



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO LEANDRO SOUSA MIRANDA

**A INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE ATIVIDADE-MEIO COMO HIPÓTESE
CARACTERIZADORA DA LICITUDE DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO**

FORTALEZA

2012

FRANCISCO LEANDRO SOUSA MIRANDA

A INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE ATIVIDADE-MEIO COMO HIPÓTESE
CARACTERIZADORA DA LICITUDE DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso na área de Direito do Trabalho, submetido à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho.

FORTALEZA

2012

FRANCISCO LEANDRO SOUSA MIRANDA

A INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE ATIVIDADE-MEIO COMO HIPÓTESE
CARACTERIZADORA DA LICITUDE DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso na área de Direito do Trabalho, submetido à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Dimas Macedo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regn Roberto Marques de Melo Júnior.
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concedeu o dom da vida e que me sustenta na estrada da vida.

Aos meus pais e irmãos, pelo inestimável auxílio em toda a minha caminhada pessoal e acadêmica.

Aos parentes, familiares e a todos aqueles que participaram e participam da minha vida, ajudando-me a amadurecer e a crescer como pessoa, por meio de suas ações, suas palavras e, principalmente, por meio de seus exemplos de vida.

Ao professor Machidovel Trigueiro Filho, por ter aceitado a incumbência de me orientar neste trabalho.

Aos professores Dimas Macedo e Regnoberto Marques, que, tão prontamente, aceitaram participar da banca examinadora.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre,
é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”

(Abade Lacordaire)

RESUMO

Esta monografia trata do critério de atividade-meio na caracterização da licitude do contrato de terceirização. Faz uma análise dos efeitos da globalização no mercado de trabalho e na dinâmica empresarial, abordando os efeitos deletérios da reestruturação produtiva decorrente do desenvolvimento das novas tecnologias. Aponta a forma com que as tentativas de flexibilização decorrentes da descentralização das atividades empresariais afetam princípios clássicos do Direito do Trabalho. Expõe a necessidade de as empresas modernas estabelecerem uma rede de interações com o objetivo de aprimorarem o processo produtivo, apontando a terceirização como a principal técnica de descentralização empresarial. Considera a terceirização como principal modelo de gestão empresarial baseado na flexibilidade e na precarização das relações de trabalho. Analisa o conceito de terceirização e a evolução do tema na legislação e na jurisprudência, mostrando a peculiaridade da forma com que esse fenômeno se desenvolveu no Brasil. Aborda a súmula n. 331 do TST, conceituando os critérios de atividade-meio e atividade-fim, escolhidos pelo Tribunal para a caracterização da licitude do contrato de terceirização. Demonstra a impossibilidade de distinguir as atividades meramente instrumentais da atividade-fim da empresa. Aponta os abusos decorrentes da adoção desse critério pelo TST, por permitir, na prática, a mera locação de mão-de-obra. Indica outros critérios que podem ser utilizados para regular os contratos de terceirização. O trabalho é desenvolvido a partir de dois tipos de pesquisa: bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Critério de atividade-meio. Atividade-fim. Terceirização. Intermediação de mão-de-obra.

ABSTRACT

This research deals with the core activity and non-core activity criteria to characterize the lawfulness of the outsourcing contract. Analyzes the effects of globalization on the labor market and business dynamics, addressing the deleterious effects of production restructuring due to the development of new technologies. Points to the way in which attempts to flexibility arising from the decentralization of business activities affect classical principles of Labor law. Exposes the need for modern enterprises to establish a network of interactions in order to optimize the production process, pointing outsourcing as the main technique to decentralize business. Considers outsourcing as the primary corporate management model based on flexibility and precariousness of labor relations. Analyzes the concept of outsourcing and the evolution of the theme in legislation and jurisprudence showing the peculiarity of the way in which this phenomenon has developed in Brazil. Covers the Precedent No. 331 of the TST (Superior Labor Court), conceptualizing the core activity and non-core activity criteria, chosen by the Court to characterize the lawfulness of the outsourcing contract. Demonstrates the impossibility to distinguish between purely instrumental activities and core activity of the company. Points to abuses resulting from the adoption of this criterion by TST, as it allows, in practice, the mere leasing of hand labor. Indicates other criteria that can be used to regulate the outsourcing contracts. This work is developed from two types of research: literature and jurisprudence.

Keywords: Non-core activity criteria. Core activity. Outsourcing. Intermediation of hand labor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 TEMPOS PÓS-MODERNOS.....	11
1.1 Os efeitos da globalização nas relações de trabalho.....	11
1.2 A lógica da preservação.....	15
1.3 As novas formas de gestão empresarial e o Toyotismo.....	18
1.4 A flexibilização dos direitos trabalhistas.....	22
2 ADVENTO E FORTALECIMENTO DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA....	26
2.1 Histórico.....	26
2.2 Aspectos conceituais.....	28
2.3 Terceirização como instrumento de precarização das relações laborais.....	30
2.4 Histórico legal.....	34
3 ADVENTO DO CRITÉRIO DE ATIVIDADE-MEIO.....	38
3.1 A regulação da terceirização por meio da evolução jurisprudencial.....	38
3.1.2 O estabelecimento das hipóteses de licitude da terceirização por meio da Súmula 331 do TST.....	39
3.3 O conceito de atividade-fim e atividade-meio.....	42
3.4 O tênue limite entre atividade-fim e atividade-meio na realidade prática.....	46
3.5 Os abusos decorrentes da adoção do critério de atividade-meio pelo TST.....	48
3.6 A necessidade de uma lei regulamentadora da matéria.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A expansão da terceirização tem gerado conflitos entre os trabalhadores e as entidades patronais, constituindo-se um dos mais polêmicos temas do Direito do Trabalho e uma das maiores fontes de discussões doutrinárias.

Os sindicatos afirmam que a terceirização é utilizada como uma mera forma de locação de mão-de-obra barata, o que lesa a dignidade do trabalhador e contribui para a precarização das condições de trabalho. Além disso, defendem que a terceirização fragiliza a atuação sindical e é utilizada como uma forma de burlar os direitos trabalhistas.

Por outro lado, o processo de reestruturação produtiva gerado pela crise do regime fordista de produção e pela globalização é baseado em modelos de flexibilidade e de desconcentração das atividades empresariais, tornando a delegação de serviços uma técnica fundamental na gestão de mão-de-obra das empresas modernas.

As novas formas de gestão empresarial postulam a ruptura com a lógica da preservação dos contratos de trabalho e propõe a substituição por modelos mais flexíveis, o que permitiria a adequação dos custos empresariais de forma proporcional à demanda. Ademais, a terceirização permite a contratação de empresas especializadas em setores específicos, o que contribuiu para o aprimoramento do processo de produção.

Infelizmente, a terceirização é uma realidade desamparada pela lei. Não há disciplinamento normativo específico acerca do tema. Diante do caso concreto e utilizando-se dos princípios do Direito do Trabalho, à Justiça do Trabalho coube a tarefa de regular o fenômeno, por meio de súmulas.

No primeiro capítulo, será abordado o contexto econômico e social em que surge e se expande o fenômeno da terceirização, apontando as causas da queda do regime fordista de produção e a ascensão dos novos modelos baseados na flexibilidade, com destaque especial para o Toyotismo. Além disso, serão analisados os efeitos dessas mudanças na aplicação dos princípios trabalhistas, em especial o da preservação do contrato de trabalho.

No segundo capítulo, serão abordados os conceitos e a evolução legal no disciplinamento de alguns aspectos da terceirização, mostrando como essa técnica de gestão de mão-de-obra tem propiciado a precarização das relações de trabalho.

No terceiro capítulo, será analisada a jurisprudência do TST, com destaque para a Súmula n. 331 e a utilização do critério de atividade-meio para caracterizar a licitude da terceirização, demonstrando-se a inadequação desse critério diante da impossibilidade de distinguir as atividades meramente instrumentais daquelas ligadas à atividade-fim. Ademais,

serão indicados critérios mais precisos que permitam disciplinar os contratos de terceirização, de forma a respeitar os direitos dos trabalhadores e a propiciar sua legítima utilização como técnica de especialização e de desconcentração das atividades empresariais.

1 TEMPOS PÓS-MODERNOS

1.1 Os efeitos da globalização nas relações de trabalho

Desde o advento da Revolução Industrial, as relações laborais têm sofrido constantes adaptações para se adequarem a uma sociedade cada vez mais dinâmica e flexível. O mercado e as entidades representativas dos trabalhadores tentam compreender o alcance e as consequências desse vertiginoso processo de transição, sem precedentes históricos conhecidos.

A transição do período da escravidão para o da servidão e, posteriormente, para o das cooperativas demandou séculos de adaptações graduais, que foram implantadas lentamente. Entretanto, a revolução tecnológica dos nossos dias opera, em poucas décadas, profundas transformações sociais, culturais e econômicas, as quais, com impressionante velocidade, remodelam as relações comerciais e o cotidiano das pessoas e das empresas.

A modernização dos meios de comunicação, aliada às novas tecnologias de produção e de transporte, propiciaram o estreitamento dos laços comerciais e culturais entre as nações. As clássicas barreiras nacionais se flexibilizaram diante da ascensão de um intenso processo de integração entre os povos, gerando um movimento multilateral e policêntrico, desestabilizando os modelos fixos e rígidos de produção e de gerência dos séculos anteriores¹.

Esse processo global levou à intensificação do comércio e a um aumento significativo das atividades de prestação de serviços. Além disso, o intercâmbio cultural e comercial atingiu escalas absolutamente inéditas na História.

Thomas Dietrich, ex-presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha (Bundesarbeitsgericht), afirma que o motor inicial da globalização foram as novas inovações tecnológicas, as quais reformularam o setor de produção de bens e serviços, ocasionando acirrada competição entre as nações. Essas inovações teriam proporcionado a internacionalização do conhecimento, da economia e das relações entre as pessoas, tornando quase tudo “internacionalmente transnacional”².

Há autores que, ao tratar desse fenômeno, mais conhecido pelo termo “globalização”, preferem o termo “mundialização”. Segundo Chesnais³, o termo globalização surgiu na França e foi utilizada pela imprensa econômica para designar espaços neoliberais. Para o

¹ SILVA, Antônio Álvares da. Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: LTr, 2011.,p. 17

²SILVA, 2011, p.19.

³ ARMENI, Adriana Regina Marcato. Terceirização de serviços no Brasil como consequência do toyotismo no contexto da globalização neoliberal e a necessidade de regulamentação. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina., p. 15

referido autor, o adjetivo “global” corresponde à idéia de “forças de mercado liberadas”, enquanto o termo “mundialização” põe em destaque a idéia de integração econômica.

Ademais, o termo globalização remete à idéia de um processo de expansão capitalista simétrico e sucessivo em todos os lugares, o que é evidentemente falso. Para Chesnais⁴, o termo mundialização é mais adequado porque designa a fase mais duradoura de acumulação de capitais e trata-se de uma categoria analítica construída em quatro eixos: “a liberalização econômica, a privatização, a desregulamentação de direitos e a reversão das conquistas sociais e democráticas”.

Com a queda do muro de Berlim e a derrocada da União Soviética, despontou a ascensão de modelos econômicos liberais condizentes com esse processo, uma vez que preconizam a livre iniciativa, o livre comércio e a desestatização de setores da economia, eixos sobre quais se assenta o processo de intensificação da integração econômica e cultural e da internacionalização do capital⁵.

O fenômeno da globalização foi fomentado por uma forte ideologia neoliberal que questiona os fundamentos do Estado do bem-estar social. O modelo de Welfare State entra em crise e os novos agentes econômicos mundiais, como o BID e o FMI, bem como as empresas transnacionais, passam a apregoar a minimização do Estado, bem como a flexibilização e a desregulamentação no Direito do Trabalho.

O sociólogo Zygmunt Bauman⁶ sintetizou as contradições desse fenômeno pós-moderno, aparentemente irreversível, que redimensiona a sociedade tal qual a conhecemos e promove uma integração nunca antes verificada:

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir todas as portas de todos os mistérios presentes e futuros [...] Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e na mesma maneira e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados”- e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Nessa época de bruscas transformações, fala-se em um “tempo concomitante” e “compressão do tempo/espço”, em que tudo ocorre ao mesmo tempo na grande “aldeia global”. Ter-se-ia dado fim ao tempo sucessivo. O homem da sociedade moderna se

⁴ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Terceirização e reestruturação produtiva. São Paulo: LTr, 2008, p. 61.

⁵ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004. p. 139

⁶ BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999., p. 7.

universalizou e passou a ser “ao mesmo tempo, autor e palco de todos os acontecimentos que ocorrem no planeta”⁷.

Essa “compressão do tempo/espço” por meio da integração das nações não se opera de forma homogênea em todos os lugares, pois se trata de um fenômeno intimamente ligado ao avanço do capitalismo, o qual não se encontra no mesmo nível de desenvolvimento em todo o mundo.

Assim, esse processo é, concomitantemente, diferenciado e diferenciador, uma vez que se encontra em estágios diferentes ao redor do globo, ao mesmo tempo em que diferencia as economias, fazendo que as que possuem um maior grau de desenvolvimento imponham seus interesses àquelas que ainda estão em processo de desenvolvimento. Com efeito, “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une- e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”⁸.

Por estar intimamente ligada ao avanço do capitalismo e à internacionalização do capital, a globalização ou mundialização está abalando as soberanias nacionais e submetendo aos interesses internacionais questões que antes eram de interesse local. Com efeito, a mundialização, como consequência do desenvolvimento da economia capitalista, “deve ser pensada como uma fase específica da internacionalização do capital e de sua valorização, à escala do conjunto das regiões do mundo onde há recursos ou mercados, e ‘só’ a elas”⁹.

É notório que as relações laborais não se internacionalizaram com o mesmo grau de intensidade do capital. O desenvolvimento da Economia Capitalista levou, assim, a uma desterritorialização do capital conjugado com um trabalho assalariado ainda territorializado, uma vez que a estrutura e a organização dos movimentos sindicais são, ainda, de atuação nacional¹⁰.

Os efeitos da globalização são perceptíveis no mundo empresarial, pois o incremento da concorrência mundial levou a uma incessante busca de redução dos custos empresariais como forma de os empresários buscarem a competitividade.

Apesar do incremento de novos setores produtivos provindos do crescimento do setor de serviços e das novas tecnologias, tal política de contenção de custos ocasionou a redução dos postos de trabalho, bem como a descentralização das atividades das médias e grandes empresas, que passaram a subcontratar trabalhadores. Além disso, houve uma vertiginosa

⁷ SILVA, 2011, p. 16

⁸ BAUMAN, *ob. cit.*, p. 8

⁹ ARMENI, 2010, p. 16

¹⁰ BATISTA, 2006., p. 16

ascensão de trabalhos informais ou parassubordinados, com prejuízo à formação profissional e educacional dos trabalhadores.

A globalização gerou ainda uma série de conseqüências nas relações laborais: a diminuição dos salários, novas formas de remuneração atreladas à produtividade do empregado, proliferação de contratos de trabalho precários e temporários, criação de banco de horas e internacionalização de mão-de-obra¹¹.

O Direito sofreu também a ação dessa nova realidade mundial. Fala-se no fim do Direito Moderno, marcado pelas grandes codificações. A realidade pós-moderna, marcada pela reorganização das formas de produção, pela expansão do capital financeiro e pela complexidade e multiplicidade dos agentes regulatórios, tem a necessidade de ser flexível, para acompanhar as transformações do mercado e da sociedade.

Juristas e legisladores adaptam-se às novas mudanças e redefinem categorias e conceitos clássicos acerca das relações de trabalho e de valor, o que pode ser notado, por exemplo, pela regulação minuciosa dos direitos autorais, conferindo, por vezes, valor estritamente econômico para a criatividade e a inteligência, os quais são apropriados por grandes empresas como se bens tangíveis fossem.

Neste brusco e intenso processo de adaptação, há uma forte tendência de flexibilização de muitas normas jurídicas, no sentido de as tornarem normas meramente dispositivas, privilegiando-se as formas de regulação de trabalho baseadas no consenso.

Nesse processo integrado, quanto à gestão empresarial, fala-se em modelos “herárquicos”, já que se fragiliza a rígida estrutura fordista, baseada na autoridade e na dominação. Todas as forças do processo produtivo interagem entre si, formando “conjuntamente com todas elas um movimento intenso e permanente”¹².

O intenso fluxo de dados e a modificação do processo produtivo gerado por esse processo de permanente expansão e integração de dados acarretaram importantes modificações estruturais na dinâmica empresarial e laboral.

O sistema fixo e rígido de produção é substituído por modelos baseados nesse processo globalizante, permeado por modelos gerenciais ágeis, móveis e intercomunicantes, que “colocando em rede o conhecimento, permite a sua universalização”¹³.

Castel¹⁴ divide os trabalhadores em dois segmentos: os estáveis e os precários. Haveria dois segmentos de emprego: o primário, formado por trabalhadores qualificados, protegidos e

¹¹ NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 46 *et seq.*

¹² SILVA, 2011, p. 16.

¹³ *Ibidem*, p. 7

¹⁴ CASTEL 1999 *apud* BATISTA, 2006, p. 13

estáveis; e o secundário, constituído por pessoal pouco qualificado e mais sujeito às flutuações do mercado.

A internacionalização do capital trouxe terríveis conseqüências, a partir da perspectiva de territorialização. Assim, acerca desse fenômeno, Castel¹⁵ leciona:

A internacionalização do mercado de trabalho acentua a degradação do mercado 'nacional. As empresas subcontratam também (flexibilidade externa) em países onde o custo da mão-de-obra é várias vezes menos elevado. Num primeiro momento, essa forma de deslocamento afeta sobretudo os empregos subqualificados e as indústrias tradicionais. O processo de subcontratação é agravado com o processo de terceirização das atividades. O problema atual não é apenas o da constituição de uma 'periferia precária', mas também o da 'desestabilização' dos estáveis.

A terceirização não pode ser compreendida fora desse contexto de globalização e de descentralização produtiva baseada em modelos herárquicos, devendo ser entendida como uma nova forma de relação laboral que se institucionaliza diante do avanço da internacionalização do capital.

Assim, instaura-se uma nova divisão internacional do trabalho, no qual há a transferência de parte do processo produtivo para países periféricos, em condições precárias, em economias marcadas pela fragilização.

A terceirização, ao precarizar as condições de trabalho e externalizar parte da produção, em um contínuo processo de descentralização empresarial, vem ao encontro desses novos modelos de desregulamentação e de redução do papel do Estado na regulação das relações laborais¹⁶.

1.2 A lógica da preservação

O Direito do Trabalho, assim como os demais ramos jurídicos didaticamente autônomos, possui uma série de princípios, os quais fornecem coesão e coerência à interpretação diante da profusão e das especificidades das normas laborais, as quais, por seu caráter fragmentário, tendem à proliferação e a um constante estado de aperfeiçoamento¹⁷.

Segundo ensinamento de Plá Rodriguez¹⁸, os princípios têm uma função imprescindível na ciência do Direito moderna, pois têm um tríplice papel: informativo (inspirando o legislador e servindo de fundamento da ordem jurídica), normativo (atuando como fonte supletiva na ausência de norma específica) e interpretativo (operando na orientação da solução do caso concreto pelo magistrado e operadores do Direito).

¹⁵ CASTEL, 2008, p. 524.

¹⁶ ARMENI, 2010, p. 55

¹⁷ PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, ob. cit., 86.

Para compreendermos as implicações da expansão da terceirização de serviços no Direito do Trabalho, temos que analisar de que forma esse fenômeno traz novas perspectivas ao princípio da proteção do trabalhador e ao da continuidade da relação de trabalho.

Ao contrário dos países centrais, o Direito do Trabalho, no Brasil, surgiu mais por iniciativa do poder público do que pelas lutas operárias. Assim, surge uma lógica protecionista do trabalhador frente ao capital. A regulação laboral passa então a ter um caráter baseado na ideologia do Estado de bem-estar social, em detrimento da priorização das regras civis de igualdade formal¹⁹.

Ascende, no Brasil, o Estado de bem-estar social, em contraposição aos modelos liberais. Apesar de nunca ter sido concretizado de forma eficaz no Brasil, a ideologia paternalista e assistencialista provinda do Welfare State plasmou o Direito do Trabalho. Esse processo é sintetizado por Leandro Amaral²⁰:

Em condições de expansão econômica, o consenso interclasses possibilitou a emergência e a consolidação de políticas sociais que caracterizam o Estado providência e possibilitaram a sustentação de um Direito do Trabalho preservacionista, voltado para harmonizar os riscos aos quais estavam expostos os trabalhadores com o estímulo à atividade econômica. Nessa perspectiva, o capitalismo organizou suas estruturas produtivas de forma a garantir o pleno emprego e a melhoria das condições de vida da classe trabalhadora, idéias que fundamentarão toda a lógica da estruturação preservacionista do mercado de trabalho.

Nessa perspectiva de proteção ao trabalhador, o princípio da continuidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado é um dos pilares sobre os quais se assenta o Direito do Trabalho. Com efeito, uma vez que a relação de trabalho é de trato sucessivo, prolongando-se no tempo, a fragilidade das relações laborais implicaria um grave estado de insegurança social, o que vai de encontro a um dos mais típicos traços do homem contemporâneo²¹.

O princípio da continuidade da relação laboral é uma consequência do princípio da proteção e projeta-se na predileção dos contratos de trabalho de duração indefinida, na resistência na rescisão unilateral por parte do empregador, na manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador e na amplitude para admissão de transformações no contrato²².

¹⁹ DORNELES, Leandro do Amaral de. A transformacao do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. Sao Paulo: LTr, 2002. p. 41

²⁰ DORNELES, ob. cit., p. 44.

²¹ PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 138. O autor nota que o Código Napoleônico prescrevia que “ninguém pode contratar seus serviços pessoais, salvo temporariamente ou por obra determinada”. Na época, era uma forma legislativa de evitar o perigo de certas formas de escravidão.

²² PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 143.

A resolução do contrato de trabalho por parte do empregador se afigure numa verdadeira “anomalia”, que deve ser evitada. Com efeito, a OIT, em sua convenção nº 158, propõe a limitação do poder do empregador na rescisão unilateral do contrato de trabalho, dispondo que é dever do Estado adotar medidas para tornar estável o emprego dos trabalhadores nas empresas.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, prescreve que a relação de emprego será protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar.

A legislação laboral pátria, com o objetivo de propiciar a continuidade da relação laboral, impõe uma série de ônus aos empregadores que, sem justa causa, desejam rescindir o contrato de trabalho, como o pagamento de multa calculada com base nos depósitos de FGTS e a necessidade de concessão de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Entretanto, a expansão do fenômeno da globalização e a reestruturação produtiva, baseada em modelos de flexibilidade, geraram recorrentes questionamentos ao princípio da continuidade da relação de emprego, sob o argumento que a rigidez do contrato de trabalho seria um empecilho ao pleno desenvolvimento das forças econômicas, agravando a situação das empresas em épocas de crise.

Essa nova realidade abalou o princípio da continuidade da relação de emprego. Questiona-se a conveniência de estruturas jurídicas rígidas diante de um novo modelo de produção baseado na acumulação flexível e na flexibilidade. Os efeitos da globalização e do acirramento da concorrência geraram novos paradigmas de aplicação desses princípios, fragilizando parcialmente seus objetivos. Nesse sentido, leciona Silva²³:

As conseqüências da globalização foram notórias para o Direito do Trabalho, que deixou de operar de modo unitário e coeso. Se antes ele já era um ramo da Ciência do Direito que se estabeleceu muito mais pelo trabalho dos juízes (Richterrecht) do que pela lei ou codificações, agora, com muito mais razão, tende a tornar-se um direito flexível, adaptado à realidade prática, para assimilar novas correntes mundiais.

A terceirização surge como o grande arauto de um novo modelo de reestruturação, por atender aos anseios da flexibilidade e da descontinuidade da relação de trabalho, uma vez que a empresa tomadora possui apenas um contrato civil de prestação de serviços com a empresa intermediadora de mão-de-obra, o que permite uma ampla possibilidade de alterações durante a execução do contrato.

²³ SILVA, 2011, p. 28.

Com isso, ascendem novas problemáticas ligadas à precarização do trabalho e a uma suposta crise do Direito do Trabalho, que se mostraria inadequado para tutelar as relações oriundas das novas realidades sociais e econômicas, as quais exigiriam novos paradigmas no que concerne ao contrato de trabalho.

Diante dessas tentativas de flexibilização e de desregulamentação, Castel afirma que hoje vivemos uma “nova questão social”, marcada pela “desfiliação” e pela “segregação”, termos que indicam a desestabilização dos estáveis, a instalação da precariedade e o aumento do desemprego²⁴.

1.3 As novas formas de gestão empresarial e o Toyotismo

O atual período histórico moderno, permeado pela globalização e internacionalização do capital, é marcado por uma série de modelos de engenharia empresarial que se remodelam continuamente de acordo com as necessidades do mercado, reajustando-se na busca incessante de capitais e de lucros.

Por vezes, tal processo ocorre com o rearranjo de conceitos jurídicos clássicos, desnaturando-os ou os remodelando. Hodiernamente, os clássicos conceitos de subordinação têm sido substituídos pelo avanço da parassubordinação e da subordinação indireta, cujo corolário é o contrato de terceirização. Os conceitos clássicos que sustentaram o regime fordista de produção se chocam com os atuais modelos de gestão produtiva, baseados na flexibilidade.

Com efeito, diante das descobertas científicas que marcaram o século XX, destacou-se a teoria da administração científica do engenheiro americano Frederick Winslow Taylor. Sua obra “Os princípios da administração científica” foi publicada em 1911 e deu origem a uma forma de organização do trabalho que foi denominada de “Administração Científica do Trabalho” ou “Taylorismo”, a qual foi consagrada por Henry-Ford na produção de automóveis, dando origem ao método de trabalho denominado “fordismo-taylorismo”, marcado pela produção em massa e pela utilização de métodos científicos²⁵.

Taylor buscou regular o trabalho dos operários de forma lógica, decompondo o processo produtivo em suas mínimas partes e potencializando a produção em série. A estratificação em modelos hierárquicos rígidos é parte fundamental desse sistema de produção, uma vez que cabe

²⁴ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 495 *et seq*

²⁵ SILVA, 2004, p. 112

ao órgão de direção a identificação das unidades operacionais, a individualização da melhor forma de se fazer o trabalho e o fornecimento dos produtos adequados²⁶.

Esse modelo de produção apregoava que o poder e a lucratividade da empresa seriam proporcionais à sua capacidade de continuar crescendo, por meio de uma cadeia produtiva auto-suficiente. O sistema funcional era altamente estratificado e hierarquizado e o perfil da clientela era delimitado pelo mercado nacional.

O Fordismo não foi uma mera técnica de administração e de gestão empresarial. Transformou-se verdadeiramente em um estilo de vida, marcado pelo consumismo e pela expansão capitalista. O líder comunista Antonio Gramsci, percebendo a capacidade de o fordismo alterar o comportamento da sociedade, escreveu que o fordismo e o americanismo equivaliam “maior esforço coletivo até para criar, com velocidade sem precedentes, e com uma consciência de propósito sem igual na história, um novo tipo de trabalhador e um novo tipo de homem”²⁷.

Com efeito, os impactos sociais e culturais da instauração de uma sociedade de consumo de massa são perceptíveis no mundo hodierno, marcado pelas constantes abordagens de marketing e pelo incessante apelo ao consumo e a estilos de vida condizentes com as necessidades de mercado.

A partir de 1945, o fordismo atinge a sua maturidade como “regime de acumulação plenamente acabado e distintivo”²⁸. Durante esse período, houve um substancial aumento na qualidade de vida e o capitalismo alcançou, nos países centrais, altas taxas de desenvolvimento econômico. Entretanto, a crise da década de 1970, mostrou as fragilidades e o esgotamento desse modelo de gestão produtivo, marcado pela rigidez e pela falta de flexibilidade.

A queda da taxa de lucros causada pelo fortalecimento das lutas sindicais, o esgotamento do modelo de acumulação causado pelo desemprego estrutural, a crise do Estado de bem-estar social e a hipertrofia de uma esfera financeira especulativa ocasionaram a derrocada do fordismo, cujo modelo de produção não era mais perfeitamente adaptável às novas mudanças econômicas do mundo globalizado.

Some-se a isso o esgotamento desse modelo de produção causado pela insatisfação dos empregados, que eram submetidos a extenuantes jornadas de trabalho, por meio de esforços

²⁶ MORAIS, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e precarização do trabalho humano. Revista do TST. Brasília, ano 4, v. 74, 01 out/dez. 2008. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5382/008_74-4.pdf?sequence=1>. Acesso em 7 de jan. de 2012.

²⁷ HARVEY, David. A condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 1992, p. 122.

²⁸ HARVEY, 1992, p. 122.

repetitivos e embrutecedores, bem como pelo desgaste gerado por meio de pressões oriundas de uma rígida hierarquia entre os funcionários, o que os desqualificou, fazendo-os perderem a autonomia e o controle sobre o próprio trabalho.

Harvey²⁹, ao analisar a derrocada do fordismo, aduz que os gastos sociais do Estado avolumaram em um momento em que a crise de produção obrigava a um contingenciamento dos gastos públicos. A flexibilidade possível ao Estado estava apenas na política econômica, na capacidade de imprimir moedas, mesmo sem lastro. Inicia-se então uma espiral inflacionária que acaba por corroer as estruturas desse modelo de produção.

As mudanças operadas pela revolução da microeletrônica e pelo desenvolvimento da informática repercutiram, conforme relatório do diretor-geral da OIT à Conferência Internacional do Trabalho em 1995, “em quase todos os ramos da economia: no setor primário, no secundário e no terciário”³⁰.

Com o choque do petróleo e a crise do padrão monetário internacional, esgotou-se o modelo de produção taylorista-fordista, baseado na rigidez e na continuidade do contrato de trabalho. Diante das crises, surgem estratégias empresariais voltadas à racionalização dos custos e a agilidade operacional, bem como à produção em tempo real (just-in-time) e à diminuição de estoques (Kaban)³¹.

A partir da crise do fordismo, surgem novos modelos baseados em um processo que Harvey³² denominou de “acumulação flexível”, caracterizados pelo surgimento de novos mercados, novos produtos e novos setores produtivos. Com isso, surge uma nova classe de trabalhadores também executando trabalhos precários em condições instáveis.

Segundo Harvey, as mudanças operadas no mercado de trabalho, com o aumento da competição e do estreitamento das margens de lucro, terminaram por impor modelos de relações de trabalho mais flexíveis, o que foi possível graças ao enfraquecimento do poder sindical, causado em parte pelo desemprego estrutural.

A acumulação flexível teria como premissas a flexibilização do trabalho e dos padrões de consumo. Harvey³³, o idealizador dessa terminologia, define esse fenômeno da seguinte forma:

²⁹ HARVEY, 1992, p. 136

³⁰ Cf. SUSSEKIND, Arnaldo *et al.* Instituições de direito do trabalho, volume I. 22. Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2005, p. 204

³¹ ARMENI, 2010, p. 44

³² HARVEY, *ob. cit.*, p. 140

³³ *Ibidem*, p. 140

Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, técnica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego, chamado 'setor de serviços'.

Nesse movimento, destaca-se o Toyotismo, o qual é mercado por equipes de trabalho e rotação nos postos de trabalho. Tal modelo postula a desregulamentação do direito do trabalho, para que este se amolde às novas necessidades do capital e do trabalho.

O processo de produção deve ser simples e prático, com o objetivo de atender demandas individualizadas do mercado, devendo o trabalhador saber operar em várias máquinas e ser multifuncional. Assim, surge a subcontratação de trabalhadores como elemento essencial desse novo modelo, transferindo as atividades para outras empresas. Postula-se a flexibilidade das relações de trabalho, devendo a empresa repor seu estoque de acordo com as necessidades, técnica denominada de "just in time".

Nesse novo modelo, a noção de auto-suficiência é substituída pela necessidade de agilidade e adaptabilidade. O cliente-alvo não é apenas nacional, mas sim também internacional. As empresas terceirizam atividades não estratégicas, oferecendo remuneração de acordo com o compromisso e a produtividade individual ou setorial.

A relação típica de trabalho é encarada a partir de novas perspectivas, dissociadas da subordinação jurídica clássica. Com efeito, a rigidez dos fordismo não se coadunava com os novos modelos de gestão de negócios, como o Toyotismo, o qual é marcado pelo enxugamento das empresas em novos modelos de gestão.

Se o fordismo foi muito mais do que um mero modelo de gestão empresarial e transmutou-se em um verdadeiro estilo de vida, o Toyotismo e as novas reestruturações produtivas iniciam seu processo de reconfiguração de instituições e sociais e de institutos jurídicos. A terceirização surge como uma técnica de administração que permite a concretização dessas novas estruturas e dessas novas formas de gestão do processo produtivo. Com efeito, afirma Livio A. Giosa³⁴:

Hoje, no entanto, a Terceirização se investe de uma ação mais caracterizada como sendo uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão, que leva a mudanças estruturais da empresa, a mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capilarizando toda a malha organizacional, com

³⁴ GARCIA, Flávio Amaral, A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública. Revista brasileira de direito público, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p.2, out. 2009. Disponível em: <http://www.cosemsrj.org.br/images/artigo_relatividade_drflavio.pdf>. Acesso em 6 jan. 2012.

um objetivo único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal

Entretanto, é importante perceber que o fordismo não se extinguiu completamente. O processo de terceirização exerce um importante papel de adaptar a rigidez da relação laboral às exigências de flexibilidade do mercado. Com efeito, segundo Harvey, o fordismo teria formado toda uma “rede de subcontratação e de ‘deslocamento’ para dar maior flexibilidade diante do aumento da competição e dos riscos”³⁵.

1.4 A flexibilização dos direitos trabalhistas

Com as crises estruturais da década de 1970, criou-se a tese que a relação entre capital e trabalho não estaria adequada aos períodos hodiernos. O caráter protecionista e a busca pela continuidade da relação laboral dificultavam a reconfiguração do processo produtivo em tempos de crise. Essa falta de flexibilidade teria agravado a crise de mercado, uma vez que “distorções protecionistas seriam um obstáculo à geração de emprego não só quanto à sua quantidade, mas também quanto à sua composição, maiores níveis de proteção repercutindo num mais alto grau de informalidade”³⁶.

Com a crise do modelo fordista de produção e a ascensão do Toyotismo, inicia-se um intenso processo de flexibilização do trabalho. Com efeito, esse novo método de gestão empresarial apregoa que o Direito do Trabalho age como uma “camisa-de-força”, obstaculizando o desenvolvimento pleno das forças econômicas e dificultando a recuperação em épocas de crise.

A flexibilidade pode ser definida como a capacidade de um sistema transitar entre diversas fases econômicas sem apresentar maiores deteriorizações, seja no que se refere aos custos, seja no que se refere à relação “produto-processo-mercado”³⁷. Assim, o processo flexibilizador supõe maleabilidade das normas jurídicas financeiras e trabalhistas, como forma de permitir que o mercado apresente a maior desenvoltura possível, livre das amarras do Direito.

Segundo Vólia Bonfim³⁸, há três formas fundamentais de flexibilização: a funcional, caracterizada pela capacidade de a empresa adaptar seus funcionários para novos métodos de trabalho; a salarial, vinculando a remuneração à produtividade e à demanda; e a numérica, a qual consiste na adaptação do fator humano à demanda presente na empresa.

³⁵ HARVEY, 1992, p. 148.

³⁶ BENSUSÁN, Graciela. et al. Instituições trabalhistas na América Latina. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 40

³⁷ SALERNO, 1993, apud BATISTA, 2006, p. 24.

³⁸ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 6. ed. Niterói: Impetus 2012, p. 39

A flexibilização pode ainda ser classificada, em relação à sua estrutura funcional, em interna e externa. Enquanto esta se refere à possibilidade de alteração quantitativa dos empregados da empresa por meio de métodos que permitam a rápida variação do número de trabalhadores por meio de contratos temporários ou a tempo parcial; aquela se refere à reorganização do quadro funcional dentro da própria empresa, por meio da ampliação do poder diretivo do empregador, priorizando-se a multifuncionalidade e a meritocracia.³⁹

Assim, a flexibilidade dos direitos trabalhistas pode se dá tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo. Assim, no que se refere ao primeiro aspecto, podemos destacar a modificação das condições de trabalho e da remuneração; quanto ao segunda, diz respeito às modalidades de contratação, bem como o que diz respeito à duração e a resolução do contrato de trabalho⁴⁰.

A flexibilização, entretanto, implica, em muitos casos, a precarização das relações laborais. Com efeito, com a fragilização da estabilidade na relação de emprego, o trabalhador é destituído de mínimas proteções, dando-lhe a sensação de insegurança. Ao comentar acerca dos efeitos perversos desse fenômeno, Susseking⁴¹ afirma:

A verdade é que a desregulamentação do Direito do Trabalho ou sua exagerada flexibilização têm ampliado o desemprego, com a criticável seqüência de um círculo vicioso: redução do salário real, menor poder de consumo, menos produção, mais desemprego.

Nesse sentido, a OIT preconiza que a flexibilidade não pode ser visualizada como uma meta em si, mas sim encarada sob a “perspectiva da dupla institucionalidade do mercado”, garantindo o fortalecimento do mercado e o fortalecimento dos atores menos protegidos no mercado de trabalho”⁴².

Há diversas formas pelas quais a flexibilidade pode se manifestar no processo produtivo, como, por exemplo, a aplicação de métodos de controle de estoque “just in time”; a exigência feita aos trabalhadores para que os mesmos possam assumir diversas funções diferentes e a permissividade da alteração do contrato de trabalho, bem como a remuneração atrelada à produtividade⁴³.

Nessa questão, a grande problemática é a conciliação entre o princípio da proteção ao trabalhador e a persecução da sustentabilidade da empresa. Deve-se notar ainda que a

³⁹ JÚNIOR, Manoel Amaro Pereira. Terceirização: violação ou concretização dos direitos humanos?. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco. Recife, p. 73

⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 69

⁴¹ SÜSSEKIND, 2004, p. 59

⁴² BENSUSÁN, 2006, p. 41

⁴³ BATISTA, 2006, p. 25.

flexibilização, em si mesma, não gera necessariamente uma precarização das relações laborais. Com efeito, afirma o professor Wolfgang Daubler ⁴⁴:

A globalização e a utilização flexível de mão-de-obra não podem ser evitados. O problema consiste somente em verificar como, com essas condições mudadas, a proteção dos trabalhadores pode ser assegurada. Tem que se deixar de lado a idéia de que a proteção aos trabalhadores é, obrigatoriamente, um obstáculo à produtividade, muito pelo contrário. Sou da opinião de que as boas condições de trabalho garantindo a existência, são o melhor pressuposto para que o trabalhador tenha um desempenho criativo ao exercer suas funções. Com as novas condições de flexibilidade e de globalização, evidentemente, somos chamados a desenvolver novas formas de configuração jurídica.

Entretanto, há correntes ⁴⁵ que se opõem frontalmente a qualquer tentativa de flexibilização dos direitos no Brasil, sob o argumento de que o Direito do Trabalho brasileiro já é excessivamente flexível. Um exemplo disso seria a possibilidade de dispensa injustificada do empregado, tornando a despedida apenas um “fato econômico indenizável”.

Assim, tenta-se flexibilizar não apenas direitos materiais trabalhistas, mas sim institutos clássicos do Direito de Trabalho, com o objetivo de moldar os próprios paradigmas das relações laborais. Faz-se, na visão de muitos economistas, necessária uma maior abertura de mercado “fora de esquemas muito rígidos ou tradicionais” ⁴⁶.

Apregoa-se a remodelação de conceitos jurídicos clássicos como a da subordinação para a caracterização do vínculo de emprego e o da continuidade do contrato de trabalho, bases sobre as quais se assenta o Direito do Trabalho. Com a crise dos modelos rígidos de relação empregatícia, crescem a parassubordinação e a subcontratação nas relações laborais.

Dentre as práticas desenvolvidas pelas novas políticas empresariais de gestão e organização do trabalho, a terceirização ocupa um lugar central, por se tratar da “forma visível” da flexibilização, uma vez que permite a concretização dos novos modelos e discursos empresariais por meio de contratos flexíveis, como os contratos por tempo determinado, por tempo parcial, por tarefa, por prestação de serviços sob responsabilidade de terceiros. Nesses novos modelos, a transferência dos custos e dos riscos trabalhistas passa a ser uma das principais metas nas grandes empresas modernas ⁴⁷.

O conceito clássico de empregado, caracterizado segundo os requisitos da pessoalidade, continuidade, dependência econômica e subordinação jurídica, encontra-se em crise diante dos novos modelos que surgem. A revisão da subordinação, a ascensão de modelos de

⁴⁴ PELEGRINI, Mari Angela. Trabalhadores sem vínculo rurais e urbanos do cais ao campo: eventuais, avulsos, empreiteiros, cooperados, volantes, bóias-frias, portuários, estivadores, faxineiras, diaristas, chapas, carregadores, pedreiros e outros. São Paulo: LTr, 2004, p. 206.

⁴⁵ SILVA, 2011, p. 41

⁴⁶ SILVA, 2004, p. 139.

⁴⁷ BATISTA, 2006, p. 62

trabalho parassubordinados e a terceirização são os arautos dessa nova época de mudanças e de transformações.

A tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas, conferindo ênfase às negociações coletivas têm ganhado adeptos entre os próprios juristas. Há autores⁴⁸ que já consideram a possibilidade de erigir, como princípios juslaborais, o da flexibilidade e o da normatividade privada coletiva, argumentando que a proteção demasiada ao trabalhador acaba, muitas vezes, por prejudicá-lo. Projetam que, no futuro, prevalecerão essas formas de normatização autônomas, em detrimento das heterônomas.

Hoje se nos apresenta um quadro de uma verdadeira generalização da flexibilidade, que já se aproxima da concretização de uma realidade mais desoladora: a da desregulamentação do Direito do Trabalho. Entretanto, tais invectivas têm encontrado resistência em setores de especulação científica, como sociólogos e juristas, que primam pelos direitos da cidadania e pelos direitos constitucionais e pelos movimentos sociais.⁴⁹

A terceirização apresenta-se como o grande modelo dessa reestruturação produtiva baseada na flexibilidade, uma vez que cinge o empregador real do empregador aparente, permitindo que o tomador de serviços regule a prestação de trabalho por meio de um contrato civil de prestações de serviços, o que permite à empresa um enorme espectro de alterações no quadro funcional e na quantidade de trabalhadores que lhe prestam serviços.

⁴⁸ PINTO, 2007, p. 95.

⁴⁹ PINTO, 2007, p. 606.

2 TERCEIRIZAÇÃO: ADVENTO E FORTALECIMENTO DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

2.1 Histórico

A terceirização não é uma realidade nova na gestão do processo produtivo capitalista. Entretanto, não há unanimidade no que se refere à gênese desse fenômeno. Analisando-se os métodos de trabalho pretéritos, é possível identificar métodos que se assemelham bastante aos modernos contratos de terceirização. Com efeito, já no século XVIII, na França, durante o reinado de Luís XVI, havia um grupo denominado “Fermier”, os quais tinham uma natureza privada e eram responsáveis pela cobrança dos impostos⁵⁰.

A origem mais próxima da terceirização, entretanto, encontra-se no denominado putting-out-system, método pelo qual os tecelões e fiandeiros produziam, com seus próprios instrumentos, as encomendas que os comerciantes que cediam a matéria-prima e lhes concediam parte da remuneração. Esse modelo foi denominado de fezonismo e foi empregado no Brasil até o século XIX⁵¹.

Para alguns autores⁵², entretanto, a origem mais recente das modernas técnicas de terceirização se encontra nas indústrias automobilísticas americanas, as quais compravam peças fabricadas por terceiros e procedia à montagem. A terceirização teria se originado nos Estados Unidos, após a II Guerra Mundial, quando as empresas bélicas precisavam concentrar-se na produção de armas, delegando às atividades de suporte a outras empresas, por meio de contrato.

Em uma análise histórica realizada por Braverman, o autor constata que a terceirização não é um fenômeno novo, estando presente desde as primeiras fases do capitalismo industrial, marcado pela tentativa de “comprar” o trabalho, incorporando-o ao produto. O autor⁵³ enumera uma série de atividades que eram planejadas com esse objetivo:

As primeiras fases do capitalismo industrial foram assinaladas por um continuado esforço por parte do capitalista para desconsiderar a diferença entre a força de trabalho e o trabalho que pode ser obtida dela, e para comprar determinado trabalho do mesmo modo como ele adquiria matérias-primas: como uma determinada quantidade de trabalho, completa e incorporada no produto. Este empenho assumiu a forma de uma grande variedade de sistemas de subcontratação e ‘desligamento’. Era encontrado sob a forma de trabalho domiciliar na tecelagem, fabricação de roupas, objetos de metal (pregos e cutelaria), relojoaria, chapéus, indústrias de lã e couro. No caso, o capitalista distribuía os materiais na base da empreitada aos trabalhadores, para manufatura em suas casas, por meio de subcontratadores e agentes em comissão [...] O sistema persistiu inclusive nas primeiras fábricas. Nas

⁵⁰ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Terceirização e reestruturação produtiva. São Paulo: LTr, 2008, p. 78.

⁵¹ Ibidem, p. 78.

⁵² Cf. RUSSO, Giuseppe. Guia prático de terceirização: como elaborar um projeto de terceirização eficaz. Rio de Janeiro: Elsevier; Brasília, DF, 2007, p. 10

⁵³ BRAVERMAN, 1974 apud BATISTA, 2006, p. 46

fábricas de fios de algodão, fiandeiros qualificados eram encarregados da maquinaria e recrutavam seus próprios ajudantes, em geral crianças, dentre familiares e conhecidos.

Apenas a partir de 1970, com a crise econômica que se irrompeu, colocou-se em xeque o modelo do Estado de bem-estar social, de inspiração keynesiana, e se passou a apregoar que a rigidez dos contratos de trabalho agravou a crise e retardou a recuperação econômica. A fase de expansão desses modelos de flexibilidade coincidiu com a fase de vulnerabilidade dos trabalhadores, afetados pelo desemprego e pela precarização das relações de trabalho.

Esse processo de reestruturação da economia se iniciou a partir da era Reagan-Thatcher e perdurou por toda a década de 1980. A crise capitalista que se instalou poderia ser notada por uma série de fatores como “queda da taxa de lucros; saturação do regime fordista de produção; o crescimento desenfreado da esfera financeira da economia; o pendor pelas privatizações; os processos de fusão e centralização empresariais”⁵⁴.

No Brasil, a expansão da terceirização iniciou a partir da década de 50 do século XX, quando as indústrias automobilísticas se expandiram no País. Com efeito, essas empresas trabalham com várias empresas-satélites para o fornecimento de equipamentos e prestação de serviços, externalizando parte da produção. Esse processo se consolidou de forma mais intensa a partir da década de 80, assumindo um contexto nacional em que as empresas passaram a subcontratar tarefas antes executadas por si mesmas⁵⁵.

O sucesso dessa nova forma de gestão empresarial foi tamanho que hoje se fala de quarteirização. Entretanto, tal termo muitas vezes é utilizado erroneamente. O DIEESE⁵⁶ afirma que o ato pelo qual uma empresa terceirizada contrata outra empresa para executar parte da produção não é um caso de quarteirização, mas sim de uma nova terceirização. A quarteirização seria o ato pelo qual uma empresa-mãe firma contrato com outra, para que esta possa gerir os contratos com as demais empresas terceirizadas.

Fala-se em terceirização em cascata quando empresas terceirizadas terceirizam parte de seus serviços. Assim, “essas atividades já não terão sido apenas terceirizadas, mas quartizadas, quintizadas, virtualizadas- isto é, ‘recursivamente’ ramificadas pela enésima e pela enésima vez”⁵⁷.

⁵⁴ PALMEIRA SOBRINHO, ob. cit.. p. 83

⁵⁵ BATISTA, 2006, p. 58

⁵⁶ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores do Brasil. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf>. Acesso em 8 de jan. de 2012. DIEESE, 2003.

⁵⁷ MARCELINO, 2008, p. 91.

2.2 Aspectos Conceituais

A terceirização não nasceu como uma mera técnica jurídica, mas sim como uma técnica de gestão da mão-de-obra, de forma que coube ao Direito do Trabalho a tarefa de definir e regular esse fenômeno após sua expansão no meio empresarial. Assim sói acontecer, uma vez que o Direito surge para tutelar os valores sociais incidindo sobre os fatos que se delineiam nas sociedades, de forma que a regulação legal de um fenômeno novo geralmente ocorre somente após sua expansão, principalmente quando se trata de questões de ordem econômica ou tecnológica.

Vólia Bonfim⁵⁸ enumera uma série de sinônimos para o termo terceirização: desverticalização, exteriorização, subcontratação, filialização, reconcentração, focalização, parceria, colocação de mão-de-obra, intermediação de mão-de-obra, contratação de serviço por interposta pessoa, marchandage e horizontalização.

Entretanto, não há consenso acerca do tema. Há quem defenda, por exemplo, que terceirização não se confunde com desverticalização. Nesta, a empresa retira-se das etapas iniciais e finais de produção, adquirindo produtos em vez de fabricá-los e contratando distribuidores em vez de vendê-los diretamente. A desverticalização seria apenas “um processo típico de concentrar-se somente em um pequeno segmento da longa cadeia produtiva”⁵⁹.

O termo “terceirização” é um neologismo provindo da palavra “terceiro”. Tal instituto seria similar ao denominado *sous-traitance* do Direito Francês, no qual “a empresa tomadora celebra com a outra pessoa jurídica ou física um contrato pelo qual esta última se encarrega da produção de um serviço, que a própria tomadora deveria executar para um cliente”⁶⁰.

Na terceirização, a empresa que delega os serviços é denominada de “empresa-mãe” ou “empresa tomadora”, enquanto aquela que os executa é denominada de “empresa terceira, contratada ou prestadora de serviços”.

Segundo o DIEESE⁶¹, há dois processos de terceirização: aquele em que a empresa-mãe deixa de fabricar produtos necessários e passa a comprá-los de outras empresas, extinguindo setores da empresa contratante, e aquele em que a empresa terceirizada passa a atuar dentro da “empresa-mãe” na execução dos serviços.

Assim, na primeira hipótese, temos a terceirização de atividade, que é aquela originalmente executada pela empresa, cuja atividade pode ser classificada como de fim ou de

⁵⁸ CASSAR, 2012, p. 509.

⁵⁹ RUSSO, 2007, p. 22.

⁶⁰ CASSAR, ob. cit., p. 509

⁶¹ DIEESE, 2003, p. 5.

meio; já, na segunda hipótese, temos a terceirização de serviços, que é aquela que é feita dentro da empresa-mãe, cujos serviços geralmente não são ligados à atividade-fim da empresa⁶².

Na França, a denominação é distinta de acordo com a “área de atuação” da empresa terceirizada. Se há subcontratação para atuação dentro da empresa-mãe, o processo se chama *sous-traitance*; já, se se trata de subcontratação fora do âmbito da empresa-mãe, o processo se chama *externalizacion*⁶³.

Do ponto de vista da ciência da Administração, a terceirização consiste em uma forma de gestão de mão-de-obra no qual uma empresa transfere para outra a produção de mercadorias ou a realização de serviços não incluídos nos fins sociais da empresa contratante, com o objetivo de especializar aquele ramo produtivo ou diminuir os custos, ou, ainda, substituir temporariamente os trabalhadores.

Se analisarmos o fenômeno do ponto de vista jurídico, teremos que incluir no conceito de terceirização as implicações jurídicas dessa nova forma de contratação. Com maestria, Maurício Godinho⁶⁴ assim a definiu:

Terceirização é fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida pelo respectivo trabalhador.

Há quem defenda a inadequação deste termo. Arion Sayão Romita⁶⁵ afirma que o vocábulo terceirização está relacionado ao setor terciário, ligado aos serviços. Assim, tal termo não seria correto por induzir a existência de uma terceira pessoa, pois existiria apenas uma relação bilateral entre as empresas prestadora e tomadora de serviços.

Entretanto, há posicionamento doutrinário⁶⁶ que considera que existe uma genuína relação trilateral entre o empregado, o empregador aparente (empresa prestadora) e o empregador real (empresa tomadora), pois na terceirização o vínculo do trabalhador se forma com a empresa prestadora de serviços, e não com a empresa contratante, a qual seria a verdadeira empregadora, constituindo uma clara exceção ao princípio do “ajenidad” ou da alheabilidade, no qual a relação de emprego se forma diretamente com o tomador de serviços, o qual é o empregador natural.

⁶² JÚNIOR, 2002, p. 89.

⁶³ MARCELINO, 2008, p. 69.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

⁶⁵ SUSSEKING, 2005, p.

⁶⁶ Cf. CASSAR, 2012, p. 509

Esse é um dos motivos pelos quais entidades sindicais repudiam com veemência esse novo método de gestão produtiva, pois alegam que a terceirização viola o art. 3º da CLT, uma vez que haveria fraude ao se cingir o empregador real do empregador aparente, formando-se um vínculo trilateral anômalo e prejudicial ao trabalhador.

Todas essas realidades refletem a quebra do paradigma da relação jurídica bilateral e centra-se em formas de intermediação de mão-de-obra e mostram as novas pressões que o Direito do Trabalho tem sofrido ao ser conduzido a fazer uma transição da lógica da preservação à lógica da flexibilidade.

2.3 Terceirização como instrumento da precarização das relações laborais

Um dos fatores que mais contribuíram para a expansão da terceirização de serviços foi a tentativa de redução dos custos operacionais das empresas, por meio da transferência das responsabilidades de contratação, demissão e gestão de mão-de-obra a outras empresas. No competitivo mercado de empresas intermediadoras de mão-de-obra, o valor do serviço assume uma primordial importância na escolha da empresa tomadora.

Em tese, a prática da terceirização deveria onerar ainda mais as empresas tomadoras de serviços, uma vez que estas teriam que arcar com as despesas equivalentes à remuneração dos terceirizados, além das despesas com os custos operacionais das empresas prestadoras de serviços, bem como os lucros de sua atividade. Entretanto, na busca da competitividade, as empresas buscam o menor preço, gerando a precarização das condições de trabalho, com o fito de alcançar um menor custo e, conseqüentemente, um menor preço.

A prática de intermediação de mão-de-obra propicia um aviltamento da remuneração dos terceirizados, uma vez que a decomposição do processo produtivo propicia a contratação de trabalhadores com pouca qualificação profissional, como esclarece Leite⁶⁷:

Não é só porque têm menos recursos econômicos, mas também porque se dedicam em geral a partes do processo produtivo de menor valor agregado, que exigem uma mão-de-obra menos qualificada. Nesse contexto, enquanto diminui vertiginosamente o número de trabalhadores empregados nas grandes empresas industriais, onde se concentra a mão-de-obra qualificada, aumenta o emprego precarizado e pouco qualificado ao longo da cadeia produtiva.

A terceirização permite concretizar um dos principais objetivos das novas políticas de gestão empresarial do trabalho, baseadas na reestruturação produtiva: a flexibilização dos contratos de trabalho. Com efeito, com a intermediação de trabalhadores por outras empresas,

⁶⁷ LEITE, 1997, apud BATISTA 2006, p. 61

permite-se, sem amparo legal e sob responsabilidade de terceiros, as contratações flexíveis e precárias, como as de tempo determinado e por tarefa.

Jorge Luís Solto Maior⁶⁸ afirma que a terceirização, na prática, esta sendo utilizada apenas como “mera técnica para fraudar direitos trabalhistas- e, muitas vezes, para desviar obrigações administrativas, quando utilizadas no setor público”.

A nocividade dessa prática, entretanto, é mais intensa do que pode transparecer a uma análise superficial dessa realidade. Com efeito, na busca incessante de redução de custos por meio da precarização dos contratos de trabalho, as grandes empresas “externalizam” a sua produção, com o fito de pagar uma remuneração ínfima, em países em que a intensa exploração do trabalhador é admitida, como pontuado por Castel⁶⁹:

A internacionalização do mercado de trabalho acentua a degradação do mercado nacional. As empresas subcontratam também (flexibilidade externa) em países onde o custo da mão-de-obra é várias vezes menos elevado. Num primeiro momento, essa forma de deslocamento afeta sobretudo os empregos subqualificados e as indústrias tradicionais. O processo de subcontratação é agravado com o processo de terceirização das atividades. O problema atual não é apenas o da constituição de uma ‘periferia precária’, mas também o da ‘desestabilização’ dos estáveis.

A terceirização é uma das expressões mais significativas do processo de flexibilização do trabalho e de sua conseqüência principal: a precarização. São homens e mulheres que são intensamente explorados e que vivem para o trabalho, sob o risco de serem descartados a qualquer momento, conforme a conveniência do mercado, gerando instabilidade e insegurança para o trabalhador, como nota Souto Maior⁷⁰:

Com efeito, a terceirização, esta ‘técnica moderna de produção’, nos termos em que foi regulada, significou uma espécie de ‘legalização’ da redução dos salários e da piora das condições de trabalho dos empregados. Sob o prisma da realidade judiciária, percebe-se facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a justiça para resgatar um pouco de dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a ser a justiça do ‘ex-empregado de alguém, só não se sabe quem’

Além disso, a terceirização fragiliza a ação dos sindicatos na defesa dos trabalhadores. A ação sindical denuncia a terceirização como um forte fator de desagregação e enfraquecimento dos trabalhadores. Os sindicatos afirmam que o atual modelo de organização da produção contribui para a degradação das condições de trabalho, a diminuição do emprego,

⁶⁸ SOUTO MAIOR, 2008 apud JÚNIOR, 2012, p. 87

⁶⁹ CASTEL, 2008, p. 524.

⁷⁰ SOUTO MAIOR, 2004, apud BATISTA, 2006, p.87

a rotatividade dos empregados e precariedade do vínculo empregatício, dificultando a solidariedade e formação entre os trabalhadores.

O DIEESE⁷¹ identifica duas espécies de terceirização: a reestruturante, que configura um novo modelo de gestão empresarial baseado em novos recursos tecnológicos e na transferência de riscos, bem como de inovações organizacionais; e a predatória, marcada pela mera intermediação de mão-de-obra, feita com o único objetivo de reduzir os custos trabalhistas com base na exploração do trabalhador, o qual fica envolvido em condições de trabalho absolutamente precárias.

A terceirização no setor bancário reveste-se de aspectos particularmente dramáticos. Os bancos passaram a adotar métodos de flexibilidade funcional, obrigando os bancários a executarem várias atividades distintas ao mesmo tempo, o que foi possível graças ao avanço das novas tecnologias. Assim, em dez anos⁷², o número de trabalhadores bancários caiu pela metade. Nessa área em particular, o avanço da informática e a internacionalização do capital com o aumento da concorrência tiveram conseqüências nefastas aos trabalhadores, os quais se encontram submetidos a constantes pressões por resultados.

O DIEESE informa que, no setor bancário, a terceirização se expandiu em escalas imagináveis. Tanto os setores operacionais como não-operacionais dos bancos encontram-se imiscuídos dessa prática. Com efeito, as atividades periféricas (ou atividade-meio) se encontram quase que integralmente ocupadas por terceirizados, que agora se expandem para outros setores, antes executados pelos próprios bancos, como o da informática⁷³.

Com isso, percebe-se que, em muitos casos, a terceirização não é utilizada apenas como uma forma de aprimorar e desenvolver um setor específico dentro da empresa, mas também como forma de burlar os direitos trabalhistas por meio de um contrato de locação de mão-de-obra, em clara lesão à dignidade do trabalhador, o qual geralmente tem sua remuneração estipulada em valores aviltantes.

Para piorar o quadro de desamparo no qual se encontra o terceirizado, a legislação não assegura a isonomia salarial e de tratamento entre os empregados da tomadora e os terceirizados, salvo nos casos de trabalho temporário. Ademais, um dos mais nocivos efeitos no que se refere à terceirização é a desarticulação sindical. Como os terceirizados não pertencem à mesma categoria dos trabalhadores das empresas tomadoras, o movimento pela busca de direitos é fragilizado, o que geralmente resulta em prejuízos para os terceirizados, já que a categoria da tomadora geralmente goza de maiores benefícios trabalhistas.

⁷¹ DIEESE, 1993, *apud* PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 84.

⁷² SEGNINI, 1999, p. 191 *apud* BATISTA, 2006, p. 16.

⁷³ DIEESE, 1994, p. 11 *apud* BATISTA, 2006, p. 65

Entretanto, a jurisprudência do TST vem se posicionando no sentido da isonomia salarial, conforme se pode notar pela redação da OJ 383, da SDI-1, a qual prescreve que a contratação ilegal por empresa interposta na Administração Pública não gera o vínculo de emprego, não afastando, entretanto, o direito à isonomia salarial, se comprovado que empregados os terceirizados executavam as mesmas funções dos contratados pelo tomador de serviços.

Entretanto, a isonomia salarial não existe na prática. No setor bancário, especificamente, esse processo se deu de forma mais intensa. Trabalhadores terceirizados executam trabalhos tipicamente bancários, sem que tenham os mesmos direitos destes. Tal processo foi regulamentado pelo Banco Central, o qual editou resoluções acerca da contratação de empresas para funções correspondentes, gerando o aumento dos correspondentes bancários. Nesse sentido, manifesta-se Segnini⁷⁴:

O desemprego elevado no setor possibilita que bancários anteriormente qualificados pelos bancos sejam contratados pelas terceirizadoras de serviços em condições precárias, sobretudo em relação aos direitos trabalhistas. Na empresa terceirizadora de compensação de cheques, dos quatro mil funcionários, 95% haviam trabalhado em banco anteriormente. O salário de um compensador nessa empresa representa 33% do salário no banco estatal na mesma função, e 70% no banco privado estrangeiro. A jornada de trabalho é freqüentemente desrespeitada e mais longa em comparação aos bancos.

Um dos aspectos mais evidentes dessa precarização ocorre quando empregados são dispensados pela empresa-mãe e contratados por terceirizadas para executar o mesmo serviço na mesma empresa, com a supressão de muitos de seus antigos direitos. Nesse sentido, a constatação do DIEESE⁷⁵:

Os funcionários são demitidos de empresa-mãe e contratados pelo novo fornecedor, muitas vezes de propriedade do antigo gerente da área. Esta passagem é feita com a perda de todos os direitos antes garantidos na outra empresa. Salários menores, inexistência de benefícios como alimentação e transporte, dificuldade de organização sindical, falta de políticas de treinamento, ritmo de trabalho mais intenso, ambiente degradado: é este o panorama freqüentemente descrito pelos trabalhadores em contato com essas experiências concretas.

Com a precarização das relações laborais, aumenta a sensação de insegurança do trabalhador, bem como o problema da má distribuição de renda, afetando, de maneira significativa, as pequenas e médias empresas, as quais dependem do consumo no mercado interno. Com esse quadro dramático, o trabalhador se submete a condições de trabalho mais aviltantes, piorando os sintomáticos quadros de stress e de doenças e acidentes profissionais, gerando graves problemas sociais, inclusive previdenciários.

⁷⁴ SEGNINI, 1999 *apud* BATISTA, 2006, p. 66

⁷⁵ DIEESE, 1994, BATISTA, 2006, p. 55.

2.3. Histórico Legal

Como já anteriormente abordado, a terceirização é uma realidade relativamente recente, que, no Brasil, desenvolve-se exponencialmente nas últimas décadas. Entretanto, em um caso típico de “revolta dos fatos contra o Direito”, esse fenômeno desenvolve-se inicialmente à contrariedade dos magistrados do trabalho. Ainda hoje, pode-se afirmar que a terceirização é uma realidade desamparada pela lei.

Na época em que a CLT foi elaborada, a terceirização não havia adquirido as dimensões hodiernas e não havia projeções de que tal forma de contratação se ampliasse da forma tão vertiginosa. Assim, nela só há dois dispositivos legais que fazem referência à subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e a sub-empreitada (art. 455), a qual engloba a pequena empreitada (art. 652, “a”, III).

Na década de 1960, inicia-se uma profunda reforma na Administração Pública, a qual resultou no Decreto-Lei n. 200/67, o qual preconizava, dentre outras coisas, a descentralização e o enxugamento da máquina administrativa, prescrevendo, no parágrafo § 7º, do artigo 10:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução

Entretanto, a redação desse dispositivo legal gerou controvérsias, pois pairavam dúvidas acerca de que atividades poderiam ser objeto de execução indireta, uma vez que a expressão “tarefas executivas” carecia de maior precisão. Como a Administração Pública se rege pelo princípio da legalidade, a incerteza acerca dos limites desse permissivo legal gerava grave insegurança jurídica.

Na interpretação de Carelli⁷⁶, o referido decreto-lei, em nenhum momento, teria permitido a possibilidade de fornecimento de pessoal, mas sim a terceirização como cessão de tarefas ou serviços a serem realizados de forma independente por empresas especializadas.

Sobreveio então a Lei 5.645/70 com o objetivo de especificar quais encargos poderiam ser terceirizados, prescrevendo no parágrafo único do artigo 3º:

⁷⁶ CARELLI, 2005 apud MARCELINO, Paula Regina Pereira. Terceirização e ação sindical: A singularidade da reestruturação do capital no Brasil. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p. 106.

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, par. 7 do Decreto-Lei 200

Já no setor privado, o primeiro dispositivo regulador da terceirização foi a Lei 6.019/74, a qual permitiu, por até três meses, prorrogáveis por órgão local do Ministério do Trabalho, a contratação de trabalhadores vinculados a empresas de trabalho temporário, desde que houvesse necessidade transitória de substituição de pessoal regular ou acréscimo extraordinário de serviços.

O Decreto n. 73.841/74 regulamentou a Lei n. 6.019/74, prescrevendo, no caput do art. 2º, que a empresa de trabalho temporário tem por finalidade “colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dele necessite”. Entretanto, como a lei não previu a necessidade de especialização no serviço, o referido decreto extrapolou o âmbito meramente normativo, extravasando os limites postos em lei.

Nos casos legalmente previstos para o trabalho temporário, não há a necessidade de o trabalhador dedicar-se a atividades periféricas ou atividade-meio na empresa contratante. É permitida, nesse caso, a execução de serviços ligados à atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

A referida lei determinou, no seu artigo 12, alínea “a”, ainda, a paridade salarial entre o trabalhador temporário e a dos empregados pertencentes à mesma categoria na empresa tomadora.

Segundo Cicarelli⁷⁷, esta lei é injustificável para a realidade brasileira. A inspiração desta lei seria européia. Entretanto, uma vez que na Europa vige a garantia do emprego, salvo motivo justificado, a lei seria uma flexibilização necessária diante da necessidade de contratação temporária de trabalhadores. Entretanto, no caso brasileiro, quando a lei entrou em vigor já não existia mais a estabilidade na prática, podendo o trabalhador ser dispensado por uma “mísera indenização”.

Posteriormente, em 1983, sobreveio a Lei 7.102/83, regulando o trabalho de vigilantes em estabelecimentos bancários e em transporte de valores. A razão de tal dispositivo deve-se ao fato que, nas décadas de 1970 e 1980, os roubos a bancos se tornaram intensos. Assim, sobreveio uma legislação federal que exigia dessas instituições financeiras serviços adequados de segurança, os quais poderiam ser prestados por empresas especializadas nesse tipo de atividade.⁷⁸

⁷⁷ CICARELLI, 1993 apud MARCELINO, 2008, p. 63.

⁷⁸ GARCIA, 2009, p. 4.

Posteriormente, a lei 8.863/94 ampliou as hipóteses previstas na lei 7.102/83, aumentando o rol de hipóteses de terceirização, na medida em que permitiu a ampliação das áreas de atuação dessas empresas, acrescentando um parágrafo II ao artigo 10:

As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

Com a ampliação das áreas passíveis de terceirização, houve um intenso incremento desta prática, o que alavancou a utilização desse método de gestão de mão-de-obra, principalmente em grandes empresas, que desejavam descentralizar o processo produtivo.

Posteriormente, houve ainda uma mudança legislativa provocada pela lei 8.949/94 que provocou um incremento nas práticas de terceirização. Tal norma alterou a CLT, no parágrafo único do art. 442, dispondo que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Com isso, passou-se a uma onda de terceirizações realizadas de forma fraudulenta, em que os supostos “cooperados” eram verdadeiros empregados. Com efeito, conforme lição de Maurício Godinho⁷⁹, numa sociedade cooperativa regular faz-se necessária a existência de dois princípios: remuneração diferenciada (permitindo ao cooperado obter uma retribuição pessoal maior do que obteria caso não fosse associado) e a qualidade de ser, ao mesmo tempo, cooperado e cliente.

Entretanto, sob a roupagem jurídica de cooperativa, foram criadas verdadeiras empresas de intermediação de mão-de-obra, em evidente burla à legislação laboral, o que levou a jurisprudência trabalhista a declarar a existência de vínculo de emprego com o tomador de serviços.

A difusão da prática de terceirização no âmbito da Administração Pública gerou diversas atuações por parte do Ministério Público do Trabalho e das entidades representativas dos trabalhadores. Assim, foi editado o Decreto n 2.271/97, o qual limitou as hipóteses de terceirização na Administração Pública Federal, vedando, por exemplo, a subordinação dos terceirizados à administração da contratante e a caracterização exclusiva do objeto do contrato como fornecimento de mão-de-obra.

⁷⁹ GODINHO, 2011, p. 432.

Percebe-se, claramente, que a terceirização é uma realidade desamparada pela lei, já que não há norma específica que regule a questão no setor privado. Diante da expansão desse fenômeno, coube à Justiça do Trabalho, com base nos princípios do Direito do Trabalho e utilizando-se da interpretação sistemática, tutelar esse novo tipo de relação laboral, o que o fez por meio de súmulas, em especial a Súmula 331 do TST, o qual considerou a contratação por empresa interposta um ato ilícito, salvo nos casos de trabalho temporário, serviço de vigilância e serviços ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

3 ADVENTO DO CRITÉRIO DE ATIVIDADE-MEIO

3.1.1 A regulação da terceirização por meio da evolução jurisprudencial

Com exceção das hipóteses taxativamente previstas em lei, a jurisprudência trabalhista não aceitava a terceirização dos serviços, pois tal prática violaria uma série de princípios do Direito do Trabalho, como o da personalidade e o da subordinação jurídica. Tratar-se-ia, na verdade, de mera intermediação de mão-de-obra, feita de forma fraudulenta, violando o artigo 9º da CLT e tendo como consequência a formação do vínculo do trabalhador terceirizado diretamente com a empresa tomadora de serviços.

Entretanto, não obstante a resistência jurisprudencial, a prática da terceirização se expandia principalmente em setores do mercado financeiro. Os bancos, por exemplo, ampliavam os contratos de terceirização, inclusive os referentes à prestação de serviços relacionados à tecnologia de informação (T.I).

Diante dos conflitos judiciais decorrentes da contratação de terceirizados para a execução desses serviços, o TST editou o Enunciado 239, o qual prescrevia que “é bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco do mesmo grupo econômico”.

O verbete teve por objetivo evitar as fraudes, pois os bancos estavam criando empresas especializadas na área de tecnologia da informação, com o objetivo de contratar terceirizados para executar funções bancárias. Era uma nítida tentativa de burlar a legislação trabalhista, uma vez que esses terceirizados não têm os mesmos direitos assegurados à classe bancária.

Consolidando seu entendimento acerca do tema e ampliando as hipóteses de incidência do Enunciado para as outras categorias, o Tribunal Superior do Trabalho editou posteriormente a Súmula 256 (atualmente cancelada), a qual prescrevia:

Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 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

Pela sua redação, a Súmula 256 pareceu vedar a prática de terceirização, com exceção das decorrentes de contrato temporário e de serviços de vigilância. A súmula, entretanto, carecia de maior precisão e não contemplava as hipóteses específicas para a Administração Pública previstas em leis anteriores, conforme salientado por Maurício Godinho Delgado⁸⁰:

a mencionada súmula *pareceu* fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10 ed.- São Paulo: LTr, 2011, p. 415

Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70- exceções consubstanciadoras de um *comando legal* ao administrador público- não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Carta Constitucional de 1988 (art. 37, II e (parágrafo) 2), não tinha guarida na compreensão estrita contida na súmula 256.

O TST entendeu que, no contrato de terceirização, o empregador real é a empresa tomadora de serviços, formando-se o vínculo de emprego diretamente com esta, inclusive com os entes estatais, se a contratação fosse anterior à Constituição de 1988.

Consolidando seu entendimento, o TST editou, posteriormente, a OJ 321 da SDI-1, a qual tem a seguinte redação atual:

OJ-SDI1-321 VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. (nova redação, DJ 20.04.2005) Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.

A prática, entretanto, revelou que a ausência de lei regulando a terceirização gerava um estado de grave insegurança jurídica, prejudicando o desenvolvimento empresarial e rendendo pesadas críticas à Justiça e ao Direito do Trabalho.

Em 1993, O TST, revendo seu posicionamento anterior, cancelou o Enunciado 256 e editou a Súmula n. 331, regulando parcialmente o fenômeno da terceirização. Na prática, o Tribunal legislou a dispor acerca das hipóteses de licitude desse tipo de contrato, bem como ao estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

3.1.2 O estabelecimento das hipóteses de licitude da terceirização por meio da Súmula 331 do TST

Apesar de trazer novos paradigmas na tutela dos contratos de terceirização, a súmula n. 331⁸¹ carrega muito do posicionamento anterior do TST, prescrevendo, em seu inciso I, que,

⁸¹ CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

salvo nos casos de trabalho temporário, a contratação por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços.

Com esse inciso, o TST veda a mera locação de mão-de-obra e aplica as disposições da CLT que versam acerca dos conceitos de empregado e empregador. Com efeito, a terceirização não pode se revestir de uma roupagem jurídica que tenha por objetivo burlar a formação do vínculo de emprego com o verdadeiro empregador, por meio da interposição de empresas terceiras.

Ao vedar a contratação por empresa interposta, o TST aplicou diversos princípios do Direito do Trabalho, como se pode notar pelas palavras de Vólia Bonfim⁸²:

A intermediação de mão-de-obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviços a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único empregador; do mesmo enquadramento legal, etc. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços

O inciso II, confirmando a orientação jurisprudencial precedente, dispôs que a contratação irregular de trabalhadores por meio de empresas interpostas não gera vínculo com a Administração Pública. Com efeito, a Constituição da República prescreve a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Seria inadmissível que a conduta ilícita do administrador público que se utilizasse da terceirização de forma irregular pudesse gerar o vínculo de emprego diretamente com a Administração.

O inciso III prescreve a licitude da terceirização nos casos de serviços de vigilância e de limpeza, bem como nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Há críticas doutrinárias quanto ao uso da terminologia “licitude/ilicitude” do contrato de terceirização, sob o argumento de que não há lei específica que regule a matéria. Nesse sentido, Vólia Bonfim⁸³:

Na verdade, as terceirizações devem ser classificadas como regulares ou irregulares, porque não há lei que as proíba e nem todas se enquadram nos contornos apontados pelos autores acima, bastando analisar o caso das subcontratações de atividade-fim que não geram vínculo com o tomador por ausentes os requisitos dos arts. 2 e 3 da CLT. Nesse caso, a terceirização não infringiu nenhuma lei nem fraudou nenhum direito, mas é irregular, por ser de atividade-fim.

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

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

⁸² CASSAR, 2012, p. 512

⁸³ *Ibidem*, p. 517

A súmula veda a pessoalidade na prestação dos serviços. A pessoalidade permite que a empresa interposta disponha da forma como quiser os trabalhadores, podendo fazer os remanejamentos que reputar convenientes, não podendo a empresa tomadora exigir a prestação por determinado profissional. .

Para a caracterização da licitude da terceirização, há ainda a necessidade de ausência de subordinação direta, que pode ser definida como aquela em que as ordens, a direção e a supervisão dos serviços são feitas diretamente ao empregado, sem a intermediação de outrem. Porém, não há um entendimento pacificado acerca desse conceito. Com efeito, se a súmula se utiliza dessa terminologia, pode-se concluir, a contrario sensu, que há também uma “subordinação indireta”. De qualquer forma, o dispositivo veda que a direção da prestação pessoal de serviço do terceirizado seja executada pela tomadora.

A necessidade de ausência de subordinação direta para a caracterização da licitude da terceirização é alvo de contundentes críticas de juristas que afirmam que é impossível um processo de terceirização permanente sem a presença da subordinação direta. Os críticos da adoção desse critério afirmam que é “idealista” e “obscura” a tentativa de tirar da empresa tomadora a possibilidade de gerenciar os terceirizados⁸⁴.

Maurício Godinho Delgado⁸⁵ defende o afastamento do critério de “subordinação direta”, pelo da subordinação estrutural ou integrativa, que seria caracterizada pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ordens diretas. Assim, no caso de execução de atividade-fim pelo empregado terceirizado, estaria configurada a subordinação estrutural, já que o funcionário estaria integrado na dinâmica estrutural do tomador de serviços.

O inciso IV da súmula 331 estabelece a responsabilidade subsidiária entre o tomador e o prestador de serviços no caso de inadimplência das verbas trabalhistas por parte da empresa terceirizada, devendo o tomador responder pela integralidade das verbas. Tal dispositivo afigura-se importantíssimo na defesa do trabalhador, uma vez que as empresas terceirizadas são, em sua maioria, pequenas empresas, sujeitas fortemente às variações de mercado e, conseqüentemente, à falência.

Diante do inadimplemento das verbas do trabalhador terceirizado, seria inadmissível que o tomador de serviços não fosse responsabilizado, uma vez que o funcionário prestou serviços para sua empresa, apesar de contratada pela prestadora de serviços. Ao contratar os

⁸⁴ Cf. PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 90.

⁸⁵ CASSAR, 2012., p. 538.

serviços de terceirizados, a tomadora assumiu os riscos inerentes à atividade econômica, incluindo o risco de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada.

A responsabilidade da tomadora de serviços afigura-se como um risco do negócio jurídico que deve ser assumido, sob pena de assistirmos, inertes, ao desamparo de milhares de trabalhadores dispensados de prestadoras de serviços, sem o recebimento das verbas devidas.

O inciso V atualmente estabelece uma exceção no que concerne à responsabilidade da administração pública, a qual só poderá ser responsabilizada subsidiariamente se ficar evidenciada a conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora de serviços.

Tal entendimento foi formado a partir da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93, o qual prescreve que o contrato é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários e comerciais decorrentes do contrato, não podendo a administração pública ser responsabilizada pelo inadimplemento desses encargos.

Entretanto, o STF ressaltou na decisão que é possível a transferência da responsabilidade, caso provada a culpa in vigilando ou in eligendo por parte da Administração Pública. Nesse sentido, o inciso V da Súmula 331 ressalta que a responsabilidade da Administração Pública não decorre automaticamente do inadimplemento, devendo-se provar a conduta culposa no descumprimento das obrigações prescritas na Lei n. 8.666/93, principalmente no que se refere à fiscalização das obrigações legais e contratuais da prestadora de serviços.

Pelo exposto, podemos inferir que a súmula n. 331 permite a terceirização de serviços em quatro hipóteses: trabalho temporário, serviços de vigilância, atividades de conservação e de limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, o qual não estava prevista nem em lei, nem na Constituição Federal.

3.3 Os conceitos de atividade-fim e atividade-meio

A súmula 331 do TST traz assim, em seu inciso III, um novo critério de discernimento da licitude do contrato de terceirização: a execução de atividade-meio, prescrevendo:

Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n 7.102, de 20/06/1983) e de conservação e limpeza, bem como o de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação jurídica

Entretanto, tal conceito tem sua gênese na ciência da Administração, não possuindo pacífica definição jurídico-trabalhista. Como a referida súmula não define essa terminologia,

há graves dissensos envolvendo o alcance e o significado deste conceito. Até mesmo na Ciência da Administração se discute a permeabilidade desses conceitos, cuja delimitação é extremamente complexa.

Para a Administração, o conceito de atividade-fim está ligado à finalidade para a qual a empresa foi constituída, constituindo no produto ou serviço final que a mesma oferece. Todas as outras atividades seriam meramente instrumentais e poderiam ser terceirizadas, não importando que a natureza dos serviços revele necessidade de trabalho permanente⁸⁶.

Segundo Washington Trindade⁸⁷, por atividade-fim se entende aquela cujo objetivo é registrado na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas. Nesse sentido, a determinação da atividade-fim estaria ligada ao objeto do contrato social.

Martins⁸⁸, utilizando-se desse critério, define esse conceito e o de atividade-meio da seguinte forma:

Atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social. Para o Direito Comercial, atividade-fim é aquela que consta do objeto do contrato social. É a atividade principal. [...] A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar.

Pelo exposto, percebe-se que há juristas que pretendem definir atividade-fim a partir da averiguação do objeto social da empresa. Assim, atividade-meio seriam aquelas meramente procedimentais que “não representam o objeto social da empresa, não sendo diretamente necessárias para a consecução dos fins empresariais”⁸⁹.

Entretanto, esse critério fornece uma ampla liberdade à empresa, a qual pode eleger a sua atividade-fim e considerar como atividade-meio aquela que lhe for conveniente. Nesse sentido, são esclarecedoras as colocações de Palmeira Sobrinho⁹⁰:

Nesse sentido, pelo parâmetro jurisprudencial, não seria atividade-fim o trabalho da costureira que, ao prestar serviços em sua própria residência, entrega a sua produção para uma empresa que se autodefine como simples fornecedora de roupas para lojistas; por outro lado, segundo ainda as mesmas diretrizes, haveria atividade-fim se a tal empresa passasse a se autodefinir como fabricante. A premissa meio e fim torna-se ainda inconsistente à medida que não atende a generalidade dos casos.

⁸⁶ RUSSO, 2007, p. 10.

⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007, p 337.

⁸⁸ MARTINS, 2005, p. 136 *apud* MARCELINO, 2008, p. 56.

⁸⁹ JÚNIOR, 2002, p. 90

⁹⁰ PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 90.

Ademais, o objeto social da empresa pode ser modificado. Numa empresa de montagem de veículos, por exemplo, é difícil delimitar qual a atividade-fim. Ora, nesse caso, não é a montagem do veículo em si que é a atividade finalística, mas sim a concepção dos projetos ou o desenvolvimento da tecnologia. Levando-se em consideração esses fatores, na prática, qualquer atividade pode ser terceirizada⁹¹.

Entretanto, não há unanimidade na caracterização da atividade-meio a partir do objeto social da empresa. Na definição de Maurício Godinho, a atividade-meio seria aquela que pode ser definida como as “que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo”⁹².

Segundo Silva⁹³, o objetivo da súmula ao adotar esses critérios foi afastar os elementos caracterizadores da relação empregatícia quando da execução, por terceiros, de serviços especializados que fogem da rotina do trabalhador da tomadora de serviços. A própria execução de atividades ligadas somente à atividade-meio daria uma idéia de afastamento dos objetivos principais da empresa.

Entretanto, o critério de atividade-fim adotado pela súmula do TST não foi adotado por outros institutos legais que permitem que particulares executem serviços públicos, como é o caso das concessões de serviço público, regidas pela Lei n. 8.987/95. Com efeito, é inegável que serviços como o de transporte, gás, telefonia e rodovia se inserem na atividade-fim do Estado. Porém, não há nenhum óbice para que tais serviços sejam executados pela iniciativa privada.

A Administração Pública pode terceirizar serviços, contratando terceiros, por meio da concessão e da permissão. O art. 2º, inciso II da Lei n. 8.987/95 define concessão e permissão, dispondo, em ambos os casos, que se trata de delegação da prestação de serviços públicos.

O art. 25, § 2º da referida lei dispõe que a empresa prestadora de serviços poderá ser contratada pelas concessionárias para “o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido”. Devido à utilização do termo “inerente”, há entendimentos no sentido de que a lei estabeleceu exceção à regra geral de vedação à utilização de terceiros para atividade-fim da empresa.

Entretanto, o TST, por meio de Ação Civil Pública n. 134640-23.2008.5.03.0010, entendeu que a terceirização de trabalhadores para a execução de atividade-fim da tomadora é

⁹¹ Cf. MARCELINO, 2008, p. 45

⁹² JÚNIOR, ob. cit, p. 90

⁹³ SILVA, 2011, p. 79

irregular, afastando a interpretação que postulava que o termo “inerente” utilizado na Lei n. 8.987/95 legitimaria a terceirização de atividade-fim.

Há ainda polêmicas que envolvem a terceirização nos setores de comunicação. A lei n 9.472/97 (Lei Geral das telecomunicações), no seu artigo 60, parágrafo primeiro, conceituou a atividade-fim das referidas empresas, prescrevendo que

Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

A referida lei, no art. 94, inciso II, dispõe que a empresa concessionária poderá “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. Assim, há entendimento doutrinário segundo o qual a referida lei teria permitido a terceirização da atividade-fim das empresas de telefonia.

No que se refere especificamente ao serviço de telecomunicações, O TST⁹⁴ já se posicionou em relação à matéria, decidindo que a licitude na atividade-fim no caso de empresa de telefonia não afasta a responsabilidade da tomadora de serviços:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pelo reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

Assim, podemos concluir que a doutrina e a jurisprudência se inclinam no sentido de considerarem como atividade-fim aquela para qual a empresa foi concebida, no contrato social. Dessa forma, atividade-meio seria toda aquela atividade de suporte necessária à obtenção do resultado final, podendo ser entendida como atividades de suporte ou acessórias.

⁹⁴ RR. 764007820075030106 76400-78.2007.5.03.0106, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 01/12/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/12/2010

3.4 O tênue limite entre atividade-fim e atividade-meio

Apesar de ser possível definir teoricamente os critérios de atividade-fim e atividade-meio, escolhidos pelo TST como distintivos da licitude do contrato de terceirização, a caracterização desses conceitos na dinâmica da atividade empresarial moderna é difícil, tornando-se praticamente impossível delimitar com precisão quais são as atividades meramente acessórias e quais são essenciais à empresa, uma vez que os conceitos de atividade-fim e atividade-meio são genuinamente administrativos, e não jurídico-trabalhistas.

A súmula prescreve que é legítima a terceirização de serviços ligados à atividade-meio do tomador, exemplificando com os serviços de manutenção e limpeza. Entretanto, mesmo nos exemplos citados na súmula, é possível se visualizar a possibilidade de utilização de terceirizados para atividade-fim. Nesse sentido, manifesta-se Souto Maior⁹⁵: “o serviço de limpeza, normalmente apontado como atividade meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade meio?”.

O Min. Vantuil Abdala, um dos idealizadores da súmula n. 331, afirma que o magistrado, ao se deparar com atividades cuja classificação seja complexa, deve primeiramente considerar “as razões mais elevadas do instituto- a especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa: a busca de maior eficiência na sua finalidade geral, e não apenas a redução de custos”⁹⁶.

Reconhecendo a impossibilidade prática de cindir o processo produtivo e delimitar as atividades essenciais das meramente procedimentais, Ophir Cavalcante Júnior⁹⁷ cita o exemplo das montadoras de veículos, que atualmente terceirizam parte significativa de sua produção:

[...] com o advento da globalização da economia ou universalização dos mercados aliadas às novas técnicas de administração está cada vez mais difícil definir o que seja atividade acessória ou principal de uma empresa. Um exemplo é o caso das montadoras de automóveis, que hoje em dia se resumem a isto, montar, sendo que a fabricação de todos os componentes é terceirizada. Ou será que os componentes não são essenciais ao produto final?

Luís Carlos Amorim Robertella afirma que o critério de atividade-meio não é idôneo para a caracterização da terceirização. Segundo o autor, quando não há intenção de burlar a legislação trabalhista, a terceirização deve ser reconhecida como fator de crescimento econômico e de geração de empregos, o que faz com que tal prática seja paulatinamente admitida, mesmo nas atividades-fim. O Direito do Trabalho deveria repudiar “essa espécie de

⁹⁵ SOUTO MAIOR, 2004, p. 2 apud BATISTA, 2006, p. 75.

⁹⁶ SILVA, 2011, p. 76

⁹⁷ JUNIOR, 1996 apud GARCIA, p. 12.

pan-trabalhismo que marca a doutrina, levando-a à tentação de atrair e tutelar uniformemente todas as relações jurídicas de trabalho”⁹⁸.

O Enunciado 331 gerou uma série de controvérsias ao legalizar apenas a terceirização das atividades-meio, já que há muito celeuma acerca desse conceito e não existem critérios seguros para a delimitação precisa de cada parte do processo produtivo como essencial ou meramente acessório.

Com efeito, fragmentar os momentos diversos da produção e caracterizar cada parte como sendo ou não atividade-fim é algo pouco consistente. As etapas anteriores são um conseqüente lógico das posteriores, formando um todo integrado em que todos os trabalhadores são necessários para o funcionamento e desenvolvimento da empresa.

Assim, devido à impossibilidade prática de distinguir, com segurança, as atividades meramente procedimentais daquelas essenciais ao funcionamento da empresa, a súmula do TST termina por gerar um grave estado de insegurança jurídica, pois, se considerarmos que a maior parte das atividades reputadas por acessórias se afiguram essenciais quando analisadas a partir da perspectiva de um conjunto integrado com as outras atividades, chegaremos a conclusão que limitar a terceirização à atividade-meio significa, por vezes, inadmiti-la.

Nesse sentido, a jurisprudência demonstra a impossibilidade de distinguir, com clareza, esses critérios, como se pode perceber pela ementa⁹⁹ colacionada abaixo:

TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADE-FIM – Mais do que superficial, d.v. é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrado sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo final. Inexiste, em qualquer processo produtivo, atividade-fim específica. O desenvolvimento da produção é composto de elos que se entrelaçam a formar a corrente final do objetivo negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo.

A impossibilidade de delimitar o processo produtivo nas categorias propostas pela referida súmula é perceptível por meio de conflitos judiciais em que o mérito da ação estava relacionado à execução de atividade-fim pelo terceirizado. Assim, uma empresa de bebidas foi condenada por terceirizar o serviço de rotulação de garrafas; um banco, condenado por terceirizar o serviço de compensação bancária; e uma instituição financeira foi condenada porque um auxiliar de cobrança terceirizado prestava serviços em sua dependência¹⁰⁰.

⁹⁸ SILVA, 2011, p. 19.

⁹⁹ TRT 3ª Região – RO 13.812/93 – 4ª Turma – Rel. Juiz Antonio F. Guimarães – DJMG 12.02.1994.

¹⁰⁰ PASTORE, 2008, p. 10.

Pelo exposto, percebe-se que só é possível auferir a licitude da terceirização de forma pontual, analisando o caso concreto, conforme afirma o Ministro do TST¹⁰¹:

Não há ainda um critério científico e apriorístico para delimitar os serviços ou funções que dizem respeito, ou não, à atividade fim da empresa, de modo que, em derradeira análise, salvo nos casos expressamente previstos em lei, a licitude da terceirização dependerá sempre do exame de cada caso concreto.

Há situações nas quais a terceirização se mostra absolutamente inadequada, como nos casos do desenvolvimento tecnológico dos produtos, o desenvolvimento de novos negócios e a definição de estratégias de comercialização, as quais são setores estratégicos.

As empresas dificilmente conferem às terceirizadas o desenvolvimento desse tipo de atividades, por ser parte estratégica de seus negócios. Assim, há um núcleo em que a empresa permanecerá com trabalhadores primeirizados, mesmo diante da ascensão dessas formas de intermediação de mão-de-obra.

A falta de delimitação precisa gera um sério problema de insegurança jurídica, fazendo com que algumas empresas se “aventurem” em projetos de terceirização, com o risco de enfrentarem futuros processos judiciais, o que acaba por inibir a utilização lícita de serviços prestados por empresas terceirizadas, acarretando indesejáveis entravas ao desenvolvimento econômico.

3.5 Os abusos decorrentes da adoção do critério de atividade-meio pelo TST

As limitações impostas pelo TST à contratação de terceirizados geram muitas críticas de empresários que afirmam que tal posicionamento é retrógrado e desconforme à realidade empresarial em um mundo globalizado. Argumentam que o art. 170 da Constituição Federal assegura a livre concorrência e a livre iniciativa. Assim, afirmam que, se tal prática não é vedada por lei, logo é permitida.

Entretanto, a impossibilidade de se delimitar com precisão o critério adotado pelo TST permite a manipulação e o desvirtuamento do instituto da terceirização, o que acarreta graves prejuízos aos trabalhadores e propicia a precarização das relações laborais.

Uma tática utilizada pelas empresas para classificar uma atividade como atividade-meio é desmembrar o processo produtivo, concluindo, depois, que, na verdade, trata-se de um serviço especializado.

Há quem critique com veemência a utilização deste critério pelo TST, alegando que, na prática, devido à impossibilidade de se distinguir, com clareza, as hipóteses de licitude, o

¹⁰¹ Processo E-ED-RR-330004, decisão de 15.08.08, Rel^a Min^a Maria de Assis Calsing apud PASTORE, 2008, p. terceirização, p. 131.

Tribunal acabou por legalizar a terceirização de uma forma demasiadamente precária, permitindo a intermediação de mão-de-obra. Nesse sentido, Souto Maior¹⁰² pontua:

O Tribunal Superior do Trabalho cometeu uma grave definição jurídica, estabelecida no Enunciado 331, afastando da própria realidade produtiva. Em outras palavras, o Enunciado 331, sob o pretexto de regular o fenômeno da terceirização, acabou legalizando a mera intermediação de mão-de-obra, que era considerada ilícita, no Brasil, conforme orientação que se continha no Enunciado 256, do TST.

Um dos exemplos mais citados de abuso na terceirização ocorre no segmento de montagem de automóveis. A fabricação se faz por meio da subcontratação de um grande conjunto de empresas que trabalham no estabelecimento da montadora. Forma-se uma rede de subcontratações imensa, de modo que “cada um tem a sua proteção de acordo com sua condição de trabalho. Os empregados são amparados pela CLT. Os trabalhadores temporários pela Lei nº 6.019/74. Os autônomos pelo Código Civil e assim por diante”¹⁰³.

O Ministério do Trabalho, com o objetivo de regular a atuação dos fiscais do trabalho na averiguação da irregularidade da terceirização, expediu a Instrução Normativa n. 3, de 01/09/07, a qual dispõe acerca da fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços e de trabalho temporário.

O MTE considera essencial a execução e atividade-meio para a averiguação da licitude do contrato de terceirização. Em seu art. 2º, a referida instrução define empresa de prestação de serviços como sendo uma “pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última”.

Em consonância com a Súmula 331 do TST, que veda a subordinação direta do empregado terceirizado ao tomador de serviços, a Instrução prescreve, no art. 1º, §6, que “os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante”.

A referida Instrução prescreve que a contratante e a empresa prestadora de serviços não podem desenvolver as mesmas atividades e que a tomadora de serviços não pode manter trabalhadores em atividade diversa daquela que fora contratada com a empresa de prestação de serviços a terceiros.

Tais orientações visam a combater a forma predatória de terceirização, que se reveste apenas como uma forma de intermediação barata de mão-de-obra. O Ministério do Trabalho,

¹⁰² SOUTO MAIOR, 2004, p. 2 apud BATISTA, 2006, p. 85

¹⁰³ PASTORE, 2008, p. 10.

com essa instrução, traz à lume uma série de indícios que permitem verificar a real finalidade da contratação de terceiros.

A mera locação de mão-de-obra é um atentado à dignidade da pessoa humana. Com efeito, o dispêndio de trabalho é um ato personalíssimo. Alugá-lo a outra empresa fere a nossa sensibilidade por promover uma espécie de “coisificação da força de trabalho”, a qual passa a ser tratada como uma mercadoria negociável no mercado entre as empresas.

Nesse sentido, parte da doutrina considera que a única hipótese legítima de terceirização seria aquela em que a empresa tomadora delega a realização de uma parte da produção, o que representaria “uma técnica de administração permitida pela ordem jurídica, fazendo parte do poder de direção do empregador, o que não torna o trabalho precário”¹⁰⁴.

Nesse sentido, manifesta-se o Tribunal de Contas da União¹⁰⁵:

A verdadeira terceirização é a contratação de serviços e não locação de trabalhadores. Quando uma empresa terceiriza um serviço, sempre uma atividade meio, ela contrata outra empresa para realizar aquela atividade, por sua conta e risco, interessando à empresa tomadora do serviço o resultado, o produto, a tempo e modo, independente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou. Com a locação de mão-de-obra sucede exatamente o contrário. A contratante solicita que se coloque à sua disposição, no lugar que indica, número certo de empregados, que podem ou não ser aceitos e que desenvolverão, sob supervisão do contratante, as atividades que determinar. Trata-se de fraude à legislação trabalhista, nada mais que isso.

Suscita polêmicas a contratação de trabalho de um funcionário terceirizado por um grande período de tempo, pois há correntes doutrinárias que defendem que, se a atividade pertence ao desenvolvimento normal da empresa, o meio utilizado deve ser o contrato de emprego. Nesse sentido, manifesta-se Ives Gandra da Silva Martins Filho¹⁰⁶:

[...] se na prestação do serviço, o componente primordial é a mão-de-obra e não o equipamento [...] e essa mão-de-obra é utilizada quase que exclusivamente pela mesma empresa tomadora de serviço, por vários anos, o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra mais barata.

Pelo exposto, percebe-se a inadequação do critério utilizado pelo TST para a caracterização da licitude do contrato de terceirização, permitindo, por meio de um critério confuso e de delimitação complexa, a mera intermediação de mão-de-obra, com graves consequências para os trabalhadores, que, em muitos casos, submetidos a condições de trabalho precárias e degradantes.

¹⁰⁴Decisão nº 569/96– TCU proferida em 22.11.95 apud JÚNIOR, 2007, p. 90

¹⁰⁵GARCIA, 2009, p. 9

¹⁰⁶MARTINS FILHO, Ives Gandra. Revista Síntese Trabalhista. N. 54, p. 128.

Assim, no Brasil, a terceirização deixou de ser um método de gestão empresarial para aprimoramento do processo produtivo e se tornou uma mera técnica de burla ao Direito do Trabalho, com a instalação da precariedade nas relações laborais.

3.6 A necessidade de uma lei regulamentadora da matéria

Diante da constatação da inadequação do critério de atividade-meio como hipótese caracterizadora da licitude do contrato de terceirização, percebe-se que se faz necessária uma lei que regule o fenômeno de forma a propiciar o aprimoramento e a especialização do processo produtivo sem precarizar as condições de trabalho, vedando-se a utilização da terceirização como uma mera intermediação de mão-de-obra barata e desqualificada.

Infelizmente, a terceirização como locação de mão-de-obra é uma prática extremamente difundida no Brasil, a ponto de o DIEESE¹⁰⁷ referir-se ao fenômeno como “terceirização à brasileira”. Faria¹⁰⁸, em uma pesquisa sobre o tema, constatou que as finalidades da terceirização são a redução das despesas, as mudanças organizacionais, a racionalização produtiva, a especialização flexível e a quebra do movimento sindical.

Assim, constata-se a existência de duas espécies de terceirização: a que Faria denominou de “à brasileira”, cujo único objetivo é a redução de despesas com a exploração do trabalhador por meio da precarização das relações de trabalho, e a “outsourcing total”, a qual é baseada no triple qualidade, competitividade e produtividade.

A indiscriminada aplicação da terceirização parece sugerir o arrendamento do próprio negócio. Assim, com base na análise das finalidades da terceirização, a grande questão que se coloca não é se há ou não delegação da atividade-fim, mas sim se há ou não locação de mão-de-obra.

Segundo Carelli¹⁰⁹, ao Direito do Trabalho não cabe julgar a ilegalidade ou não da terceirização, visto que é um fenômeno de gestão empresarial, mas sim julgar se há burla aos direitos dos trabalhadores. O Direito do Trabalho não rege a vida econômico-empresarial, mas sim o trabalho subordinado.

¹⁰⁷ DIEESE, 2003, p. 13.

¹⁰⁸ FARIA, 1994 apud PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 83.

¹⁰⁹ CARELLI, 2001 apud MARCELINO, 2008, p. 57.

Assim, uma lei que regulasse o fenômeno da terceirização teria que levar em conta as “razões do instituto”. José J. Bezerra Diniz¹¹⁰ afirma que essas razões poderiam ser resumidas nas seguintes: a especialização do trabalho, a concentração de esforços na vocação principal da empresa, a busca de maior eficiência e a diminuição de custos. Presentes esses requisitos, não haveria sentido em distinguir-se atividade-meio de atividade-fim.

Com efeito, as modernas técnicas empresariais sugerem que, em determinados casos, seja permitido que empresas especializadas se dediquem a auxiliar na atividade-fim da empresa tomadora de serviços, como acontece com as empresas montadoras de veículos. Ademais, é difícil a delimitação prática do momento em que cessam as atividades meramente instrumentais e iniciam aquelas que são essenciais à empresa, gerando um grave estado de insegurança jurídica.

Nesse sentido, a única justificativa possível para a terceirização seria o aprimoramento técnico, a especialização de determinadas fases da produção, que seriam executadas por empresas especializadas naquele ramo. A mera locação de mão-de-obra ou terceirização “à brasileira” seria algo muito diverso da verdadeira terceirização. A especialização exigiria uma autonomia técnica e gerencial na execução do serviço ou nos processos de fabricação do produto.

Há uma série de indícios para se averiguar se o que realmente está acontecendo é uma terceirização verdadeira como reestruturação produtiva ou uma mera locação barata de mão-de-obra. Com efeito, Cicarrelli cita alguns desses indícios: a falta de autonomia, a prestação de serviços na planta de trabalho da empresa tomadora e com equipamentos desta e a direção e supervisão a cargo da empresa tomadora.

A verdadeira terceirização, assim, seria incompatível com a determinação da quantidade de trabalhadores que iriam executar aquele serviço ou o estabelecimento das condições de trabalho. Porém, a falta de regulamentação no Brasil acerca do tema, a despeito de seu vertiginoso crescimento, fez com que, na prática, houvesse uma confusão entre terceirização e intermediação de mão-de-obra.

O objetivo principal da terceirização deve ser a “focalização”, a concentração da empresa no seu objeto principal, de forma que a redução de custos seja uma consequência natural de um processo racional de ordenamento do processo produtivo, e não sua finalidade

¹¹⁰DE CASTRO, Cláudio Dias. Terceirização: atividade-meio e atividade-fim. Disponível em: <www.satergs.org.br/artigos/terceirizacao_ativ_meio_ativ_fim.pdf>. Acesso em 11 de jan. de 2012.

primeira, conseguida à custa do sacrifício dos trabalhadores e da precarização das condições de trabalho.

O “feixe de indícios” de Carelli, prática utilizada por países europeus, principalmente a França e a Espanha, parece ser a melhor forma de aproveitar os benefícios oriundos da terceirização, sem precarizar as relações de trabalho, vedando as práticas que, por meio desse modelo de gestão empresarial, pretendem, apenas, burlar os direitos trabalhistas.

Nesse sentido, a partir da perspectiva do trabalhador, os principais indícios que permitem averiguar se há mera intermediação de mão-de-obra são os seguintes: compromisso de execução do serviço por trabalhador determinado; permanência da relação laboral; submissão a controle de método, lugar e tempo de trabalho; meios de trabalho fornecidos pela tomadora; remuneração equivalente a de um assalariado.

Analisando-se a partir do ponto de vista da empresa, os indícios que podem apontar para a mera intermediação de mão-de-obra são os seguintes: gestão do trabalho determinada pela contratante; falta de especialidade do prestador de serviços; fornecimento dos meios de produção; realização de atividade permanente dentro do estabelecimento da empresa; fiscalização do trabalho e emissão de ordens aos empregados pela contratante; prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato; remuneração do contrato baseada no número de trabalhadores; prestação de serviços para uma única empresa tomadora ou realização subsequente dos mesmos serviços por empresas prestadoras distintas, mas com os mesmos trabalhadores, os quais foram remanejados de uma empresa para outra.

Logo, em uma terceirização verdadeira, os trabalhadores terceirizados gozariam de autonomia técnica e gerencial para a execução de seus serviços, conforme previsto na súmula 331 do TST.

Assim, Carelli¹¹¹ resume todas essas evidências a três elementos: gestão do trabalho pela tomadora de serviços; especialização da prestadora de serviços e prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços.

O decreto n. 2.271/97 tentou impedir a prática da terceirização como mera intermediação de mão-de-obra no serviço público federal. Em seu artigo 4º, o referido decreto prescreve que é vedada a inclusão de dispositivo contratual que caracterize o fornecimento de mão-de-obra como objeto exclusivo do contrato. Assim, veda-se a prevalência do “elemento humano” no contrato. No mesmo artigo, o decreto proíbe a estipulação de subordinação direta entre os empregados da contratada à direção da contratante.

¹¹¹ CARELLI, 2001 apud MARCELINO, 2008, p. 34.

Atento a essas questões, entre meados de 2004 e junho de 2007, atuou dentro da CUT um Grupo de Trabalho de Terceirização para debater questões referentes à terceirização. O grupo tinha por objetivos a busca de representação sindical para os terceirizados, a viabilização de negociações coletivas que atendessem os interesses desses trabalhadores e a atuação no Legislativo por meio da apresentação de um projeto de lei que regulamentasse a matéria.

Assim, por meio de um deputado do PT, colocou-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) de número 1621/2007, que versa sobre as relações de trabalho referentes à terceirização.

Os elementos que se destacam no projeto são estes: responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços no caso de inadimplência; igualdade de condições de trabalho e direito à informação prévia do sindicato representativo da categoria acerca dos projetos de terceirização, com discriminação de quais setores seriam terceirizados, quais os impactos para a empresa e quantos trabalhadores seriam afetados.

Tramita ainda o Projeto de Lei 6832/2010. Para concretizar a necessidade de especialização da empresa prestadora de serviços, o referido projeto dispõe, no art. 1º, que os contratos de serviços terceirizados são pactuados entre uma pessoa física ou jurídica com uma prestadora de serviços especializada, assim entendida como a que possua conhecimentos específicos e utilize profissionais adequados para sua atividade.

Nesse sentido, o art. 9º do Projeto n. 6832 prescreve que a contratação de serviços por empresa não especializada configura intermediação de mão-de-obra, importando formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador.

O Projeto n. 6832/2010, com o objetivo de evitar a intermediação de mão-de-obra por meio da perpetuação da contratação da empresa prestadora de serviços, dispõe que o contrato entre a prestadora e a tomadora de serviços terá duração máxima de cinco anos, sendo nula de pleno direito a cláusula que proíba ou imponha limitações quanto à contratação de empregados pela prestadora de serviços.

A aprovação de uma lei que contemplasse como legítima e amparasse as empresas que terceirizam os seus serviços de maneira regular, utilizando-se dessa técnica empresarial para aprimoramento do processo de produção, incrementaria o mercado e conferiria aos empresários a segurança jurídica necessária para a elaboração de seus projetos.

Nesse sentido, o feixe de indícios de Cicarelli, bem como as idéias contidas nos referidos projetos de Lei, trariam benefícios tanto aos trabalhadores quanto à classe empresarial.

A adoção de tais critérios pode propiciar a legítima prática da terceirização, incrementando o processo produtivo e propiciando o respeito à dignidade dos trabalhadores, de forma a cumprir a missão histórica do Direito do Trabalho na defesa do hipossuficiente e a permitir o pleno desenvolvimento das forças econômicas.

Assim, afigura-se como essencial que o disciplinamento normativo da terceirização prescreva a necessidade de a empresa prestadora de serviços seja especialista na área, a qual tenha a incumbência de gerir o seu próprio trabalho, bem como que estabeleça a vedação da prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços. Ademais, a limitação temporal do contrato e a notificação prévia do sindicato se afiguram como importantes instrumentos para tolher a utilização abusiva do contrato de terceirização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização e a inevitável reestruturação produtiva dela decorrente propiciaram uma intensa interação entre as empresas, que se relacionam a partir de profícuas parcerias, decorrentes da complexidade das atividades que precisam ser executadas no processo produtivo moderno, o qual postula a adoção de modelos de flexibilidade que se contrapõem aos rígidos padrões hodiernamente adotados.

Através do presente trabalho, viu-se que, no Brasil, a terceirização, que é o principal método de aplicação desses modelos de flexibilidade, apresenta-se de forma predatória, sendo utilizada preponderantemente com o objetivo de obter mão-de-obra barata e desqualificada, burlando os direitos trabalhistas e favorecendo a precarização das relações de trabalho.

Por meio da análise da evolução jurisprudencial e das razões do instituto da terceirização, percebeu-se que a terceirização é um instrumento importante no desenvolvimento das atividades empresariais, devendo ser utilizada como uma forma de especialização do processo de produção.

Demonstrou-se como o critério de atividade-meio, utilizado pelo TST para caracterizar a licitude do contrato de terceirização, é absolutamente inadequado, pois, além de ser impossível delimitá-lo com precisão, propicia a mera intermediação de mão-de-obra por meio de técnicas de enquadramento de setores vitais da empresa como meras atividades instrumentais, passíveis de serem terceirizadas.

Por meio de pesquisas jurisprudências e da análise de projetos de lei em tramitação, mostrou-se a necessidade de adoção de outros critérios para a caracterização da licitude de terceirização. Há uma série de indícios de desvirtuamento da terceirização que podem ser contemplados em uma futura lei regulamentadora da matéria.

Tais critérios devem permitir e favorecer a prática da terceirização legítima, vedando-se a utilização do instituto como mera locação de mão-de-obra.

O tema em análise é de suma importância, constituindo-se em uma das mais polêmicas questões jurídico-trabalhistas e sociológicas da atualidade. A falta de disciplinamento normativo torna a questão ainda mais intrigante e demonstra a necessidade e o grande desafio de regular a matéria de forma a maximizar os bônus e minimizar os ônus da adoção desse instituto.

REFERÊNCIAS

Livros

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários às súmulas do TST. 6 ed. ver., atual. e ampl. da obra Comentários aos enunciados do TST. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. Curso de direito do trabalho. 19 ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BENSUSÁN, Graciela (coord.)...[et al...]. Instituições trabalhistas na América Latina: desenho legal e desempenho real. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10 ed.- São Paulo: LTr, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

ARNALDO SUSSEKIND...[et al.]. Instituições de direito do trabalho, volume I– 22. Ed. Atual. – São Paulo: LTr, 2005.

HARVEY, David. A condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 1992.

SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004., p. 51

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Amauri Cesar. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Otavio Pinto. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: LTr, 2011., p. 17

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 6. ed. Niterói: Impetus 2012.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Terceirização e reestruturação produtiva. São Paulo: LTr, 2008.

RUSSO, Giuseppe. Guia prático de terceirização: como elaborar um projeto de terceirização eficaz. Rio de Janeiro: Elsevier; Brasília, DF, 2007.

Legislação e Jurisprudência:

BRASIL. Lei n.º 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974.

_____. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1943.

_____. Decreto-Lei nº 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. Lei n.º 5.645/70, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências.

_____. Lei n.º 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

_____. Lei n.º 8.949, de 09 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

_____. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2012.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 256. Disponível em: <www.tst.jus.br/en/sumulas>. Acesso em 11 de jan. de 2012.

RR. 764007820075030106 76400-78.2007.5.03.0106, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 01/12/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/12/2010

Dissertações e Teses

JÚNIOR, Manoel Amaro Pereira. Terceirização: violação ou concretização dos direitos humanos?. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco. Recife.

ARMENI, Adriana Regina Marcato. Terceirização de serviços no brasil como consequência do toyotismo no contexto da globalização neoliberal e a necessidade de regulamentação.

2010. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. Terceirização e ação sindical: A singularidade da reestruturação do capital no Brasil. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas. Campinas.

Relatório Técnico e Artigos

DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. In: _____. **Relações e condições de trabalho no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2007. p. 73-147.

MORAIS, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e precarização do trabalho humano. Revista do TST. Brasília, ano 4, v. 74, 01 out/dez. 2008. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5382/008_74-4.pdf?sequence=1>. Acesso em 7 de jan. de 2012.

PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada pela lei. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, out/dez 2008. Disponível em: <aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5386/006_74-4.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 de jan. de 2012.

DE CASTRO, Cláudio Dias. Terceirização: atividade-meio e atividade-fim. Disponível em: <www.satergs.org.br/artigos/terceirizacao_ativ_meio_ativ_fim.pdf>. Acesso em 11 de jan. de 2012.