, a

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 447 e 448.

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 132.

regra do art. 37, II e § 2º de nossa Carta Magna nada mais é que o produto da evolução legislativa na luta pela probidade, eticidade e moralidade administrativas.

O trabalhador contratado por uma empresa prestadora, terceirizada, para prestar serviços em uma empresa estatal, investida nas funções de tomadora de seus serviços, não pode ser atropelado, discriminado, em seus direitos, por normas constitucionais (art. 37, II, CF/88) e por normas infraconstitucionais (art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93), diante do princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I, CF/88), protegido como cláusula pétrea pela nossa Carta Magna. A ele não cabe o ônus de responder pelas consequências de uma decisão judicial tomada com base em dispositivos legais isolados ...⁷⁹

Valcir Bispo dos Santos, analisando o fenômeno da terceirização como meio de criação de tratamento desigual entre trabalhadores da Companhia Vale do Rio Doce, antes de sua privatização, nos mostra os malefícios, no caso concreto, trazidos pela matéria, denunciando que

A radicalidade com que é produzido o processo de terceirização e flexibilização do mercado de trabalho e das relações de trabalho conduzem a determinada polarização do mercado de trabalho em Carajás, se distinguindo um segmento com maiores garantias de estabilidade no emprego, de vantagens sociais e salários mais elevados. No outro extremo, um segmento formado por maior número de trabalhadores, sujeitos a relações de trabalho mais “precárias”, direitos sociais reduzidos e salários menores. É interessante notar que, se esta distinção é notória no que se refere a condição de estabilidade no emprego e direitos sociais dos trabalhadores, ela já não parece tão evidente quando se observa a situação no interior do processo de trabalho em que parece ser comum aos *trabalhadores subcontratados* exercerem funções similares às realizadas por trabalhadores da CVRD.⁸⁰

O afastamento de tais efeitos maléficos ao trabalhador irregularmente contratado somente se dará, garantindo-se a ele todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços, ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho, uma destas hipóteses apenas, não havendo de se falar em retificação das anotações feitas na CTPS, devido à vedação expressa de nossa Constituição.

⁷⁹ FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 262.

⁸⁰ SANTOS, Valcir Bispo. Mercado de Trabalho, Terceirização e Segregação Social em Carajás. In: CARLEIAL, Liana (Org.) e VALLE, Rogério (Org.). **Reestruturação Produtiva e Mercado de Trabalho no Brasil**. São Paulo: Hucitec-Abet, 1997. p. 334-356.

Não obstante pese em contrário a existência do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 o qual estabelece que a inadimplência do contratado, com referência às dívidas trabalhistas e de outra natureza “não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, não é esta o entendimento jurisprudencial dominante, e sim o exposto, o inciso IV da Súmula 331 do TST estabelece a responsabilização dos entes estatais pelas contratações irregulares, frutos da terceirização ilícita. Assim, de acordo com o citado dispositivo “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”, até mesmo como forma de evitar o locupletamento ilícito da parte tomadora dos serviços obreiros, conforme nos demonstra Apoliano Ribeiro:

Notamos que o Enunciado 331 foi editado em dezembro de 1993, quando já se achava em vigor a Lei de Licitações, e acertadamente não excepcionou o Estado e suas entidades no tocante à responsabilização em contextos terceirizantes (item IV do Em. 331). De fato não se poderia acolher tal exceção, já que esta não se encontrava autorizada pela Constituição Federal vigente.

A exceção prevista no art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 desrespeita frontalmente o clássico preceito constitucional responsabilizador das entidades estatais (a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, insculpida desde 1946 nas constituições brasileiras). A responsabilidade objetiva do Estado foi mantida e ampliada pela Constituição Federal de 1988, pois passou a abranger também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º da CF/88).⁸¹

A responsabilidade subsidiária surge como uma forma de se harmonizar o impedimento para a constituição do vínculo empregatício com a Administração Pública, devido a ausência de aprovação em concurso público por parte do trabalhador, bem como não o deixa totalmente desamparado, ao mesmo tempo que se evita o enriquecimento ilícito por parte do Estado e da empresa terceirizada, pois o referido item do enunciado jurisprudencial 331 do TST autoriza que o empregado demande primeiramente contra este e, em vista do inadimplemento, total ou parcial, poderá buscar o judiciário para que a Administração Pública arque com as verbas trabalhistas devidas, no dizer de Fernando Basto Ferraz:

⁸¹ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004, p. 178.

Está, portanto, caracterizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos do inciso IV da Súmula n. 331, do TST, até porque como hipossuficiente o trabalhador tem a sua remuneração como de natureza alimentar.

Não será a ausência do concurso público, previsto no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, que a Administração Pública, na condição de tomadora de um trabalho terceirizado, estará isenta em ter que assumir o ônus da contraprestação da força de trabalho despendida pelo trabalhador. Além disso, a prestação de serviços a ente público sem concurso, até a data da declaração de sua nulidade, garante ao trabalhador todos os direitos mínimos assegurados pelo art. 7º da Carta Magna.⁸²

Necessário, por fim, faz-se delimitar o alcance do dispositivo jurisprudencial, informação esta que se encontra em outro enunciado do TST, qual seja, o de número 363, que, conforme já estudamos linhas acima, estabelece serem devidas apenas as verbas referentes a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

⁸² FERRAZ, Fernando Basto. Op. Cit., p. 263 e 264.

7. ASPECTOS PROCESSUAIS

7.1. COMPETÊNCIA

A análise do antigo *caput* do art. 114 da Constituição Federal de 1988, em conjunto com outros textos constitucionais precedentes, já admitia ser o foro competente para processar e julgar as lides trabalhistas o da Justiça do Trabalho, pois há a relação de emprego com a empresa terceirizante e a de trabalho *lato sensu* com a tomadora de serviços.

A matéria se coloca desta forma, pois, sob a égide do pregresso art. 114 da CF/88, havia duas espécies de competência em sede de relações trabalhistas: a própria e a imprópria. A primeira, vinculando-se à relação de emprego, enquadrando-se aqui a terceirização, atraía, por decorrência lógica, o nexo de responsabilização com a entidade tomadora dos serviços. Desta forma, qualquer vínculo de terceirização, desde que envolvesse pretensão relativa à relação empregatícia, sempre se manteve no campo da competência da Justiça do Trabalho.

Já a competência imprópria, por sua vez, envolve as outras relações trabalhistas em sentido amplo, a competência da justiça trabalhista, nestes casos, dependia de comando legal específico, “(...) na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (...)”, como estipulava o antigo art. 114 de nossa Carta Magna, por exemplo.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 teve o condão de alargar o campo de competência da Justiça do Trabalho, dotando-a da capacidade para processar e julgar as lides trabalhistas, sem a necessidade da ressalva legal para que isto aconteça, retirando este ramo especializado da justiça federal do antigo patamar, quando era conhecida como “Justiça do Emprego”. Desta forma, de acordo com a nova redação do art. 114, a Justiça do Trabalho abrange não só as relações empregatícias, como também qualquer relação de trabalho conexa à terceirização.

Assim, a alteração da competência constitucional material da Justiça do Trabalho pela Reforma do Poder Judiciário quanto aos tipos de vínculos de trabalho que podem se submetidos á sua apreciação, reside num ponto: a competência que era para dissídios entre trabalhadores e empregadores, passa a ser para ações oriundas da relação de trabalho, não se limitando mais a questões de trabalho contra empregadores, mas de todo prestador pessoa física contra todo tomador do trabalho da pessoa física, o que abrangerá prestações de serviços autônomos, serviços eventuais e outros tipos, mudança que vai exigir algum tempo para que possa ser devidamente assimilada.

Por fim, importante notarmos que a competência do ramo juslaboral da Justiça Federal se mantém mesmo se em um dos pólos figurar a Administração Pública, conforme nos mostra Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro:

Mesmo figurando como a litisconsorte passiva, a Fazenda Pública, a competência não se desloca para a Justiça Comum, permanece com a especializada. Embora não haja dúvidas quanto ao liame cível que envolve a tomadora e a prestadora de serviços, certo é que a relação de ambas com o empregado decorre do contrato de trabalho, donde exsurge a competência da Justiça do Trabalho. Tratando-se de responsabilidade subsidiária decorrente de dissídio entre empregado e empregador, está a se discutir a relação de emprego e suas conseqüências. Assim sendo, a competência para processar e julgar a demanda é da Justiça do Trabalho, na forma do art. 114 da Carta Política.⁸³

Maurício Godinho Delgado nos ensina que situação que nunca suscitou dúvidas de monta junto à doutrina foi a do trabalho temporário, pois

(...) enquadrando-se como de emprego a relação entre o trabalhador temporário e a respectiva empresa terceirizante, a competência para conhecer e julgar suas lides situava-se na Justiça do Trabalho. Neste aspecto, o texto da Lei n. 6.019/74, enfatizando tal competência (art. 19), era, em substância, redundante.

De todo modo, a referência legal mencionada justificava-se, do ponto de vista histórico: é que a terceirização constituía, na década de 1970, processo em início de generalização no país, tendo havido, inicialmente, até mesmo certo questionamento sobre a natureza empregatícia (ou não) do vínculo entre os sujeitos do contrato de trabalho temporário. A par disso, despontava também neste quadro a relação responsabilizatória com o tomador de serviços (art. 16, Lei n. 6.019/74). Evitou-se, assim, uma possível controvérsia sobre a competência judicial.⁸⁴

⁸³ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 181.

⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 461.

7.2. LITISCONSÓRCIO

O litisconsórcio se forma quando mais de uma pessoa integra um dos pólos da lide processual. Há, assim, a possibilidade de cumulação de sujeitos no pólo ativo (litisconsórcio ativo), quando esta pluralidade ingressa com a ação, bem como no passivo (litisconsórcio passivo), quando a pluralidade de pessoas é demandada processualmente.

Nossa Consolidação Trabalhista prevê apenas o litisconsórcio ativo em seu art. 842, contudo, isto não implica na impossibilidade de ocorrer hipóteses de litisconsórcio passivo, uma vez que nosso estatuto processual civil é aplicável, sem óbices, naquilo que não seja contrário a CLT, sendo esta aplicação subsidiária autorizada no art. 769 deste diploma.

Desta forma, pela análise do inciso IV da Súmula 331 do TST, verifica-se que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, incluindo-se aqui até mesmo os entes da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, somente será possível, para os casos de terceirização, se houver a presença deste como litisconsorte passivo na demanda trabalhista.

Maurício Godinho Delgado assim nos soluciona a questão:

A jurisprudência firmou que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em situações de terceirização, somente poderá ser declarada caso esse tomador componha também o pólo passivo da lide trabalhista instaurada. É o que resulta do texto da Súmula 331, IV, TST, que absorveu conduta processual semelhante à já incorporada em antiga súmula que tratava também de hipótese de responsabilização por verbas trabalhistas (trata-se do velho Enunciado 205, TST, que se referia a grupo econômico).⁸⁵

A hipótese aqui prevista, entretanto, é de litisconsórcio facultativo,

(...) pois não existe obrigatoriedade de figurar a tomadora dos serviços no pólo passivo da demanda, senão para que a execução possa também ser promovida contra esta. A fundamentação de integração da lide pela tomadora dos serviços pode estar circunscrita no inciso II ou no inciso IV, pois nos

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 461.

fatos que desencadearam a lide, estão presentes o trabalhador, a empregadora e a tomadora.⁸⁶

Justifica-se a integração da lide pela tomadora dos serviços terceirizados, pois esta beneficiou-se do labor do trabalhador, não devendo ser deixada impune pelo inadimplemento de seus créditos frente a sua responsabilidade pela culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Desta forma, se o trabalhador pretende que a tomadora seja também responsabilizada pelo pagamento de seus direitos, deve propor a ação de conhecimento condenatória contra a prestadora e a tomadora, permitindo a ambas o pleno exercício dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LV da CF/88), para que possam oferecer documentos e outros meios de prova que entenderam necessários à real e legítima prestação jurisdicional. Logo, se não houver integrado a lide, não poderá ser a tomadora obrigada a cumprir a decisão prolatada, e, menos ainda, sofrer constrição de bens para a satisfação dos referidos créditos trabalhistas.

7.3. ÔNUS DA PROVA

A regra geral para a fixação do ônus da prova, estabelecidas no art. 818 da CLT, estabelecem que “a prova das alegações incumbe a parte que as fizer”, sendo esta noção complementada pelo art. 333 do CPC, que, como não traz regra que contrarie nossa consolidação trabalhista, aplica-se subsidiariamente, conforme o disposto no art. 769 da CLT, estabelecendo que “o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito” e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

(...) a distribuição do ônus probatório no que se refere à terceirização, mais especificamente para fins de verificação da licitude ou não de sua prática e das consequências daí decorrentes, deve ser feita no seguinte sentido: ao trabalhador basta tão-somente afirmar que trabalhava em atividade-fim da tomadora ou que, embora trabalhasse em atividade-meio, havia personalidade ou subordinação direta com a tomadora. Nestas circunstâncias, o silêncio da tomadora implicará a veracidade dos fatos alegados pelo trabalhador (art. 844 da CLT e art. 319 do CPC). Por outro, se a tomadora de serviços contesta,

⁸⁶ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 182.

alegando que o trabalho se dava em atividade-meio ou que inexistia pessoalidade e subordinação direta, atrai para si o ônus de comprovar tais alegações, sob a pena de, não o fazendo, confirmarem-se os fatos trazidos a lume pelo trabalhador.⁸⁷

Vemos aqui, ao contrário do que muitos pensam, que, a despeito da existência do princípio da proteção ao trabalhador, não há a regra da inversão do ônus da prova, como acontece nas relações consumeristas, por exemplo. Rege-se o ramo trabalhista do Direito pelas regras gerais do processo comum, havendo aqui a necessidade de o tomador dos serviços terceirizados alegar em sua defesa que o trabalhador exercia suas funções em atividade meio e sem a presença da pessoalidade e subordinação direta, sob a pena de, caso estes fatos não sejam devidamente comprovados ou pela própria ausência de qualquer manifestação de defesa da empresa cliente, seja o vínculo empregatício caracterizado e esta seja responsabilizada de forma direta por todas as verbas existentes.

⁸⁷ RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. Op. Cit., p. 186.

CONCLUSÃO

O fenômeno da terceirização trabalhista, uma das formas de manifestação mais expressivas da flexibilização, é, hoje, um caminho sem retorno. O sistema capitalista, não contando com mais nenhuma oposição, desenvolve-se em ritmo acelerado, possibilitando um quadro de crescentes desigualdades sociais. A bem da verdade, estamos frente a um instituto que muito bem pode servir a fins benéficos ou maléficos, dependendo de seu agente manipulador.

Padecendo do mesmo mal que muitos outros institutos de singular utilidade ao ser humano, a terceirização, em um primeiro momento, foi pensada como uma técnica administrativa, visando propiciar a dinamização do processo produtivo, possibilitando a divisão mais harmônica do trabalho e o aprimoramento das atividades empresariais, pois permite ao empresário individual ou sociedade empresária focar-se apenas naquilo que constitui o cerne de sua produção, em sua atividade-fim, delegando a outrem aquelas de apoio, complementares, às atividades-meio, gerando um explícito barateamento dos produtos, juntamente com a melhoria de sua qualidade, bem como permite ao trabalhador o uso mais racional de sua mão-de-obra, através de sua especialização, e a criação de novos postos de trabalho através da criação de empresas de intermediação laboral.

O que se combate, na realidade, é a *marchandage*, a intermediação de mão-de-obra de forma ilícita cujo escopo principal é justamente possibilitar ao intermediador enriquecer-se indevidamente do labor do trabalhador, usurpando, assim, parcela significativa do aferido por seu esforço, sendo sua contribuição para tal de valor sensivelmente menor frente à quantia usurpada. Há, neste caso, prática de flagrante desrespeito à própria Carta Magna que preceitua rol principiológico de notória expressão protetiva dos trabalhadores, para citar alguns, o princípio da dignidade da pessoa humana, do primado do trabalho, da busca do pleno emprego, da função social da propriedade, da proteção ao trabalhador, dentre outros.

Não obstante ser esta uma das características mais presentes em nossa “Constituição Social”, assistimos perplexos aos crescentes posicionamentos doutrinários

e jurisprudenciais que refletem os interesses da classe dominante, fenômeno este conhecido como mutação constitucional, pelo qual os valores da classe empresária, no caso específico aqui da terceirização, inserem-se em nossa ordem constitucional, possibilitando novas interpretações as quais promovem uma alteração velada em nossa Lei Maior, permeando, assim, todo o ordenamento jurídico nacional, distanciando estas expressões legislativas da finalidade que lhes foi dada em seu nascedouro, abrindo espaço a perpetração de toda a sorte de iniquidades.

É justamente o que ocorre com os direitos e garantias sociais trazidas a partir do art. 6º de nossa Constituição. Estes preceitos trazem dispositivos que constituem verdadeiramente a espinha dorsal de nossa ordem jurídica, elementos indispensáveis a realização de diversos princípios constitucionais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, valendo-se para isto, como principal argumento, no apoio da mera literalidade do texto do art. 60, §4º, IV da CF, desprezando-se totalmente e de maneira injustificada os esforços de integração da nova hermenêutica constitucional, buscando um retorno ao liberalismo clássico, época na qual tratava-se de maneira igualitária as duas partes da relação trabalhista, não obstante sua desigualdade econômica, fórmula esta que já foi rejeitada historicamente.

Notórias são as dificuldades enfrentadas pela iniciativa privada em nosso país, a pesada carga tributária constitui-se em óbice que serve apenas para desestimular o crescimento econômico e tolher o nascimento de novas iniciativas. Neste quadro, em que a necessidade do trabalhador o faz abrir mão de sua dignidade como forma de se afastar o desemprego, possibilitando apenas sua mera subsistência, aliando-se ao fato de inexistir uma base econômica sólida, nossos empresários são obrigados a tudo para manter-se em suas atividades, fazendo opção por métodos de trabalho cujas raízes se encontram influenciados pela flexibilização trabalhista, dentre eles encontra-se a terceirização.

Contudo, o mais preocupante é que a Terceirização no Brasil, desde suas raízes com o trabalho temporário, encontra amparo social muito mais acentuado do que o conferido pela Lei, ou seja, a legislação regulamentadora do fenômeno em estudo encontra-se em um descompasso mais expressivo do que aquele que permite a própria ciência do Direito, a qual compreende a norma como o produto da valoração social de

determinados fatos. Assim, é evidente que o Direito sempre estará perseguindo os fatos sociais para regulamentá-los, pois não cabe ao legislador elaborar hipóteses abstratas para a incidência das normas, entretanto, o regramento historicamente conferido à terceirização, por si só, sempre foi casuístico e esporádico, circunstância inconcebível em se tratando de instituto tão impactante quanto este.

Estudamos aqui fenômeno que triparte a relação trabalhista clássica, ou seja, não há mais apenas dois pólos bem definidos, o patrão e o empregado, mas, sim, três, a empresa tomadora de serviços, a terceirizada e o trabalhador. Este novo modelo apresenta alterações profundas juridicamente, pois entre a empresa tomadora de serviços e o trabalhador, desenvolve-se relação fática de trabalho, e entre este e a terceirizada, a relação juslaboral. Assim, a tomadora de serviços, por meio de contrato de natureza civil, contrata a prestação de serviços de empregados vinculados juridicamente a esta, não se responsabilizando, em um primeiro momento, por nenhuma verba trabalhista.

Analisando a questão por este prisma é evidente que há margem a má utilização do instituto, fato notório a quem acompanha a mídia jornalística na última década. Contudo, mesmo frente a escândalos diuturnos envolvendo autoridades estatais, notadamente em nosso Estado do Ceará, em práticas de terceirização ilícita, o esforço mais significativo no sentido de regulamentar o fenômeno de forma uma e sistêmica partiu, na realidade, do Poder Judiciário, através da edição da Súmula nº 331 do TST. Este enunciado jurisprudencial, embora tenha avançado na compreensão jurídica do problema, ainda deixa algumas lacunas normativas, tais como a questão da isonomia salarial do empregado terceirizado em relação àqueles cujo vínculo juslaboral é direto com a empresa cliente, mesmo quando exercem as mesmas funções, bem como a ainda branda e ineficaz forma de responsabilização das tomadoras de serviços e das terceirizadas quando envolvem-se em casos de aplicação ilegal do instituto.

Neste ponto, estudamos que a responsabilização da tomadora de serviços é apenas subsidiária, ou seja, arcará a empresa cliente com aqueles créditos que primeiro não foram adimplidos pela empresa terceirizada, forma totalmente incompatível com a natureza alimentícia dos créditos laborais que demanda a celeridade e presteza do provimento jurisdicional. Há aqui uma injustificada dilação processual, pois somente

após o trabalhador ter esgotado as possibilidades da empresa terceirizada é que poderá demandar junto à tomadora, quando, na realidade, deveria ser garantido a ele cobrar seus créditos de qualquer das duas, pois é notório que na maioria dos casos a segunda é melhor estruturada, possuindo mais recursos para saldar tais débitos, devendo-lhe ser garantida o direito de regresso contra sua contratada.

É evidente, desta forma, a pungente necessidade de que esta regulamentação seja feita por lei que abranja todos os pormenores do instituto em estudo, trazendo segurança jurídica a este ramo das relações juslaborais de crescimento tão acentuado, bem como resgatando a credibilidade de suas formas de atuação que, devido ao excesso de utilizações fraudulentas perderam a respeitabilidade social, como o que ocorre com as cooperativas rurais.

Deve-se também formular reforma em nosso sistema sindical, uma vez que a Constituição Federal de 1988 deixou em suas mãos a negociação de pontos centrais da relação trabalhista, quais sejam, o salário e a jornada de trabalho, com a finalidade de que a flexibilização pudesse ocorrer através da negociação coletiva, dando, assim, aos trabalhadores, oportunidade de assumirem o protagonismo de sua própria defesa, não dependendo, de maneira imediata e em uma perspectiva local, de políticos muitas vezes compromissados apenas com seus próprios interesses. Contudo, o sindicalismo brasileiro ergue-se sobre bases que remontam à orientação fascista e ditatorial da “Era Vargas”, erigindo-se sobre o princípio da unicidade sindical e da existência da contribuição sindical compulsória, características eliminadas há muito em países desenvolvidos e que só trazem prejuízos aos próprios trabalhadores, retirando-lhes a força, deixando-os vulneráveis aos interesses do empresariado, economicamente mais poderoso.

Verificamos que, desde o final da década de 1960, é anseio da Administração Pública diminuir a extensão da máquina estatal, reduzindo seus custos, delegando atividades secundárias para que fossem exercidas por particulares, permitindo o incremento da qualidade e eficiência na prestação de suas atividades-fins. Contudo, vem sendo aqui a Terceirização berço de fraudes, contrariando os esforços moralizantes de nosso Direito, indo de encontro aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88), como solução para esta

questão encontramos o item IV da Súmula 331 do TST que estabelece a responsabilização subsidiária dos entes da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional quando envolvidos em hipóteses de Terceirização ilícita. Acertou o TST, neste caso, como forma de se respeitar a exigência constitucional de concurso público para ingresso no quadro dos agentes públicos, na vedação da extensão do vínculo empregatício com aqueles entes. Deve-se, contudo, buscar responsabilização mais severa no âmbito pessoal dos gerentes da coisa pública quando permitem que esta se envolva em tal situação de terceirização proibida, pois, no mínimo incidirá na modalidade culposa de responsabilização por ter escolhido mal a empresa contratada.

Infelizmente, enquanto não há vontade política de se regular legislativamente o fenômeno alvo de nosso estudo, este continuará sendo berço de perpetração de ingerências diversas, tanto no âmbito privado quando no público, ficando a cargo da jurisprudência e da doutrina darem bases mais justas a ele, fazendo prevalecer o caráter humanitário do Direito do Trabalho, bem como o respeito à dignidade humana, ponto central de nosso Estado Democrático de Direito. Não se trata aqui de se criar um obstáculo ao progresso, fazendo com que nossa ordem jurídica fique estacionada em um momento histórico pregresso, pelo contrário, deve-se sim permitir a circulação de riquezas, possibilitar que nossa nação se insira no contexto econômico internacional de forma mais dinâmica e eficiente, entretanto, deve-se propiciar, de forma concomitante, o desenvolvimento econômico e social, pois não se deve esquecer que o trabalhador ainda é peça indispensável no processo produtivo, devendo ser tratado com respeito, sob pena de o mundo presenciar o caos e a instabilidade semelhante ao vivido no início do processo de industrialização, entretanto, em proporções maiores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **ADEUS AO TRABALHO?** Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2.006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ: Senado: 1943.

BRASIL. Decreto nº 22.239 de 19 de dezembro de 1932. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1932.

BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 1967.

BRASIL. Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Brasília, DF: Senado, 1970.

BRASIL. Lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Brasília, DF: Senado, 1971.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Brasília, DF: Senado, 1974.

BRASIL. Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983. Brasília, DF: Senado, 1983.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256 de 30 de setembro de 1986. Resolução nº 4/1986, DJ 30.09.1986. Brasília, DF: TST, 1986.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331 de 21 de novembro de 1993 alterada pela Resolução nº 96/2000, DJ 18.09.2000. Brasília, DF: TST, 2000.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 342 de 20 de abril de 1995.
Resolução nº 47/1995, DJ 20.04.1995. Brasília, DF: TST, 1995.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363 de 19 de setembro de 2000.
Resolução nº 97/2000, DJ 18.09.2000 - Republicação - DJ 13.10.2000 - Republicação
DJ 10.11.2000 - Nova Redação – Resolução nº 111/2002, DJ 11.04.2002 - **Nova
redação** – Resolução nº 121/2003, DJ 21.11.2003. Brasília, DF: TST, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª-
edição. 2ª- reimpressão. Coimbra: Almedina, 2.006.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Seqüela**. São Paulo: LTr, 1997.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 16ª- edição. São Paulo:
Saraiva, 2.005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 edição. São Paulo:
LTr, 2.006.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do
Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **HERMENÊUTICA e Unidade Axiológica
da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto **Breves considerações sobre a história do Direito do
Trabalho no Brasil** in CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (organizador). **Curso de
Direito do Trabalho: Volume 1: teoria geral do Direito do Trabalho**. 1ª- edição. São
Paulo:LTr, 2.007, pág. 63.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo:
Editora Atlas S.A, 2001.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. 2ª- edição. São Paulo:
LTr, 2.005, pág. 609.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Cooperativismo e Direito do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 06 maio 2007.

RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A Terceirização de Serviços na Ordem Jurídica Brasileira**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004.

SANT'ANNA, Renato Henry. **Flexibilização no Direito do Trabalho Rural**. In GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto et all. (organizadores). *“Direito do Trabalho Rural”* 2ª- edição. São Paulo:LTR, 2.005.

SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **PLENO EMPREGO : nova política de empregos para o Brasil : redução de custos : elemento de competitividade internacional : breves considerações**, 27/11/06. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8494>>. Acesso em: 01 de maio de 2007, 07h27min.

SANTOS, Valcir Bispo. Mercado de Trabalho, Terceirização e Segregação Social em Carajás. In: CARLEIAL, Liana (Org.) e VALLE, Rogério (Org.). **Reestruturação Produtiva e Mercado de Trabalho no Brasil**. São Paulo: Hucitec-Abet, 1997. p. 334-356.