

---

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
**ASSOCIAÇÃO** DOS  
**MAGISTRADOS**  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 3 • Nº 5

ISSN 2358-0038

1º SEMESTRE • 2015



AMATRA.2

**EDIÇÃO ESPECIAL: TERCEIRIZAÇÃO  
HOMENAGEM A GUALDO AMAURY FORMICA**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani

**Colaboração:** Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Desembargadora Maria Cristina Fisch  
Juiz Hécio Luiz Adorno Júnior

---

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
ASSOCIAÇÃO DOS  
MAGISTRADOS  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

**ANO 3 • Nº 5**

**ISSN 2358-0038**

**1º SEMESTRE • 2015**



**AMATRA·2**

**EDIÇÃO ESPECIAL: TERCEIRIZAÇÃO  
HOMENAGEM A GUALDO AMAURY FORMICA**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani

**Colaboração:** Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Desembargadora Maria Cristina Fisch  
Juiz Hécio Luiz Adorno Júnior

Ficha Catalográfica: Coordenadoria de Biblioteca TRT/ 2ª Região

Revista Jurídica da escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 3 – n.4 (1. sem 2015) – . – São Paulo, 2015-.

v. : 26 cm

Semestral

ISSN: 2358-0038

1.Direito do Trabalho – Periódico 2. Terceirização. I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)

## QUERIDOS COLEGAS!

Com a alegria sempre renovada, lançamos o nosso quinto número da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região!

Este trabalho foi idealizado para ser um veículo de publicação de doutrina e jurisprudência produzida pelos integrantes do TRT-2ª Região.

Neste número, há uma novidade: apresentamos os trabalhos vencedores do I Concurso de Monografias da AMATRA-2, realizado no segundo semestre de 2014. Os vencedores do referido concurso foram, respectivamente: Juiz Laércio Lopes da Silva, 1º colocado; Advogada Amanda Pretzel Claro, 2ª colocada; Juíza Vanessa Anitablian Baltazar, 3ª colocada; e Juiz Hélcio Luiz Adorno Júnior, 4º colocado.

Temos como homenageado nesta edição o querido colega Gualdo Amaury Formica, cuja brilhante carreira na Magistratura é ora lembrada.

Desejamos a todos ótima leitura e já conclamamos para participarem da elaboração do próximo número!

MARIA CRISTINA FISCH

Coordenadora da Revista Jurídica da AMATRA-2



AMATRA-2

**AMATRA-2**  
Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

**Conselho Editorial:**

**Patricia Almeida Ramos** Presidente  
**Fábio Ribeiro da Rocha** Vice-Presidente  
Diretoria Cultural  
**Carlos Francisco Berardo**  
**Marcelo Azevedo Chamone**  
**Fábio Moterani**  
**Maria Cristina Fisch**  
**Hélcio Luiz Adorno Júnior**

**Diretoria Executiva:**

Presidente  
**Patricia Almeida Ramos**  
Vice-Presidente  
**Fábio Ribeiro da Rocha**  
Diretora Secretária  
**Isabel Cristina Quadros Romeo**  
Diretor Financeiro e de Patrimônio  
**Farley R. de C. Ferreira**  
Diretoria Cultural  
**Carlos Francisco Berardo**  
**Marcelo Azevedo Chamone**  
**Fábio Moterani**  
Diretoria Social  
**Fernanda Zanon Marchetti**  
**Raquel Gabbai de Oliveira**  
Diretoria de Benefícios  
**Valéria Nicolau Sanchez**  
**Tatiana A. J. E. H. B. Maranesi**  
Diretoria de Esportes e Lazer  
**Jefferson Amaral Genta**  
**Hermano de Oliveira Dantas**  
**Gustavo Kiyoshi Fujinohara**  
Diretoria de Direitos Humanos  
**Rodrigo Garcia Schwarz**  
**Marcio Mendes Graconato**  
Diretoria de Aposentados  
**Amador Paes de Almeida, Maria Alexandra**  
**Kowalski Motta e Maria Luiza Freitas**  
Diretor de Assuntos Legislativos  
**Richard W. Jamberg**  
Diretoria de Assuntos Institucionais  
**Mauricio Marchetti**  
**Leonardo Grizagoridis da Silva**  
Comissão de Prerrogativas  
**Rosana de Almeida Buono, Maria Fernanda de**  
**Queiroz da Silveira, Ivete Ribeiro, Marco Antonio dos Santos e Rodrigo Acuio**  
Conselho Fiscal  
**Cristina Ottoni Valero, Magda Cristina Muniz,**  
**Lávia Lacerda Menendez, Renata Bonfiglio e**  
**André Eduardo Dorster Araújo**  
Comissão de Juizes Titulares  
**Adriana Prado Lima, Maurilio de Paiva Dias,**  
**Aparecida Maria de Santana e Rogéria do Amaral**  
Comissão de Juizes Substitutos  
**Fernanda Miyata Castello Branco,**  
**Juliana Dejavitte dos Santos, Katiussia Maria**  
**Paiva Machado e Juliana Eymi Nagase**  
Diretoria da Circunscrição de Guarulhos  
**Anneth Konesuke**  
**Renata Simões Loureiro Ferreira**  
Diretoria da Circunscrição de Osasco  
**Maurílio de Paiva Dias**  
**Juliana Jamtchek Grosso**  
Diretoria da Circunscrição de São Bernardo do Campo  
**Elisa Maria de Barros Pena**  
**Diana Marcondes Cesar Kambourakis**  
Diretoria da Circunscrição da Baixada Santista  
**Adalgisa Lins Dornellas Glerian**  
**Igor Cardoso Garcia**

**AMATRA-2**

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP  
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

**Arte:**

Ariana Assumpção  
ariana.assump@gmail.com

## SUMÁRIO

### HOMENAGEM A GUALDO AMAURY FORMICA

GUALDO AMAURY FORMICA – **Maurício Marchetti** ..... 7

### ARTIGOS ..... 8

NÃO AO PL 30/2015! – **Patricia Almeida Ramos** ..... 8

NÃO AO PROJETO DE LEI Nº 4330/04 – **Fábio Ribeiro da Rocha** ..... 9

TERCEIRIZAÇÃO BLINDA PATRIMÔNIO DE EMPRESAS E PRECARIZA TRABALHO – **Juiz Farley Roberto**  
**R. de C. Ferreira** ..... 10

POR QUE DIZEMOS NÃO AO PL 4330 – **Silvana Abramo** ..... 11

### 1º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DA AMATRA-2 ..... 13

#### 1º Colocado

A TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – **Laércio Lopes da Silva** ..... 13

#### 2º Colocado

TERCEIRIZAÇÃO E REAÇÃO SINDICAL – A EXPERIÊNCIA DOS BANCÁRIOS DE  
SÃO PAULO – **Amanda Pretzel Claro** ..... 39

#### 3º Colocado

TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – **Vanessa Anitablian Baltazar** ..... 75

#### 4º Colocado

TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:  
A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO PELA EMPRESA TOMADORA  
DE SERVIÇOS EM CASO DE FALÊNCIA DA EMPREGADORA – **Hélcio Luiz Adorno Júnior** ..... 107

**MAURÍCIO MARCHETTI**

Juiz Titular da 59ª VT/SP  
Diretor de Relações Institucionais da AMATRA-2  
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP

**GUALDO AMAURY FORMICA**

O nosso homenageado na edição de número 5 da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região, o Desembargador Aposentado GUALDO AMAURY FORMICA, é digno de todos os elogios a um autêntico Servidor Público (na correta acepção do termo - de servir ao público).

Chefe de pessoal da iniciativa privada antes de ingressar no serviço público, Juiz do Trabalho por longos 33 anos, Formica, como sempre gostou de ser chamado, notabilizou-se e pautou sua carreira como Magistrado do Trabalho por ser um incansável trabalhador, analisando com profundidade os feitos que lhe eram submetidos com extrema rapidez, sem abrir mão do conteúdo.

Conciliador por excelência, por entender que a principal característica do Juiz do Trabalho era promover a conciliação, tinha afixado na 28ª JCJ/SP, Junta que presidiu por 15 anos antes de ascender ao Tribunal, o seguinte trecho bíblico: “Concilia-te depressa com teu adversário, enquanto estás no caminho com ele.”

Exímio taquígrafo, enquanto desembargador e Presidente da 7ª Turma do TRT, examinava todos os processos antes de cada sessão de julgamento, mesmo aqueles que não era nem relator nem revisor, fazendo notas taquigráficas em um grande livro verde, que lhe propiciava discutir com profundidade todos os processos que seriam julgados nas sessões.

Extremamente religioso, Formica uniu seu mister de Juiz com suas convicções religiosas, sempre pedindo ao Pai que iluminasse seus caminhos e lhe ajudasse a proferir as melhores decisões. Homem honesto, íntegro e de firmeza de convicções, uniu esforços em prol da extinção da representação classista no âmbito da Justiça do Trabalho, que se deu em 1999.

Professor e autor de diversos livros jurídicos, o final de sua carreira na Justiça do Trabalho foi coroado com o exercício da função de Corregedor, tendo realizado 164 Correções Ordinárias, nas quais esteve pessoalmente presente, tratando o Juiz Presidente como um amigo, e não como um fiscalizado, procurando sempre passar conselhos, transmitindo sua grande experiência e saber jurídico.

## PATRICIA ALMEIDA RAMOS

Juíza Titular da 69ª Vara do Trabalho de São Paulo  
 Presidente da AMATRA-2 nos biênios 2012-2014 e 2014-2016  
 Mestre em Ciências Jurídico-Laborais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## NÃO AO PL 30/2015!

O PL 4330 – já aprovado pela Câmara dos Deputados – caso ratificado pelo Senado Federal (PL 30/2015), transformar-se-á em lei que solidificará a degradação das relações de trabalho e o retrocesso no âmbito dos direitos. Flagrante é o objetivo dos defensores de tal minuta legal em desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, com o propósito de precarizar ainda mais a mão de obra no Brasil.

O compromisso com o corte global dos custos patronais redundante na necessária diluição dos direitos trabalhistas (redução de salários, extinção de benefícios convencionais etc.). Do empregado, por sua vez, continuarão sendo exigidas as mesmas obrigações e responsabilidades na prestação de serviços.

Atualmente, nosso ordenamento reconhece a legitimidade da “terceirização” das “atividades meio” da empresa. Conforme a jurisprudência e a doutrina trabalhistas “Atividade fim” é aquela que coincide com o objetivo social da empresa definido em seu estatuto. O restante dos polos de ativos do empreendimento é considerado como “atividade meio”. Nesse sentido, a Súmula 331 do TST. Os efeitos nocivos de tal prática comercial fazem parte do cotidiano da Justiça do Trabalho. Inúmeras são as demandas envolvendo empregados lesados pela perda do posto de trabalho. É comum a extinção

de departamentos inteiros e a substituição por trabalhadores terceirizados ou pejotizados.

Segundo o DIEESE, o empregado “terceirizado” recebe salário 24% inferior comparado ao empregado formal, na mesma colocação. Na mesma linha, a estatística de acidentes e doenças do trabalho sobe vertiginosamente no caso dos empregados terceirizados, pois as empresas geralmente não têm condições técnicas e/ou financeiras para investir em segurança e melhores condições de trabalho.

O quadro se tornará mais nefasto se a autorização para contratação de empresa terceirizada for ilimitada.

Por tais motivos, os Juizes do Trabalho – e as suas respectivas Associações – permanecem mobilizados para evitar um mal maior.

Os operadores do direito não podem se afastar da missão histórica de proteger o trabalho humano. Uma nação só pode ser justa se for capaz de crescer respeitando os princípios constitucionais e o trabalho digno.

A AMATRA-2 permanece firme em seus propósitos estatutários, engrossando as trincheiras da luta incondicional pelo trabalho decente e, por conseguinte, por uma sociedade mais justa e feliz.

## FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Juiz do Trabalho Substituto do TRT-2  
 Vice-Presidente da AMATRA-2  
 Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP  
 Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP

## NÃO AO PROJETO DE LEI Nº 4330/04

A aprovação do Projeto de Lei nº 4330/04, que trata da terceirização de mão de obra, significará evidente retrocesso social e ofensa aos Direitos Fundamentais mínimos dos trabalhadores insculpidos na Constituição Brasileira.

A Carta Magna de 1988 reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes de afirmação da dignidade do trabalhador, seja no âmbito de sua individualidade como ser humano, seja em seu contexto familiar e social. Com base nos princípios constitucionais, não há dúvida que a aprovação do Projeto de Lei 4330/04 precarizará a relação de trabalho. No Brasil, a terceirização generalizou-se no mercado de trabalho, sendo utilizada apenas como forma de diminuição de custos e não foco na especialização.

O Projeto de Lei 4330/04 apenas regulamentará a ilicitude das contratações por multifárias terceirizações que fitam, em grande monta, apenas precarizar direitos trabalhistas. De fato, assiste-se a um influxo constante e cada vez mais intenso de imposições econômicas que repercutem no cenário juslaboral com insistente pressão para reduzir direitos dos trabalhadores.

Com isso, em uma rede de intercalações, o trabalhador se vê lançado dentro de um sistema produtivo, para, quase sempre, desenvolver a atividade nuclear de uma empresa. Na Justiça do Trabalho, cotidianamente, deparamo-nos com diversas prestadoras de serviços que quebram e deixam irrisório patrimônio, e, por certo, prejudicando os trabalhadores.

Com a aprovação do Projeto de Lei 4330/04, viveremos em um mundo de milhões de prestadores de serviços. Quem quiser comprar um carro, bastará ligar para o serviço de telemarketing, de maneira que a montadora ou a concessionária desenvolverão o seu objeto social sem “vendedores”. Os Ban-

cos, por sua vez, ofereceram seus títulos, empréstimos, cartões, enfim, todo o tipo de produto por meio de prestadores de serviço. Se o serviço de telefonia tem algum problema, ao prestador de serviço caberá processar a solução. As marcações de consultas em hospitais não fugirão dessa regra.

Enfim, poder-se-ia citar, exaustivamente, vários exemplos de um quadro de exagero, em que diversas atividades nucleares (ajustadas diretamente ao objeto social) das empresas serão terceirizadas sem limites. O trabalhador terceirizado que presta serviço para o contratante não possui vínculo com este e, em muitas vezes, nem sequer conhece seu próprio empregador. Não se ajusta, contudo, ao sistema juslaboral, nem constitucional, essa exacerbação de terceirizações com a aprovação do Projeto de Lei nº 4330/04.

Dessa forma, chegaríamos a situação por permitir que tomadoras de serviço desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas trabalhadores terceirizados.

Flagrante é o objetivo do Legislador de desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, com o nítido propósito de precarizar ainda mais a mão de obra no Brasil, reduzindo os custos e despesas na contratação direta de empregados.

O Direito do Trabalho não pode se afastar da missão histórica de proteger o trabalho humano. O Magistrado deve estar atento aos fatos do processo: se a terceirização tiver por objetivo prejudicar e precarizar, deve ser prontamente repelida. Uma nação só pode ser justa se for capaz de crescer respeitando os princípios constitucionais e o trabalho digno. Não se pode excluir o trabalhador do processo histórico em que se engajou. Sua atividade é tão importante quanto a do capital.

JUIZ FARLEY ROBERTO R. DE C. FERREIRA

Diretor Financeiro e de Patrimônio da AMATRA-2  
Mestre em Direito do Trabalho pela USP

SILVANA ABRAMO

Desembargadora do TRT-2  
Diretora de Formação e Cultura da ANAMATRA no biênio 2015/2017

## TERCEIRIZAÇÃO BLINDA PATRIMÔNIO DE EMPRESAS E PRECARIZA TRABALHO

Não vou repetir dados concretos de que a terceirização precariza as relações de trabalho e é responsável pelos maiores índices de acidente de trabalho no Brasil. Quero chamar a atenção do leitor sobre a posição dos agentes sociais que concentram o poder na sociedade brasileira: empresariado, governo, sindicatos e imprensa.

A partir disso, compreenderão tranquilamente porque essa barbárie será aprovada. Todos têm um ponto em comum: dinheiro. A grana convence os mais singelos puritanos.

Precarizar condições de trabalho representa aumentar margens de lucros dos empresários. Em um país com taxa de desemprego não muito alta (7,4% segundo última PNAD, do IBGE) e mão-de-obra desqualificada (por deficiência na educação), a baixa oferta encarece o mercado. Diminuir os direitos do trabalhadores é meio hábil a cumprir esse objetivo.

O governo reservou sua parte: incluiu no projeto de lei os recolhimentos tributários diretamente pela empresa contratante. Ninguém suporia que, além do trabalhador, o governo quisesse receber diretamente das empresas prestadoras de serviços. Afinal, a maioria dessas empresas são fachadas sem qualquer lastro patrimonial.

Os trabalhadores –representados por um sistema sindical ditatorial criado pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, que impõe um único representante por categoria (unicidade sindical) e contribuição sindical compulsórios –são reféns de uma partilha prevista na lei, que deixaria os royalties do petróleo com inveja.

Construíram um retalho inédito no direito brasileiro: o sindicato da atividade do trabalhador recebe as contribuições, mas o trabalhador não recebe os direitos negociados por esse sindicato (porque recebe o direito do sindicato terceiriza-

do). É quase um estelionato: você paga, mas não recebe. Fácil entender, portanto, a divergência de centrais sindicais sobre o tema. Fosse à época em que o movimento organizado dos trabalhadores não era governo, nem sei o que ocorreria no Brasil.

A imprensa também está no páreo. Quem milita na Justiça do Trabalho sabe que, há tempos, são raros os empregados registrados no setor. O fenômeno da “pejotização” (neologismo de contratação por pessoas jurídicas abertas pelo próprio trabalhador) invadiu todos os meios de comunicações. A terceirização cai como uma luva para legalizar a precarização que há tempos praticam. Sabe-se de setores que nem querem publicar sobre esse assunto.

O resultado da malfadada lei será claro. Uma cadeia infundável de terceirizações (quarteirizações, quinteirizações etc.) desconhecida pelo trabalhador, para blindar o patrimônio da contratante, sob a conhecida alegação trazida na Justiça do Trabalho: “desconheço o trabalhador e não tenho contrato com seu empregador”. O “João sem braço” manipula o ônus da prova para competir ao trabalhador provar sobre a prestação de serviços e a existência da cadeia de terceirização.

Sobrar, mais uma vez, a esperança do trabalhador brasileiro no Poder Judiciário, algo inconcebível em uma democracia moderna. No âmbito da Justiça do Trabalho, anatem aí: mesmo que tentem arrebatá-la pelo inevitável furacão de processos que virá, estaremos prontos a cumprir nosso papel constitucional.

Haverá um dia em que veremos no Brasil: “Não quero dinheiro. Quero amor sincero. Isto é que eu espero”. Atualmente, só nos resta chamar o síndico, Tim Maia! Infelizmente, não se espera que ele esteja no Senado, ora formado por campanhas eleitorais financiadas por grandes empresas.

## POR QUE DIZEMOS NÃO AO PL 4330

A terceirização é uma opção de organização empresarial para expandir o capital e aumentar lucros.

Para os trabalhadores significa precarização dos contratos de trabalho, salários menores, alto risco de acidentes e doenças, falta de isonomia com os trabalhadores contratados diretamente pelos tomadores e maior exposição à falta de pagamento de verbas decorrentes das rescisões dos contratos, à falta de depósitos do FGTS e de recolhimentos previdenciários, entre outros problemas.

O PL 4330/2004, de autoria do ex-deputado Sandro Mabel, está na pauta do Congresso Nacional desta semana. Significa grave retrocesso nas relações sociais e trabalhistas e tem consequências para toda a sociedade.

Dentre seus aspectos mais graves está o de tornar regra o trabalho precário, que na nossa legislação, é tratado como exceção.

Não podemos aceitar que seja aprovado, pelos seguintes motivos:

A Constituição Federal fixa como valores supremos o exercício dos direitos sociais, a igualdade e a justiça, e é absolutamente clara e expressa em colocar como fundamento da nação a dignidade da pessoa humana e a igualdade de todas as pessoas frente aos direitos sociais – e aqui estão dos direitos trabalhistas. Estabelece que a regra nas relações de trabalho, (art. 7º – relação de emprego protegida) é a contratação direta entre o empresário e o trabalhador, o que também prevêem os artigos 2º e 3º da CLT;

Também estabelece a proibição de retrocesso, ou seja, a diminuição dos direitos individuais e coletivos já alcançados, especialmente os que dizem respeito aos direitos humanos e fundamentais, nos quais se encontram os direitos dos trabalhadores;

As normas internacionais sobre o trabalho – As Convenções da Organização Internacional do Trabalho, especialmente a Convenção nº 100 – sobre a igualdade de remuneração e a Convenção nº 111 – sobre a proibição de discriminação, também proíbem diferenças de tratamento entre trabalhadores de igual situação.

A terceirização é usada para aumentar os lucros das empresas mediante a redução dos seus custos com os pagamentos dos trabalhadores. De outra forma, a utilização de serviços terceirizados não tem interesse econômico e deixa de ser fonte de aumento de lucratividade para as empresas que a utilizam.

O PL 4330/2004 acaba com a separação entre atividade meio e atividade fim e autoriza qualquer trabalho em “serviços determinados e específicos”, o que abrange qualquer tipo de serviço.

Nesse sistema um mesmo trabalhador pode trabalhar anos

para uma determinada empresa, com muitos contratos sucessivos curtos com empresas prestadoras, que muitas vezes não pagam seus direitos, colocando-o em situação insegura e em contínua redução de salários e outros benefícios que poderia obter as normas de sua categoria sindical.

Isso compromete o projeto de nação definido pelos Constituintes de 1988, que permanece em vigor até hoje. Ele não se compatibiliza nem os princípios da Constituição, nem com as normas internacionais nem com a legislação trabalhista hoje existente.

É inconcebível que trabalhadores que realizem suas tarefas lado a lado recebam uns menos que os outros, e é isso que acontece entre trabalhadores contratados diretamente e os terceirizados de empresas que fazem unicamente colocação de mão de obra para outras empresas.

Não se pode admitir que empresas existam e atuem sem ter trabalhadores em suas atividades principais, como por exemplo, o que temos visto muito, hospitais sem contratos diretos com médicos e enfermeiros ou escolas sem professores.

A diminuição dos salários diminui a arrecadação da previdência social e a capacidade de compra dos trabalhadores, afetando o mercado interno e criando situação econômica muito desfavorável ao país.

Do ponto de vista das empresas que usam a terceirização para simples colocação de mão de obra, o sistema só é vantajoso se houver sonegação e rebaixamento de direitos trabalhistas, porque se os salários dos terceirizados e demais direitos trabalhistas deles forem exatamente iguais aos dos empregados diretos, a empresa tomadora terá que pagar para a empresa prestadora o mesmo valor que paga aos seus empregados diretos acrescido do valor relativo ao pagamento à empresa prestadora – seus gastos e lucro. Assim, esse sistema só dá lucro para as duas empresas se os valores pagos ao trabalhador forem menores do que os pagos aos trabalhadores diretos.

A autorização de trabalho terceirizado em qualquer atividade, seja nas auxiliares não vinculadas aos objetivos centrais da empresa, (atividade meio) seja nas atividades relativas ao próprio objetivo da empresa (atividade fim) estabelece duas classes de trabalhadores, e acaba com a estrutura de representação sindical dos trabalhadores, debilitando as entidades que lutam por melhores condições de trabalho, vez que não haverá mais trabalhadores metalúrgicos, ou comerciários, mas simplesmente, prestadores de serviços.

As estatísticas comprovam que o número de acidentes de trabalho e de doenças em razão do trabalho é muito maior entre os trabalhadores terceirizados o que, não fosse pelo fundamental direito à vida e ao trabalho digno e saudável de todos, tem ainda o efeito nefasto de aumentar os gastos es-

tatais com o sistema único de saúde e da previdência social, diminuindo a produtividade do país e a geração de renda.

Como se não bastasse, nas empresas terceirizadas estão os casos mais graves de trabalho degradante, como o trabalho escravo e o trabalho infantil. A criação e manutenção de empresas terceirizadas que fraudam a legislação e se mantêm com contratações de grandes magazines, empresas que estabelecem cadeias de produção de quatro, cinco outras prestadoras, sem se responsabilizar pelas condições em que trabalham milhares de pessoas, inclusive migrantes, como bolivianos e haitianos, muitas vezes vítimas do tráfico internacional de pessoas.

Por esses motivos os Juízes do TRABALHO não podem aceitar a redução dos direitos dos trabalhadores e tem lutado, através de sua Associação Nacional, a ANAMATRA, contra a aprovação do PL 4330 e pela manutenção dos parâmetros objetivos fixados pacificamente pela jurisprudência do TST – Tribunal Superior do Trabalho, na sua súmula 331, que estabelece:

a legalidade da prestação de serviços temporários, e a ilegalidade de locação de mão de obra, ou contratação por empresa intermediária, a conhecida comercialização de mão de obra.

se inexistir subordinação e pessoalidade, é legal a contratação de empresas de prestação de serviços de vigilância, limpeza e em atividades meio

se esse empregador prestador de serviços não pagas os direitos trabalhistas, a empresa tomadora dos serviços tem que se responsabilizar por eles (responsabilidade subsidiária)

se for este público (governos federal, estadual ou municipal) não se pode reconhecer o contrato de trabalho mas ele será responsabilizado pelo pagamento, se a prestadora não pagas, e também nesse caso o administrados que firmou o contrato será responsabilizado pessoalmente.

Essa diretriz é amplamente conhecida das empresas, dos governos e aplicada pela Justiça do Trabalho, sem margem de dúvidas e não gera a chamada insegurança jurídica.

A jurisprudência trabalhista também já cristalizou o que se entende por atividade fim e atividade meio, e por essa razão os juízes trabalhistas por meio de sua associação nacional ingressaram em ação que tramita perante do Supremo Tribunal Federal, para que esses conceitos não sejam alterados e não seja permitida a terceirização na atividade fim.

Concluindo, O PL 4330/2004 tem benefícios imediatos para muitos empresários mas tem alto custo para toda a sociedade e prejuízo para os trabalhadores.

Nenhum passo atrás, nenhum direito a menos.



1º Colocado  
1º CONCURSO DE  
MONOGRAFIAS  
DA AMATRA-2

LAÉRCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri  
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP  
Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)  
Doutorando em Direito pela FADISP/SP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela FADISP/SP

## A TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

### INTRODUÇÃO

A luta contra a precarização das condições de trabalho na terceirização é, sem desassombro, uma luta entre o Direito e o Poder, para ser mais exato, contra a exacerbação do poder potestativo do empregador, que se encontra mitigado por conta da função social do contrato; da proteção aos direitos de personalidade do empregado; do dever de proteção do Estado na implementação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas; do princípio da impossibilidade de retrocesso social ou não-retorno; e da dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana. Este último (o Poder) decorre de um plano do capitalismo para fragilizar as condições de prestação de serviço para a consolidação da exploração, unindo tecnologia e desregulamentação normativa como instrumentos de eficiência para garantia da produtividade e otimização do lucro, dissolvendo a mais valia, confundindo-a com a parte remunerada da produção. O primeiro, o Direito, atua como um freio à ganância capitalista com a finalidade de humanização das relações de trabalho com a atenção sempre presente em que de um lado da relação está um ser humano, como já dizia Radbruch, no início do século passado, a quem a lei deve reservar especial proteção. Essa especial proteção decorre do fato de que a dignidade humana não pode ser, em nenhuma hipótese, relativizada para otimizar o lucro capitalista. Ao lado da precarização do trabalho, atuaria já o fato de que no sistema capitalista a lógica do lucro, para além da mais valia que se mostra visível aos olhos do comum do povo, revela que o empregador sempre paga ao empregado o mínimo possível, daí a justificativa de imposição de um salário mínimo pelo poder público.

A metodologia adotada nesta monografia tenta demonstrar que a precariza-

ção nas relações de trabalho se da menos por conta de o trabalho ser prestado para um terceiro que não contratara o empregado do que por conta da nossa incapacidade de decifrar a natureza jurídica dessa terceirização que, a nosso juízo, tem na natureza da responsabilidade da tomadora o ponto chave da precarização da relação de trabalho, e nem tanto em questões como licitude da terceirização ou mesmo a questão de tipo de subordinação a que está afeito o empregado.

Ao longo deste trabalho tentaremos demonstrar – e esse é o foco principal da monografia e a sua metodologia – que não existe justificativa em direito para que a responsabilidade do tomador seja subsidiária, sendo, pois, sempre solidária, na esteira do que dispõe o Precedente Normativo 38, do TRT2, não obstante a clareza do verbete da Súmula 331, do C.TST.

As condições de trabalho foram sendo entrincheiradas ao longo da história, sobretudo após a industrialização que trouxe para o âmbito da fábrica não somente os riscos de infortúnios laborais, mas também novas formas de exploração aliadas aos novos métodos de produção. Esse entrincheiramento, para além de proteger o trabalhador de questões adversas imediatas teve como pano de fundo consolidar situações que se incrustariam ao patrimônio dos trabalhadores e ficariam protegidas pelo princípio da proibição do retrocesso social. Nesse sentido, essas situações consolidadas criariam as condições para que a pessoa humana do trabalhador fosse conceituada a partir de novos parâmetros, como já pretendia Radbruch adotando-se uma explicação que diferenciava a exploração do homem como meio, quando **então se reificava tornando-se objeto da** exploração aceita à época e necessária à sobrevivência e convivência humanas. A partir de então,

a pessoa humana passa a ser conceituada na sua unicidade como ser que não pode ser dividido simplesmente para ser explorado, e que sua condição humana na prestação de serviços seja observada em absoluta unidade entre o ser que presta os serviços e o portador de direitos fundamentais.

Gustavo Tepedino, de forma pormenorizada, assim se refere sobre a questão:

“Neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.... Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato, ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tal preceito, a despeito das diversas correntes doutrinárias que surgiram acerca de seu conteúdo, deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República -, bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República -,

impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”<sup>1</sup>.

Ronald Dworkin, ao tratar do conteúdo da dignidade humana, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para a realização dos fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância. Nesta mesma linha, segue dizendo Ingo W. Sarlet que mesmo Kant nunca afirmou que o homem, num certo sentido, não possa ser “instrumentalizado” de tal sorte que venha a servir, espontaneamente e sem que com isto venha a ser degradado na sua condição humana, à realização de fins de terceiros, como ocorre, de certo modo, com todo aquele que presta serviço a outro. Com efeito, Kant refere expressamente que o homem constitui um fim em si mesmo e não pode ser utilizado “simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade”<sup>2</sup>.

As questões pertinentes às relações de trabalho requerem sempre uma aferição através de princípios que protejam a integridade física e moral do trabalhador, para além, por óbvio, da busca do direito específico em cada caso. Tratando-se, pois, de relação entre desiguais, haja vista a grande disparidade de poder entre o empregador e o empregado hipossuficiente há de haver mecanismos que possibilitem que as condições de trabalho respeitem sempre a condição humana do trabalhador.

1. Tepedino, Gustavo - O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo, in Direito & Justiça Social, coordenador Thiago Ferreira Cardoso Neves - São Paulo - 2013, ed. Atlas, pg. 258/259.

2. Sarlet, Wolfgang Ingo, in Dimensões da Dignidade Humana, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 36.

A dignidade humana do trabalhador também é uma preocupação no direito comparado, como relata Peter Häberle:

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho”<sup>3</sup>.

Da mesma forma, como postulado na jurisprudência do direito alemão, no Brasil deve se ter em primeiro plano uma configuração digna da relação de emprego, e, no mesmo plano, plano a proteção do direito de personalidade decorrente do dever de cuidado e assistência do empregador para com o trabalhador. Esse dever se justifica visto que o empregado coloca sua integridade física e moral a serviço do empregador para o fim da obtenção de lucro deste, portanto a este cabe a proteção e assistência que não são compensadas com o mero pagamento dos salários contratados e demais direitos trabalhistas.

Na lição de Maria Celina Bodin Moraes<sup>4</sup>, do substrato material da dignida-

3. Häberle, Peter, in Dimensões da Dignidade Humana, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 68.

4. Bodin, Maria Célica - O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo, in I.W. Sarlet (Org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto

de humana decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da integridade física e moral (que inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).

Todos os quatro princípios acima nomeados podem ser, de uma forma ou de outra, aqui lançados com uma contribuição significativa com o que estamos a perseguir. O da igualdade nos leva a uma reflexão sobre as condições em que se dá a relação de emprego com vantagem excepcional por parte do empregador em detrimento do empregado; o da liberdade alberga a hipótese da liberdade de contratar e nos conduz a uma reflexão sobre a participação do empregado no contrato entre a prestadora e a tomadora; o da integridade física e moral, como já ilustramos acima com jurisprudência alemã, decorre da proteção ao direito de personalidade do empregado, e o da solidariedade implicaria em que aqueles que contrataram um terceiro hipossuficiente, sem que este pudesse opinar sobre as condições do contrato devem responder com responsabilidade solidária.

A contratação de um empregado com a cessão imediata para um empregador, tomador de serviços, sem a sua anuência, importaria em um *jus variandi*, violando o disposto no art. 468 da CLT, da CLT. Por outro lado, a violação não desaparece quando o empregado é cientificado com antecedência, visto que não tinha meios de influenciar na modificação do contrato de trabalho. É por isso que a pseudo concordância do hipossuficiente nesses tipos de contrato não tem importância para o direito. Por óbvio que não se pode impor à parte que não podia atuar com isonomia no contrato qualquer tipo de ônus.

Contudo, a dinâmica das relações

Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116 e ss.

no mundo globalizado e capitalista e a concorrência mundial que prima pela chamada eficiência, impõem aos países periféricos modos diferenciados de alcançar a eficiência o que daria um maior suporte ao aumento da produtividade. No entanto, essa combinação de fatores também pode ser utilizada para maximizar a concorrência desleal em países onde não há regulação nas relações de trabalho, como v.g., na China. Essa constatação de um novo modelo de relações do trabalho no mundo globalizado, trouxe como imperativo, que algum tipo de terceirização fosse admitida. Quando se fala em se admitir algum tipo de terceirização está-se a falar de uma verdadeira terceirização e não fraudes que comumente vemos no Brasil, onde a prestadora atua como mera empresa de interposição de mão de obra, visto que contrata um empregado e o repassa imediatamente a uma tomadora. Em uma verdadeira terceirização a prestadora de serviços repassa pessoal especializado, de forma temporária, porém a especialização deve ser a atividade principal da prestadora, e não o que temos visto, ou seja, a atividade da prestadora é o mero repasse de empregados. A especialização fica restrita ao nome da empresa.

Assentada a necessidade de algum tipo de terceirização, faz-se necessário que haja uma rigorosa legislação para que esse benefício ao capital seja pensado com a não desregulamentação da legislação protetora e a criação de regras para, ao final, ao empregado se dê as mesmas garantias que deveria ter se prestasse serviços ao tomador, além do que deveria se lhe garantir todos os direitos, se mais benéficos, dos empregados que junto com ele trabalhavam na tomadora, para que se assegure o princípio da isonomia, insculpido na cabeça do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e no Precedente Normativo 39 do E.TRT2, que assegura os mesmos direitos dos empregados da tomadora aos empregados da prestadora.

Quando se fala em terceirização está-se a falar em modificação das condições de trabalho para o fim de se otimizar o lucro do empregador. Diante dessa conclusão, um outro viés do princípio do solidarismo, incrustado nas constituições

democráticas a partir do segundo pós-guerra, por conta da reconstrução dos direitos humanos no mundo, não admite que isso seja feito minimamente em detrimento das condições de trabalho dos trabalhadores, ao revés, o princípio implicaria em que deveria haver benefícios compensatórios aos empregados. Nesse sentido, jurisprudência como o Precedente Normativo 39 do TRT2, que postula pela aplicação das normas coletivas dos tomadores aos empregados terceirizados, surgiria como uma espécie de compensação, contudo não passa da afirmação de uma exigência legal de aplicação das normas coletivas ao real empregador, não afastando o caráter solidário e inovador do referido precedente.

Ainda em sede de introdução fazemos uma autocrítica de que talvez estejamos impregnados pelo pensamento científico kelseniano que propugnava pela neutralidade axiológica, o que nos conduzia a um caminho na tentativa de buscar em nossas interpretações assento para a justificativa de que a ciência do Direito é uma verdadeira ciência, visto que não se perderia em valores vãs insuscetíveis de positividade a merced de Max Weber a desconfiança da confirmação de que a ciência do direito, ciência não é diante da não possibilidade de estabelecer-se *standards* de valores. Nesse quadro, a **afirmação** de Boaventura de Sousa Santos, de que a afirmação discursiva dos valores é tanto mais necessária quanto mais as práticas sociais dominantes tornam impossível a realização desses valores é um discurso da pós-modernidade.

De fato, se concluirmos já na introdução desta monografia de que, em verdade, a precarização das relações de trabalho na terceirização decorre muito mais da precarização da interpretação do direito aplicado à espécie, forçoso seria concluir que vivemos numa sociedade dominada por aquilo que Tomás de Aquino designa de *habitus principiorum*, vale dizer, o hábito de proclamar princípios para não ter de viver segundo eles.

Essa nossa dificuldade em chegar a uma interpretação que melhor acolha as necessidades do direito do trabalho e alguns de seus institutos, decorre do fato de que o direito sempre tem à sua volta duas tendências antagônicas – a siste-

matização e a casuística-, como aponta Simone Goyarb-Fabre. O jurista trabalha com a sistemática e o juiz com ambas, no entanto na casuística procura encontrar a melhor forma de aplicar a lei, não desprezando a sistemática na busca da justiça, que é, senão, o equilíbrio por se ter em conta evidentes diferenças de poderio entre as partes litigantes que a abstração da lei não pôde captar, posto que são concebidas para *fattispecie* abstratas, porém determinadas. Assim, quando digo que alguns direitos foram titularizados e não podem mais ser retirados, isso se deu em função de uma interpretação axiológica e sistemática.

A questão a que estamos a enfrentar, talvez nos remeta a um postulado da Constituição que é o dever-fazer, como bem acentua Pietro Perlingieri:

“O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento”<sup>5</sup>.

A questão aqui em comento, por trazer à discussão a aplicação de direitos

5. Perlingieri, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. São Paulo - 2008, ed Renovar, pg. 205/206

fundamentais, envolve um juízo de ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada particular. Contudo, nos parece que a questão de fundo envolve, isso sim, questão meramente de relação contratual e da necessidade de se estabelecer critérios de interpretação na relação de emprego, com as diferenças entre o poderio do empregador e a hipossuficiência do trabalhador.

Em verdade, a conclusão a que chegaremos é a de que, por conta de uma interpretação deficiente da relação contratual que se estabelece na terceirização, veremos que o imperativo de tutela denunciará que a dimensão pertinente ao princípio da proporcionalidade, qual seja, a *proibição de insuficiência*, não está sendo homenageada, porquanto os empregados na terceirização não recebem a proteção suficiente, mesmo tendo uma infinidade de direitos já por ele titularizados.

### LI – A RELAÇÃO ENTRE AS PARTES NO CONTRATO DE TRABALHO.

A questão aqui por nós comentada não pode ser verificada sem uma apreciação da chamada relação jurídica que moldou o direito privado clássico como assevera Manoel Antônio Domingues de Andrade:

“A relação da vida social disciplinada pelo direito subjetivo e a correspondente a outra imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”<sup>6</sup>

Contudo, esse dever de sujeição não pode extrapolar os limites da própria necessidade de se cumprir o contrato nos limites em que fora firmado, salvo se os limites ultrapassaram o razoável levando uma das partes a uma inaceitável sujeição do ponto de vista de se garantir que a **sujeição** meramente contratual não resvale para uma sujeição que invade direitos fundamentais daquele que se sujeita, retrocedendo para aqueles tempos em que a pessoa humana podia ser dividida entre aquela que podia ser explorada, sem as garantias de preservação de seus direitos fundamentais.

Na questão ora examinada, a sujeição do trabalhador à, se deu não através de uma relação jurídica firmada entre ambos, mas sim através de uma relação firmada entre duas empresas, prestadora e tomadora, portanto a relação de sujeição não pode ser a mesma quando a relação se dá entre as partes que firmaram originalmente o contrato de trabalho. E é exatamente por esse motivo que estamos batendo na tecla, insistentemente, que na terceirização já há de plano uma precarização da relação de trabalho, pelo modo de contratação e definição da responsabilidade da tomadora dos serviços. Na verdade, o que se estabelece não é a responsabilidade subsidiária da tomadora, mas sim uma dificuldade para o empregado em executar a tomadora antes de exauridos os bens da prestadora. Vale dizer, como o fazemos ao longo desta monografia, ao empregado é imposto um ônus mesmo não tendo participado da relação jurídica que se estabeleceu com a tomadora dos serviços, em flagrante violação ao devido processo legal, com exporemos à frente.

Assinale-se, por oportuno, que no Direito do Trabalho, essa sujeição relação deve ser analisada à luz das peculiaridades que devem reger as relações trabalhistas, tomando-se em consideração o fato da grande disparidade de poderio entre os empregadores e os trabalhadores. Foi com o reconhecimento dessa grande disparidade de poderio entre as partes que regras foram sendo estabelecidas para esta disparidade não tivesse nenhuma influência no resultado final na busca do direito, ou tivesse a mínima influência possível.

### II. ELEMENTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

O processo de constitucionalização do direito, iniciado no segundo pós-guerra, pode-se dizer que é fruto dos novos paradigmas do direito que daí resultaram. A comunidade internacional não podia quedar-se inerte diante dos horrores do nazismo e do fascismo. Terminada a guerra, a comunidade internacional e o próprio direito internacional (que ainda não tinha os traços do direito internacional de hoje), se viram diante

de um dilema: estabelece-se um tribunal para julgar os horrores da guerra, ou vai se conviver com o fantasma da impunidade e da possibilidade de repetição dos horrores - uma volta eterna ao passado. Optou-se pelo estabelecimento de um tribunal, embora fosse um tribunal de exceção, visto que constituído *pós factum* e sem legislação para punir crimes de guerra.

O fato de Carl Schmit ter sido levado ao Tribunal de Nuremberg, deixou evidente que para que se criassem novos paradigmas do direito fincados na defesa da dignidade humana, far-se-ia necessário que até se admitisse “censura” à liberdade de expressão, visto que Carl Schmit era considerado um ideólogo do nazismo. Vale dizer, que o Tribunal de Nuremberg deixou extremos de dúvidas de que para que se garantisse um futuro marcado por fatores existenciais, suportados na dignidade humana, far-se-ia necessário, em um primeiro momento, que princípios caros à comunidade jurídica fossem afastados, como o do Juiz Natural e o da liberdade de expressão. Mostrou-se assim que, quando se trata de defender a dignidade humana, não existe direito absoluto que possa se contrapor. Ademais, o Tribunal teve mais características de um tribunal político, com tarefa de apontar um horizonte para questões de fundamental importância para toda a comunidade. Vale dizer: traçar parâmetros duradouros para a vida comunitária em âmbito internacional.

Entre todas as mensagens que o Tribunal de Nuremberg deixou, destaca-se a de que não se permitiria violação da dignidade da pessoa humana em nenhuma hipótese, nem mesmo na guerra, de sorte que a guerra passou a ter a sua própria ética. Isso significa, portanto, que o significado da guerra também se modificou e essa busca por uma ética indica que as pessoas vão para a guerra também em busca de objetivos legítimos, por isso a necessidade de se estabelecer parâmetros que respeitem a pessoa humana. Só se admite que a guerra tenha limites se se admite que ela teve uma justificativa legítima do ponto de vista da soberania das nações e de uma necessária convivência pacífica.

Desse modo, a ética, que migrara da religião para filosofia e da filosofia para

o direito, firmara-se neste como um divisor e limitador que para o seu asseguramento, mitigou-se, inclusive elementos caros ao próprio Direito, desde que fosse para uma causa que apontasse para delimitação das questões humanísticas no presente, preparando um futuro com mais segurança para que as questões que afligem a humanidade fossem albergadas em parâmetros mais seguros.

O fato de as alegações de que se cometeram barbaridades sob ordens não ter sido aceito pelo Tribunal, da conta de que quando se trata de preservar a vida e a dignidade humana não existem ordens legais, valendo dizer que toda ordem nesse sentido é absolutamente ilegal, tanto que foram punidos executores e mandantes.

A partir de então, tem-se o início da reconstrução dos direitos humanos no mundo, que se dá através de um apelo a questões existenciais; o que passa a interessar à comunidade do direito são as questões existenciais que movem os seres humanos, a pessoa humana provida de dignidade é deslocada para o centro do direito.

Com isso a autonomia da vontade, elemento que informava os contratos, é mitigada não só por uma intervenção axiológica, mas também por uma intervenção estatal. Nesse sentido a propriedade e o contrato são marcados pela função social. Diante disso, o Direito Civil começa a se deslocar do centro do direito dando lugar ao Direito Constitucional. Esse deslocamento, como diz Tepedino, “em difusa experiência contemporânea, que se revela num profundo processo de transformação axiológica, em que a autonomia privada é remodelada por valores não patrimoniais, inseridos na noção de ordem pública constitucional”.

Os dualismos vindos do Iluminismo: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade e forma e substância, são considerados como pilares de uma ordem social, política e jurídica conservadoras. No dualismo sujeito e objeto, o diálogo se estabelece entre o que se pensou do objeto e o próprio objeto, portanto o sujeito visto no direito a partir desse dualismo, base do positivismo, é apenas um espectador e não propriamente sujeito, que pode transformar e

tirar benefícios de ordem axiológicos.

Aliás, o positivismo como queria Kelsen nunca se aplicou ao direito privado, sobretudo se se tem no Direito, como preconizava o Juiz Benjamin Cardozo, “uma causa final para o bem-estar da sociedade”.

Foi a jurisprudência dos valores quem possibilitou a passagem à filosofia da existência. As situações existenciais passam a ter preeminência sobre as patrimoniais. A força normativa da constituição e a aceitação de que os princípios constitucionais têm normatividade, bem como a difusão da jurisdição constitucional, foram elementos que asseguraram a firmação dos direitos fundamentais na ordem jurídica.

Ao contrário da Europa, no Brasil esse processo se deu de forma tardia, visto que a constitucionalização do nosso Direito ocorreu apenas com o advento da Constituição Federal de 1988. Portanto, em relação à aplicação dos direitos fundamentais nos direitos privados a discussão no Brasil está atrasada em pelo menos 50 anos.

Há, de certa, forma um consenso de que a constitucionalização do direito teve seu marco na constitucionalização do Direito da Alemanha, sob a Lei Fundamental de 1949. O Tribunal Constitucional Federal Alemão assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de direitos individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores.

A discussão do tema no Brasil teve início a partir do chamado direito civil constitucional. Temos visto no Brasil a passagem da Constituição para o centro do sistema, portanto a supremacia da Constituição passa a ser não só formal, como material e axiológica, em decorrência da normatividade dos princípios. Há uma tendência de se abandonar os códigos e utilizar-se cada vez mais a Constituição. Portanto, o velho código civil deixou definitivamente o centro do sistema.

Nesse novo ambiente a Constituição como unidade axiológica passa a ser um modo de olhar e interpretar todos ramos do Direito, no que juristas chamam de *filtragem constitucional*, que consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida

e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A publicização do direito privado, inclusive o direito do trabalho, se deu ao longo do século XX, com o advento do Estado Social e a percepção da desigualdade material entre os indivíduos, portanto o direito civil começa superar o individualismo, visto que a *autonomia da vontade* passa a ser mitigada. Esta intervenção do Estado nas relações entre particulares se deu em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, mediante a introdução de *normas de ordem pública*.

Logo após o segundo pós-guerra havia ainda um apelo muito grande para a aplicação da cláusula *pacta sunt servanda* nos contratos, tanto que o Conselho Constitucional na França chegou a levar esta cláusula a uma aferição de sua constitucionalidade. Contudo, essa cláusula já vinha sendo mitigada pela cláusula *rebus sic stantibus*, a chamada teoria da imprevisão, porém esta teoria não poderia ser aplicada aos contratos de trabalho, visto que visa uma divisão de riscos, portanto em contratos como o contrato de trabalho não pode haver uma divisão de riscos, por isso também que não se pode falar, em qualquer hipótese, que a responsabilidade da tomadora é subsidiária, vez que transfere ônus ao empregado assumindo este, assim, parte do risco do empreendimento que somente pode ser suportado pelo empregador. Para além da cláusula *rebus sic stantibus*, também mitigou a cláusula *pacta sunt servanda*:

- i) a função social da propriedade, que abriu espaço para que a função social se integrasse a outras instituições;
- ii) a função social do contrato;
- iii) o entendimento de que a pessoa humana do contrato não é a pessoa contratual que pode ser dividida, mas uma pessoa indivisível com direitos fundamentais e dignidade humana, inseparáveis dos demais direitos. Radbruch, já no início do século passado, advertia que nas relações de

6. Teoria Geral da Realção Jurídica, vol. 1. Coimbra: Almedina, 1974, p. 2.

emprego, o que se tem que entender para interpretar o direito do trabalho é que de um lado da relação existe não um salário a ser pago por conta de uma prestação de serviços, mas sim uma pessoa humana, que tem dignidade que deve, *a priori*, ser preservada, reservando-lhe especial proteção.

As Constituições do século XX trouxeram uma tábua axiológica após o término da segunda guerra, em que o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. Nesse sentido o art. 1º, III da CF/88 é que dá primazia às questões existenciais sobre as situações de cunho patrimonial, como diz Gustavo Tepedino.

Há certo consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre os particulares. Nesse tema duas correntes se dividem:

- i) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- ii) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

Luis Roberto Barroso ao defender a eficácia imediata dos direitos fundamentais no direito privado, lança alguns critérios de ponderação:

- a) a igualdade ou desigualdade entre as partes;
- b) manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério;
- c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais;
- d) risco para a dignidade da pessoa humana.

A primeira constituição no mundo a ter um catálogo de direitos sociais foi a Mexicana de 1917 e, posteriormente, a Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha, que no seu art. 118 estendia às relações laborais o direito à livre manifestação de pensamento.

A constitucionalização do direito no Brasil se deu somente com o advento da Constituição Federal de 1988, quando todo o direito sofreu uma grande transformação, sobretudo o direito do trabalho que tem em um dos lados do contrato uma pessoa humana.

Os direitos fundamentais na Alemanha do pós-guerra, como no Brasil até a Constituição de 1988, serviam apenas para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Somente o Estado se subordinava aos comandos constitucionais, não o indivíduo.

Nos Estados Democráticos, porém, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelo Código Civil.

“Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. “A pluralidade humana”, continua afirmando Hannah Arendt, “tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.”

Ação e discurso são os modos pelos quais os seres humanos se comunicam uns com os outros, não como meros objetos físicos, mas como pessoas. É, pois, com palavras e atos, observa Arendt, que nos inserimos no mundo humano. A ação e o discurso são também as atitudes que melhor traduzem a singularidade de cada ser humano. Só o homem é capaz de comunicar a si próprio, e não apenas comunicar alguma coisa – sede, fome, afeto, medo. Todavia, quando se trata de definir, filosoficamente,

“quem” somos, só é possível enumerar qualidades e características do “que” somos, revelando-se, então, a notória incapacidade filosófica de se chegar a uma definição da pessoa humana, de se revelar a sua “essência viva”.

Esta incapacidade talvez explique a impossibilidade de apreender, sem recorrer à cultura e à história, o que é específico à humanidade ou à condição humana. A pluralidade humana, conclui Arendt, é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

Para se distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana.

Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural.

Daí se pôde pensar, como fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível.

Os paradigmas do direito, gestados a partir do Tribunal de Nuremberg, já tinham suas raízes firmadas na filosofia da existência. Na Crítica da Razão Pura, de Immanuel Kant, temos o reassentamento da questão da moralidade em novas bases, que se encontram resumidas, em última instância, no que ele determinou de imperativo categórico. O dever, segundo Kant, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes; antes, configura-se através de uma “forma” que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoria-

mente, para toda e qualquer ação moral.

O imperativo categórico está contido na sentença: Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral. Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais.

- i) Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza, o que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar;
- ii) Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa da outrem, como fim e nunca como meio, que representa o cerne do imperativo, pois afirma dignidade dos seres humanos como pessoas;
- iii) Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado como meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*Preis*) e a dignidade (*Würde*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado), e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral), e é interesse geral. As coisas têm preço: as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do va-

lor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes. Em particular, após o término da Segunda Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos:

“Art. 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.

A justiça então, poderíamos dizer, que não é um imperativo categórico sempre, podendo ser ponderada em diversas situações, sobretudo nas extremas. O que parece ser um imperativo categórico em termos de justiça é a necessidade de se atuar com justiça nas situações medianas, onde qualquer pessoa de senso comum o faria, salvo se tiver uma mente deturpada.

E assim o é, visto que a guerra em si já traz injustiças embutidas, contudo a discussão que se travou no Tribunal de Nuremberg não foi a justiça ou injustiça da guerra, mas sim os excessos, os horrores. Portanto, para que se considere isso ou aquilo excessos ou horrores, faz-se necessário uma ponderação de

valores em meio à guerra. E a medida dos excessos tem como fundamento a dignidade humana. É a dignidade humana que faz esse corte para se aferir onde está apenas a injustiça inerente à guerra, dos excessos puníveis, mesmo diante do próprio horror que é o conceito de qualquer guerra.

Nesse sentido, o direito do trabalho viu sua constitucionalização firmada em momento já anterior ao segundo pós-guerra, visto que a necessidade de medidas protetivas para setores que se relacionavam com flagrantes desigualdades, como ocorre entre os empregados e empregadores, justificavam o sentido de justiça inerente ao direito e refutava a pretensão de neutralidade axiológica do intérprete que queria Hans Kelsen, porquanto o que realmente interessa ao direito como construído cultural não é a sua conceituação ontológica, mas sim o que postula.

### III. APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR NA TERCEIRIZAÇÃO. O PRINCÍPIO DO SOLIDARISMO E A NATUREZA DO CONTRATO NA TERCEIRIZAÇÃO NA CONCEPÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O estudo sobre a responsabilidade subsidiária na terceirização tem apenas duas finalidades, quais sejam, determinar quais verbas são devidas também pelo tomador e em qual momento este deverá adimpli-las em caso de inadimplemento pelo prestador de serviços, já que há unanimidade na doutrina e jurisprudência de que a responsabilidade do tomador de serviços é subsidiária, com ressalva para o recente Precedente Normativo 38 do TRT2. Contudo, essas questões não podem passar ao largo das garantias que tem o credor, o empregado, de recebê-las em momento condizente com a natureza das verbas e da sua condição de hipossuficiente. Portanto, uma questão de vital importância, que tem sido relegada a segundo plano pela doutrina e jurisprudência pátrias, é a relativa ao papel do empregado como terceiro na relação travada entre a prestadora de serviços e a tomadora.

Na relação que se trava entre a prestadora e a tomadora, o empregado é o típico terceiro, e é desta forma que os efeitos

da relação entre elas devem marcar o contrato de trabalho do empregado.

Um primeiro questionamento que se tem que fazer é se um contrato de natureza civil entre partes empresariais (prestadora *versus* tomadora) pode ter efeito no contrato de trabalho de uma pessoa que não participou minimamente do contrato firmado entre elas. A resposta positiva nos levaria a uma verdadeira inovação no direito com a aceitação de que partes em um contrato de natureza civil podem decidir livremente sobre ônus para um terceiro em um contrato de trabalho sem a participação deste ou ciência das condições contratadas. E o ônus a que nos referimos são os efeitos da responsabilidade subsidiária da tomadora que remeteria o pagamento das verbas do trabalhador a um futuro incerto, por conta do chamado benefício de ordem.

Com efeito, o benefício de ordem somente pode ser estabelecido entre as partes contratantes, mas não em prejuízo de um terceiro que não participou da relação contratual estabelecida, sob pena de se estabelecer um *ônus objetivo*, ou seja, criar-se um ônus ao empregado por um fato que não deu causa e de cuja responsabilidade contratual não pôde opinar. Ademais, a afetação da tese de licitude do contrato não pode vincular o direito do empregado, porquanto licitude ou ilicitude da atividade negociada entre os empregadores não pode afetar a responsabilidade com ingerência no contrato de trabalho do empregado (3º na relação), visto que isso resultaria em que um contrato firmado entre duas partes afetaria um terceiro hipossuficiente que não participou da pactuação. Teríamos então, repita-se, uma espécie de *ônus objetivo*, qual seja, um ônus que se atribui a alguém, mesmo sem a responsabilidade por ausência de participação no contrato. Veja-se que a tese da ilicitude mostra-se draconiana, portanto absolutamente ultrapassada em relação ao hipossuficiente, porquanto tenta enquadrar uma relação entre dois empregadores dentro do campo da legalidade e, se ilegal, quem é apenado é o empregado em benefício de uma das partes, justamente aquela que o explorou.

Destarte, já podemos afirmar que a

responsabilidade do prestador e do tomador é sempre solidária, visto que a responsabilidade subsidiária afeta de modo significativo o contrato firmado entre um terceiro (empregado) com o prestador de serviços. Nossa tese tem basicamente cinco suportes: i) não se pode transportar a responsabilidade advinda de um contrato para um terceiro que dele não participou; ii) o contrato entre o tomador e o prestador tem natureza civil, portanto o benefício de ordem nele estabelecido não pode ser transportado para um terceiro que não participou dessa relação; iii) não se pode impor ao trabalhador ônus de fato do contrato do qual não pôde opinar; iv) o benefício de ordem milita em favor do credor no juízo cível, portanto não pode ser transportado para o Direito do Trabalho em prejuízo ao empregado (princípio da norma mais favorável); v) a fixação da responsabilidade do tomador não passou pelo crivo do contraditório trabalhista, portanto não teve oportunidade o empregado de questionar a natureza da responsabilidade, vez que na audiência trabalhista o empregado apenas tem a oportunidade de comprovar o período em que trabalhou para a tomadora para limitar a responsabilidade subsidiária desta, violando o devido processo legal.

A edição do Precedente Normativo 38, pelo TRT2, lança a jurisprudência trabalhista para o futuro, resgatando um atraso secular nas decisões de nossos tribunais. Assim preceitua o referido precedente:

“O tomador da mão de obra, ainda que em atividade meio, é responsável solidário pelos créditos trabalhistas do trabalhador assim alocado, correspondente ao tempo que durar a terceirização”.

O Precedente Normativo 38, está absolutamente condizente com uma leitura constitucional do direito do trabalho contemporâneo, visto que a responsabilidade em tema de créditos trabalhistas, direitos sociais, portanto direitos fundamentais não pode ser outra senão a solidária, visto que a responsabilidade pelo pagamento se escora no princípio constitucional do solidarismo que se integrou

às constituições democráticas a partir do segundo quartel do século passado, em decorrência da reconstrução dos direitos humanos e do neoconstitucionalismo que tinham a dignidade da pessoa humana como principal vetor, que se equiparou ao próprio Estado Democrático de Direito. Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, não se pode imaginar alguém explorando um ser humano e não se equiparando ao contratante em termos de responsabilidade. Ora, a divisão de responsabilidades entre os que exploraram não pode, em nenhuma hipótese, atuar como um reducionismo aos direitos dos empregados, sob pena de beneficiarem-se os empregadores da própria iniquidade ou diferença de poderio que marca o contrato de trabalho.

Extrai-se da doutrina do direito alemão que nos contratos em que o empregado não tem ingerência nos seus termos - como ocorre de ordinário no contrato de trabalho-, na parte do contrato onde o empregado não pôde opinar, não se lhe pode atribuir qualquer tipo de ônus, recaindo todo o ônus sobre o empregador. Desse modo, quando o empregado é contratado e não tem qualquer ingerência para qual empregador irá trabalhar e desse contrato terceirizado não pôde opinar, não lhe pode advir qualquer tipo de ônus, sobretudo ônus que resultaria em ter que abrir mão de receber seus consectários legais, inclusive saldo de salário, em benefício de demandas civis entre empregadores. Pode-se concluir, inclusive, por conta desse raciocínio, que as demandas das tomadoras de que a responsabilidade inexistente ou que é apenas subsidiária, foge à competência da Justiça do Trabalho, visto que é tema que deve ser discutido entre os empregadores no juízo cível.

O que se tem visto, de ordinário, é que as prestadoras contratam, porém quem efetivamente explora a atividade são as tomadoras, portanto não existe qualquer fundamento para quererem se esquivar de sua responsabilidade. Impedida a divisão de responsabilidade nos contratos por conta do princípio do solidarismo, não se pode falar em benefício de ordem, porquanto este se constituiria em um benefício aos contratantes inadimplentes, em detrimento de um

direito fundamental do hipossuficiente, o que implicaria numa *injustiça legal ou pretoriana*. Ademais, um outro fator nos leva a crer que o benefício de ordem não se aplica na Justiça do Trabalho, é o fato de que o instituto vindo do direito civil é originalmente aplicado em benefício do credor, portanto não se pode transportá-lo para o direito do trabalho como benefício para os devedores, ante o princípio insculpido no art. 8º da CLT, visto que o direito comum somente pode ser aplicado no direito do trabalho se compatível com este. Quando se fala aqui que o benefício milita em favor do credor no cível, estamos querendo significar que o benefício pressupõe solvência de ambos os devedores; portanto, quando um dos devedores simplesmente não paga ou se torna insolvente, não se pode mais falar em benefício de ordem, sob pena de a relação estritamente cível entre os devedores ser transportada para o processo do trabalho, relação essa que além de ter natureza eminentemente civil não passou pelo crivo do contraditório trabalhista, o que não ocorre no juízo cível, visto que a relação entre os devedores na Justiça Comum, é objeto do próprio processo. Desse modo, o devido processo legal estaria sendo violado com força, posto que uma relação civil - que não foi objeto de processo com a participação do empregado-, lhe imporia um ônus sem passar pelo crivo do contraditório. O empregado não tem nenhuma oportunidade no processo do trabalho de transformar a responsabilidade do empregador em solidária. Isso deixa extremos de dúvidas de que não pode sofrer o empregado qualquer ônus advindo da responsabilidade subsidiária, *v.g.*, se submeter a benefício de ordem, que somente pode ter efeito entre as próprias partes contratantes. Ora, quem contrai uma dívida junto é, de ordinário, devedor solidário.

Portanto, a partir de uma leitura do Precedente Normativo 38, podemos reafirmar nossa conclusão de que, em verdade, não pode haver responsabilidade subsidiária dos empregadores na Justiça do Trabalho, sendo, pois, a responsabilidade sempre solidária.

Explicamos. Quando está em jogo um direito fundamental, como os direitos sociais relativos aos direitos traba-

listas, nunca pode haver qualquer tipo de subsidiariedade, tanto que a Constituição quando se refere à saúde, educação e outros direitos fundamentais sempre se refere ao Município, Estado e União, numa ordem solidária. A característica de um direito fundamental não permite que se protele um feito para que se discuta a responsabilidade do devedor sobre um direito fundamental. Isso equivaleria a uma derrogação parcial e momentânea de um direito fundamental, e uma das características dos direitos fundamentais é a sua inderrogabilidade - ainda que parcial.

Nesse passo, não se justifica que se imponha ao trabalhador o ônus de esgotar a execução contra um dos devedores para, tão-somente após essa fase, buscar a satisfação de seu crédito perante aquele que também se beneficiaria dos serviços prestados.

Para além das normas protetivas do Direito do Trabalho, milita em favor do empregado a chamada função social do contrato que limita a contratação à observância dos seus limites. Por outro lado, a boa-fé contratual e a probidade foram elevadas a um nível que marcam a eticidade do contrato.

Assim preceituam os arts. 421 e 422, do Código Civil:

“Art. 421- A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

“Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Em comentário à função social do contrato assim se posiciona Nelson Rosendal<sup>7</sup>:

“Não se trata aqui de revogar a tradicional relatividade dos contratos, pois os seus efeitos obrigacionais compreendem apenas os seus protagonistas, mas de atenuar os

seus efeitos perante a coletividade, prestigiando uma oponibilidade geral à maneira pela qual tradicionalmente vislumbramos nos direitos reais. Em síntese, todo contrato é uma soma de seu tipo sua estrutura e sua função. O tipo emana da conformação mínima do ordenamento jurídico sobre as relações econômicas mais comuns. A estrutura é dada pela vontade das partes no espaço reservado pela sociedade ao exercício da autonomia privada. A função social diz respeito às conseqüências objetivas da relação sobre a sociedade. A função social é uma cláusula geral. Norma intencionalmente formulada de maneira vaga e imprecisa, a fim de que o magistrado possa densificar o seu conteúdo. A concretização da cláusula geral se dará em maior ou menor grau, conforme a concretude dos interesses envolvidos e as peculiaridades do caso.”

Prossegue o mesmo autor em comentário ao art. 422 do Código Civil:

“Note-se que a boa-fé sempre será concretizada em consonância com os dados fáticos que se revelarem na situação jurídica. A eficácia da boa-fé deverá variar conforme a maior ou menor igualdade das partes no contexto espacial e temporal, enfim, a intensidade da aplicação do princípio será aferida nas circunstâncias, conforme a “ética da situação”.

A natureza do contrato de trabalho se aproxima da natureza dos contratos de adesão descritos no art. 424, do Código Civil, porquanto o empregado não tem como alterar as suas cláusulas, submetendo-se a elas em decorrência da necessidade do trabalho. Características de padronizado e *standardizado* como se vê nos contratos de adesão, também são encontradas nos contratos de trabalho.

Assim preceitua o art. 424, do Código Civil:

“Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

7. Rosendal, Nelson - In Código Civil Comentado, 6ª edição, pg. 487. Editora Manole - 2012.

Se transportarmos essa disposição para o tema da terceirização na Justiça do Trabalho, teríamos que quando se impõe ao empregado a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, impor-se-ia a ele uma renúncia de haver os seus direitos igualmente de ambos os que o exploraram, com a agravante de que nem ao menos foi aderente na relação entre prestadora e tomadora.

Como respaldo nas lições de Nelson Rosenthal, poderíamos dizer que quando se impõe responsabilidade subsidiária à tomadora, estar-se-ia a implicar em uma renúncia antecipada do empregado que nem ao menos aderente foi, ao direito de receber as suas verbas no momento em que preconiza a CLT, ou seja, uma renúncia a um direito subjetivo que viola a função social interna do contrato de trabalho e ao dever anexo de proteção, ínsitos a qualquer relação contratual. Ora, se a boa-fé origina-se da dita palavra empenhada, quem foi envolvido em um contrato sem sua anuência, sem empenhar sua palavra não pode suportar qualquer tipo de ônus.

A responsabilidade das tomadoras se enquadra na chamada responsabilidade pós-contratual que também é atingida pelo princípio da boa-fé, conforme dispõe o art. 422, do Código Civil. Desse modo, o inadimplemento das verbas pela prestadora de serviços impõe à tomadora deveres não simplesmente advindos da chamada culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mas também e, sobretudo, dos chamados *deveres anexos*, que no caso são mais reais do que simplesmente anexos, em decorrência de que a exploração do empregado se dá muito mais pela tomadora do que pela prestadora.

**Jurisprudência:** Enunciado n. 24, Conselho da Justiça Federal: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Se vê que há jurisprudência firmada de que a responsabilidade por descumprimento de deveres anexos é objetiva, portanto independe de comprovação de culpa da tomadora no caso da terceirização e só pode ser solidária a responsabilidade.

Em casos que tais, a responsabilidade não nasce da lei, do contrato ou da vontade das partes, mas de imposição constitucional por conta de que o princípio constitucional do solidarismo não permite que duas pessoas se juntem para explorar um direito fundamental de uma terceira, sem se responsabilizarem solidariamente. A relação de responsabilidade subsidiária entre a tomadora e a prestadora somente pode ser argüida no juízo cível na ação de evicção, visto que não se pode contratar sem a presença em um contrato de um terceiro e impor-lhe o ônus de uma contratação da qual não participou, princípio básico da teoria dos contratos.

Nos casos, como no caso ora em comento em que o terceiro hipossuficiente suporta um ônus por ação de terceiros, a responsabilidade destes não chega a adentrar de todo nos domínios da cláusula *pacta sunt servanda*, permanecendo tão-somente na sua dimensão ética, visto que ética e solidarismo se imbricam quando direitos fundamentais restam violados.

Nesse sentido se pronuncia Immanuel Kant:

“Pode-se ver, assim, que todos os deveres, pelo simples fato de serem deveres, pertencem à ética; mas sua legislação não por isso se encontra sempre na ética, mas, para muitos deles, fora da mesma. Assim, a ética ordena que eu tenho de cumprir um compromisso assumido em um contrato, mesmo que a outra parte não pudesse me coagir a tanto, mas ela assume a lei (*pacta sunt servanda*) e o dever correspondente como dados pelo direito. A legislação de que promessas feitas têm de ser cumpridas encontra-se, portanto, não na ética, mas no direito (*jus*). A ética apenas ensina em seguida que, mesmo se o móbil ligado àquele dever pela legislação jurídica, a saber, a coerção externa, for deixado de lado, a ideia do dever é por si só já suficiente móbil”.

Quando estamos a falar de responsabilidade em Direito do Trabalho, não podemos deixar de dar importância, como dizia Radbruch, que de um lado do contrato há um ser humano a quem o direito deve reservar especial proteção.

Ademais, a relação entre empregado e empregador não pode ser vista como uma relação contratual comum, por isso que, como já afirmamos acima, não se pode transportar para o direito do trabalho o instituto do benefício de ordem, como aplicado no Direito Civil; em primeiro lugar, pelo fato de que o instituto não pode ser aplicado como o é na Justiça Comum, como já fundamentamos acima. Decorre disso que devemos nos ater às características peculiares do direito do trabalho, conforme já assentado na doutrina do direito comparado.

Nesta linha de entendimento assim se posiciona Maurice Hauriou<sup>8</sup>:

“O Direito Social é um direito dos privilégios, das desigualdades, é um direito discriminatório, um direito de preferência. Em razão disso, no seu interior surgem as categorias do hipossuficiente, do obreiro, do acidentado, etc. O Direito Social é um direito da equidade material e não apenas formal, onde o justo passa a ser o *normal*. Tal imbricação do conceito de normalidade com a própria realidade faz com que na concepção do Direito Social seja superado o dualismo do Ser e Dever-Ser, na medida em que as obrigações passam a se definir em relação à própria realidade que ela própria, em certa medida, regulamenta.”

A Constituição Portuguesa prevê, no art. 207º/2, a intervenção dos chamados juízes sociais nos julgamentos de questões que requeiram uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos e enumera, a título de exemplo, algumas matérias na quais isto poderá acontecer ou acontecerá normalmente. Os juízes sociais podem ser importantes para a tomada de decisões prospectivas em áreas sociais mais delicadas, tais como trabalho, infrações contra a saúde pública e de pequenos delitos ou de execução de penas.

Essa proteção dada ao Direito do Trabalho, tem como fundamento o asse-

guramento de um mínimo de equidade, visto que onde há a necessidade de proteção tem que incidir o princípio maior que é o da dignidade humana. Como já dizia Walter Schweidler, citado por Nythamar de Oliveira: “i) A dignidade humana é relacional e não uma propriedade (*Würde ist Verhältnis, keine Eigenschaft*), ii) a dignidade humana é apenas percebida como dever e não como um privilégio (*Würde ist nur als Verpflichtung, nicht als Privileg wahrnehmbar*). A dignidade humana pertence, portanto, ao projeto inacabado de tornarmos-nos verdadeiramente humanos, de forma que a sua tarefa (*aufgabe*) seja ao mesmo tempo uma demanda (*Forderung*) e uma realização (*Erfüllung*)”.

Diríamos então, que este projeto de tornarmos-nos humanos é um seguir adiante titularizando direitos que não podem retroceder. Diga-se, por isso, que esta forma novata de exploração da mão de obra -a terceirização- deve ser aferida diante de uma situação onde a relação de emprego está marcada indissolúvelmente por conquistas que se incorporaram ao patrimônio dos trabalhadores (*entrenchment*) como direitos pré-constitucionais ou pré-estatais, portanto estão assegurados pelo princípio da proibição de retrocesso social. Isso se dá posto que em toda relação de emprego há garantias mínimas por conta da manifestação cotidiana do direito de personalidade dos empregados, nas dimensões físicas e psíquicas que devem ser preservadas ante o imbricamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos entricheirados se incorporam à Constituição conforme autoriza o §2º do art. 5º:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Com efeito, no Brasil, os direitos entricheirados, ficam assegurados pelo princípio da proibição de retrocesso, se incorporam à Constituição de forma implícita, o que já não ocorre da mesma forma na Constituição americana,

já que nesta a emenda 9ª teve como função precípua a de incluir no elenco de direitos fundamentais aqueles já titularizados pelo povo, o que evidencia a ideia jusnaturalista de direitos pré-constitucionais e mesmo pré-estatais, a serem observados pelo Estado, como assinala com propriedade Carlos Roberto Siqueira Castro.

Destarte, forçoso reconhecer que na implementação de novas formas de trabalho, faz-se necessária, para além de se garantir a função social do contrato, que asseguraria a caminhada para a implementação da transformação não poder ser brecada, ao revés, deve sempre ser aprimorada com mecanismos garantidores tanto explícitos como implícitos já incorporados ao patrimônio da sociedade como ordem pública, ou garantidor do direito de conviver com dignidade na comunidade do trabalho.

Os institutos que requerem uma permanente aferição de constitucionalidade em decorrência dos direitos fundamentais que atuam na sua concretização, postulam que o resultado dessa aferição seja sempre no sentido de que a constitucionalidade se faz presente em todas as hipóteses e circunstâncias, sob pena de serem relativizados os direitos fundamentais sem uma ponderação com outro direito fundamental de igual *status*. Disso decorreria uma espécie de derrogação dos direitos fundamentais por incorreção de interpretação. Dizemos, para chegarmos à casuística, v.g. quando o empregado é acidentado prestando serviços para a tomadora de serviços, pensamos, não se pode, em hipótese alguma, falar de responsabilidade subsidiária do tomador, porquanto repugna à consciência ética que alguém possa perder parte do corpo ou a sua própria vida sem que possa o tomador ser reputado responsável solidário.

Nesse tema, pertinente a posição de Alain Supiot ao propor um reexame do princípio de solidariedade:

“O direito comunitário mostra que um duplo movimento de reafirmação e de reinterpretção do princípio da solidariedade já foi iniciado na Europa, notadamente sob a pressão da ampliação da União Europeia a antigos países comunistas.

(...) A solidariedade abrange assim, nessa Carta, não só os direitos sociais já visados pela declaração Universal, mas também novos direitos fundamentais (direito à informação dos trabalhadores, direito de negociação e de ação coletiva, direito de acesso aos serviços públicos), assim como certos princípios que se impõem aos poderes públicos e às empresas (...) De um lado, ela leva a reconhecer àqueles cujas condições de vida e de trabalho são atingidas pela liberalização das trocas mundiais o direito de se organizarem, de agirem e de negociarem num plano internacional. A solidariedade aqui é considerada um modo não mais somente de proteger os homens contra os riscos da existência, mas também de lhes dar os meios concretos de exercer certas liberdades (...). Do outro lado, essa definição do princípio de solidariedade pode servir de base para regras que limitem a mercantilização dos homens e das coisas (...). São todos os que se beneficiam de uma operação econômica que devem ser considerados solidariamente responsáveis pelos danos dela resultantes para o meio ambiente e para os consumidores, sejam quais forem as montagens jurídicas usadas pela empresa.”<sup>9</sup> (grifos nossos)

Por ter uma pessoa humana efetuado o seu trabalho, com a utilização do seu próprio corpo, que o direito do trabalho tem forte apelo pela aplicação do princípio do solidarismo. Todos os benefícios conquistados pelos trabalhadores que tinham como função amenizar as condições de trabalho, relativizando o poder potestativo do empregador tiveram, de uma forma ou de outra, ingerência do princípio constitucional do solidarismo, que tem como pressuposto, no caso específico, o de humanizar as relações de trabalho. Portanto, quando duas pessoas contratam, como ocorre na terceirização, ao hipossuficiente, protegido

8. Apud, Porto Macedo Jr, Ronado. Carl Schmitt e Fundamentação do Direito. Max Limonad – São Paulo, pg. 99.

9. SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Martins Fontes, pg. 264-267.

primeiro pelo princípio de que um terceiro não pode ser obrigado por contrato que não se obrigou, e também pelo fato de aqueles que se associaram para explorar um terceiro têm responsabilidade solidária para com este, não pode restar qualquer tipo de prejuízo ou ônus decorrentes da pactuação entre empregadores da qual não anuiu ou não obteve qualquer lucro.

A função social do contrato se constitui nas chamadas cláusulas gerais, no dizer de Claus Canaris, são verdadeiras portas abertas para que os juízes possam implementar os direitos fundamentais. Depreende disso, que os juízes, em especial os juízes do trabalho, devem, no momento do julgamento, se aterem para que as suas decisões sejam pautadas por um misto de elementos que agregue os direitos já titulizados ao longo da história e estão marcados pela impossibilidade de retrocesso; para um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos; observem o respeito ao devido processo legal e, em casos como o ora examinado, observem o princípio do solidarismo.

**IV. AS NORMAS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ENTRENCHMENT (ENTRINCHAMENTO) E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PROTEÇÃO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA**

A doutrina conceitua o entrenchment ou *entrenchment*, também chamado de proibição de retrocesso, princípio do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição como a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade. Dessa forma, as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em uma determinada intensidade e essa intensidade é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais, acarretando uma proteção à precisão dos valores constitucionais, o que impede sua modificação para atender a particularidades

e, ao mesmo tempo, serve para aumentar a segurança jurídica do conteúdo das normas constitucionais e efetivar a jurisdição constitucional.<sup>10</sup>

O entrenchment se dá com maior facilidade entre as normas trabalhistas vez que elas, por sua vinculação dos direitos básicos do trabalhador, recebem especial proteção e são, por isso, normas materialmente constitucionais, visto que, embora não constem da Lei Maior, são equiparadas às normas constitucionais, outras vezes, por se constituírem em direitos de personalidade dos empregados, se imbricam com o conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana.

Walber A. Moura, na obra citada refere que a decisão judicial também é um parâmetro para o estabelecimento do princípio do não-retorno, que pode firmar um determinado conteúdo, impondo, de forma vinculante, sua obrigatoriedade para todos os poderes estabelecidos. Para o mesmo autor a proibição do retrocesso pode ser reconhecida na esfera das decisões judiciais, contudo, deve estar respaldada por condições sociais, para auferir legitimidade dentro das relações de poder existentes na sociedade, sendo estas condições um requisito imprescindível a sua concretização. Isso, segundo o autor, não é um dado apenas dogmático, um *a priori* normativo, seu conteúdo valorativo primeiro deve ser paulatinamente incorporado à sociedade para depois ser concretizado juridicamente.

Na doutrina de Ingo Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso liga-se ao princípio da dignidade humana no sentido de que o primeiro é um instrumento de proteção do segundo.

José Carlos Andrade Vieira<sup>11</sup> divide o *entrenchment* dos direitos fundamentais em três categorias: i) tem intensidade máxima quando as concretizações legais forem consideradas materialmen-

10. Agra Moura, Walber – O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In *Justiça Constitucional – coordenador André Ramos Tavares*. ed. Fórum. pg. 24.

11. José Carlos, Vieira de Andrade. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, ed. Almedina, pg. 391- 392.

te constitucionais; ii) apresenta grau intermediário quando os seus direitos forem ligados ao princípio da proteção da confiança ou à necessidade de fundamentação dos atos legislativos que retrocedem; iii) é considerado de grau mínimo quando a proteção se restringir a impedir a destruição do nível essencial mínimo dos direitos fundamentais, ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

É consenso na doutrina e jurisprudência pátrias que desde a Constituição de 1934, os direitos trabalhistas são considerados direitos fundamentais, portanto não há controvérsia sobre a aplicação da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais em tema de direitos trabalhistas, visto a consensualidade de sua aplicabilidade direta. Isso significa que o tema ora em comento, trata-se de um direito fundamental dos trabalhadores, eis que se trata de uma área sensível, qual seja, as condições de trabalho decorrentes de uma forma de contratação. Ademais, ainda que não estivessemos tratando de examinar a questão da eficácia dos direitos fundamentais, o tema poderia ser examinado sob o prisma da função social do contrato, que limita o poder potestativo do empregador. Da mesma forma poderia ser feita uma análise a partir do exame do emprego do princípio do solidarismo, como já dissemos *en passant* ou da questão do entrenchment de normas.

**IV.1. APONTAMENTOS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DIMENSÕES PROCESSUAL E SUBSTANCIAL**

De todos os princípios por nós aqui já expostos, pensamos que o que mais escancarava a responsabilidade solidária do tomador dos serviços é o do devido processo legal, visto tanto na sua dimensão processual como substancial.

No Brasil, o devido processo legal na sua dimensão substancial não foi desenvolvido de modo suficiente, ou melhor, praticamente não se fala na sua influência no direito brasileiro. Contudo, entendemos que no caso ora examinado é o devido processo legal na sua dimensão substancial que é violado em sua inteireza. Sem esse valioso instrumento para se fazer justiça, ficamos de

certa forma manietados e acabamos por ter dificuldades de revelar certas mazelas que ocorrem nas relações jurídicas, como sói ocorrer no vertente caso.

Em um primeiro momento, como já dissemos de passagem, é o devido processo legal tanto na sua dimensão substancial quanto processual que é violado, porquanto as empresas pactuam entre si decidindo a responsabilidade da tomadora a qual o empregado tem que se submeter, violando o seu direito de liberdade de anuir, que é resguardado pelo devido processo legal na dimensão substancial, e não tem a oportunidade, no processo do trabalho, de questionar a natureza da responsabilidade que lhe acarretará um ônus futuro, no momento da execução, em decorrência do benefício de ordem em favor da tomadora, violando o devido processo legal na sua dimensão processual.

José Alfredo Baracho<sup>12</sup>, assim se posiciona sobre o tema:

“O processo, como diz Couture, é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A constituição pressupõe a existência do processo como garantia constitucional, fundamenta que as Constituições do século XX, com poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação programática de princípio do direito processual como necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas”

No mesmo sentido esclarece Ada Grinover<sup>13</sup>:

“A possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilida-

12. Alfredo de Oliveira Baracho, José, *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1984, pp. 125 e 363, apud Carlos Roberto Siqueira Castro in *O devido processo legal*.

13. Pelegrini Grinover, Ada. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 40, apud Carlos Roberto Siqueira Castro in *O devido processo legal*.

des processuais, colocam ambas as partes em posição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo (...). Se o escopo da cláusula é a proteção de direitos individuais, somente assegurando o contraditório e a igualdade das partes poderá o juiz proferir imparcialmente sua decisão”

Quando as empresas prestadora e tomadora definem a responsabilidade da tomadora em detrimento da possibilidade de recebimento imediato dos direitos pelo empregado, materializam uma verdadeira concentração de poderes em detrimento do hipossuficiente, tendo suporte no enunciado da Súmula 331, do C.TST, limitando o julgamento pelos juízes à regra esposada na referida Súmula.

Na mesma obra ressalta José Alfredo Baracho:

“A doutrina do Constitucionalismo integra-se com o Processo, que materializa as normas capazes de impedir a concentração de poder, limitam suas manifestações decisórias, por meio de organismo competente”

Na lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, na concepção originária adjetiva da cláusula do devido processo legal, esta não visava a um questionamento da substância ou conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão pela qual essa garantia não teria logrado desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas, o que viria a ocorrer anos mais tarde com a formulação da teoria do *substantive due process*. A partir de então deu-se uma exploração pretoriana das potencialidades da cláusula *due process of law* como mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes e do mérito dos atos normativos.

O devido processo legal na sua dimensão substancial nasceu com a ideia de proteção de direitos fundamentais de índole jusnaturalista como, *v.g.*, o direito de propriedade. A cláusula do devido processo legal passa a controlar

a “razoabilidade” e “racionalidade da lei”. Desse modo, uma lei não poderia ser considerada constitucional se não fosse portadora de razoabilidade e racionalidade. Seguindo essa concepção, a cláusula do devido processo legal se tornou um autêntico *standard de justiça*.

Depreende-se do que estamos a analisar que não se mostra minimamente razoável o entendimento de que impõe-se ao empregado um ônus por conta da responsabilidade da tomadora em acerto com a outra parte que o explorou. Isso violaria, antes de tudo, a sua liberdade de contratar ou de ao menos ser ouvido quando da contratação.

Extraí-se ainda da lição de Carlos Roberto Siqueira Castro que os EUA, de há muito vinham ensaiando um derivativo de caráter substantivo para a garantia do devido processo legal, de certo modo distanciando de suas características processuais. Em decisão no caso *Stone v. Farmers Loan o Chief Justice Bradley* proclamou que o Estado não pode exigir de uma empresa ferroviária a obrigação de transportar pessoas e mercadorias sem o pagamento de uma remuneração compatível, pois tal importa em utilizar a propriedade privada para fins de uso público sem a justa compensação e sem o *devido processo legal*.

Na mesma obra informa o autor citado que o Juiz Douglas, da Suprema Corte dos Estados Unidos, deixou assentado que as garantias explícitas constantes do *Bill of Rights* norte-americano possuem “sombrias jurídicas extensivas, designadas *penumbral rights*, que abrigam em seu bojo outros direitos implícitos ou consequentes daqueles formalmente assegurados na Constituição.

Se transportarmos essa decisão para o caso da terceirização que estamos a analisar, teríamos então que o trabalhador não poderia prestar serviços para as empresas e ser obrigado a se curvar ao benefício de ordem, que não levaria a um pagamento pronto e justo, e isto importaria em utilizar o corpo humano para fins de maximizar o lucro do empregador, transformando a pessoa humana em simples coisa, ou melhor, coisificando-a sem a justa compensação pelo seu trabalho e sem o devido processo legal. Aqui, a violação se dá na dimensão substancial, visto que a

imposição ao benefício de ordem ocorre por disposição da Súmula 331, do TST, imposição, portanto, estatal. Essa imposição se dá não somente em relação aos atos do Congresso Nacional, mas também em relação àqueles advindos da jurisprudência, já que a não observância da Súmula do TST importa no não conhecimento do recurso de revista, o que significa dizer que as Súmulas do TST têm caráter impositivo.

Em mais um exemplo do Prof. Carlos Roberto Siqueira citamos o caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte estadunidense declarou inconsistente com a Constituição a lei daquele Estado, que fizera jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, reconhecendo, para tanto, que a garantia do devido processo legal assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, portanto, sem qualquer ingerência do Poder Público.

Forçoso concluir que quando a natureza da responsabilidade da tomadora impõe ao empregado um ônus por conta do benefício de ordem, o devido processo legal nas dimensões processual e substancial é violado por diversos ângulos, sobretudo pelo fato de que deixa de receber em tempo razoável a remuneração do seu trabalho; não teve a liberdade de anuir com essa forma de pagamento (obediência ao benefício de ordem); não participou do processo que culminou com a responsabilidade subsidiária da tomadora, sendo certo que nesse ponto é vulnerado o devido processo legal na dimensão substancial pela Súmula 331, do TST, que assim padece do vício de inconstitucionalidade por ausência de razoabilidade.

V. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO NA DOCTRINA – ATIVIDADE FIM; ATIVIDADE MEIO E ESSENCIAL; LICITUDE VERSUS ILICITUDE REGRANDO A RESPONSABILIDADE E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DE SUBORDINAÇÃO DIANTE DOS CONCEITOS DE ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO

As novas relações de emprego, frente às necessidades do mercado de trabalho, motivam a incessante busca por

uma releitura dos elementos do vínculo de emprego, em especial a subordinação enquanto elemento central, indicativo da sujeição do trabalhador ao tomador dos seus serviços.

A ortodoxia da relação de emprego firmada sob a égide do conteúdo dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, nem sempre se encaixa às novas formas de relação entre empregado e empregador, motivando, assim, uma nova abordagem dos elementos característicos do vínculo, com vista à interpretá-los de forma mais condizente com a realidade do mercado e, principalmente, de ajustá-los com a necessidade de se conferir efetiva proteção ao trabalhador, enquanto parte mais fraca na relação de emprego, essencialmente desigual.

A partir da análise de decisões sobre o tema terceirização e precarização de direitos, deparamo-nos com a inconteste insuficiência do debate que se restringe a avaliar a legalidade da terceirização baseada tão-somente na diferenciação entre atividade fim e atividade meio, autorizando, inclusive, o reconhecimento da insuficiência de tal ponderação naquelas relações em que a subordinação mereça ser analisada dentro do contexto da atividade empresarial do destinatário final e real beneficiário da mão de obra do trabalhador.

Com efeito, a questão que se pretende trazer como útil extrapola os limites da identificação pura e simples do que são as atividades meio e as finalísticas, tomando-se por base a estrutura das atividades do empregador, conceito mais condizente com a proteção ao trabalhador e a efetividade de direitos mínimos que se lhe pretende garantir.

Sob a perspectiva do desenvolvimento das relações entre empregados e empregadores, ousamos afirmar que o conteúdo das ordens dirigidas ao trabalhador, característica do poder diretivo e indicativo de subordinação, ou mesmo a quantidade e o tipo de fiscalização dirigidas à atuação do empregado, de há muito não se prestam a definir se esta ou aquela atividade podem ser consideradas como finalísticas, ou se, por outro lado, admitem a figura da terceirização, porquanto se refiram às atividades meio.

Pode-se, portanto, dizer que todas as tarefas que contribuam para a obtenção

do lucro e a consecução do negócio do empregador, em menor ou maior grau e independentemente da participação do tomador dos serviços, porquanto distribuídas na dinâmica do empreendimento, contribuem inextricavelmente para o resultado produtivo esperado, tornando-se essenciais e justificando a aplicação do conceito de subordinação estrutural, em prejuízo ao clássico conceito de subordinação focada na busca, a nosso ver, ultrapassada, da diferença entre atividades fim e meio.

Defende-se que sob a perspectiva da subordinação, o empreendimento deva ser analisado como um todo complexo, composto por um feixe de tarefas organizadas, tendentes à obtenção do lucro, de modo que toda e qualquer atividade vinculada a essa intenção não admite ser terceirizada por tratar-se de parte integrante e indissociável do próprio negócio.

Logo, sob o ponto de vista da atividade essencial, ainda que não haja a vinculação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos seus serviços, permite-se concluir que há a subordinação e a caracterização da relação de emprego, nos moldes dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, pela integração da mão de obra ao sistema produtivo do beneficiário dos serviços, e, assim, um certo alargamento do campo de proteção do Direito do Trabalho, impondo a aplicação do regime celetista.

Dentro de tal realidade, ínsita ao sistema capitalista, pouco ou nada importa a diferenciação que se pretenda fazer sobre quais dessas tarefas ditas essenciais podem ser mais ou menos importantes para o negócio do tomador, como forma de se enquadrá-las em meio ou finalísticas e, assim, justificar a regularidade da terceirização.

Destaca-se que a complexidade das relações de trabalho na atualidade não pode justificar o desmerecimento da proteção celetista básica ao trabalhador, sob pena de verdadeiro retrocesso social.

Essa premissa motiva a busca de um certo alargamento na caracterização dos requisitos do vínculo, de modo que se permita, em última análise, assegurar a distribuição dos direitos trabalhistas em atendimento dos anseios da parte

mais fraca da relação de emprego, com vista ao atendimento do mínimo existencial e da garantia de efetividade aos direitos fundamentais do trabalhador, os quais o acompanham na relação de emprego.

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, assim pronunciou-se sobre a subordinação estrutural nos autos n.º 00059-2007-011-03-00-3, em acórdão de relatoria do Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

“(…) A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica.

Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício.

A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação.

Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica.

Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT – artigo 2º, caput – o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personali-

dade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais (...)”

Admitindo-se como premissa o conceito de atividade essencial, tem-se que a análise da subordinação enquanto característica da relação de emprego toma corpo a partir da avaliação do próprio empreendimento. Assim, sempre que a atividade desempenhada pelo trabalhador mostrar-se essencial à obtenção do resultado produtivo pelo beneficiário dos serviços, ainda que não seja este, formalmente, o empregador, estaríamos diante de uma mão de obra necessariamente subordinada e, assim, destinatária das disposições celetistas.

Nesse cenário, não se trata de avaliar a atuação do trabalhador e, por via de consequência, a licitude da terceirização eleita sob o ponto de vista de dizê-la meio ou fim no conjunto da atividade empresarial.

O que se propõe, principalmente, é a avaliação da essencialidade da atividade desempenhada pelo trabalhador dentro do contexto da cadeia produtiva tendente ao lucro, ampliando-se com franca sensatez a proteção ao hipossuficiente e identificando o elemento subordinação como medida de precarização nessas relações em que a essencialidade não permite a dissociação do profissional em relação ao empreendimento que pode, inclusive, não ser gerido diretamente pelo seu empregador.

A partir de tal reconhecimento, a aplicação do regramento básico da relação de emprego tornaria inócua a insistente discussão entre atividade meio e fim como limitadores para a terceirização lícita de atividades, considerando como próprio e essencial à cadeia de produção de interesse do empregador, ou quem lhe faça as vezes, a atividade que não pode ser deslocada do empreendimento, sob pena de inviabilizar a manutenção da cadeia produtiva.

Colhe-se da doutrina espanhola, em especial de Manolo Alonso Olea, a lição de que a relação de emprego poderia ser identificada a partir da alienação do produto do trabalho.

Com efeito, a alienação ao empre-

gador do produto do trabalho prestado pelo empregado, se apresentaria como elemento condicionante à existência da subordinação, adotando-se interpretação ampliativa para o reconhecimento do elemento central do vínculo, que escapa do enfrentamento da matéria de acordo com a clássica identificação do centro de comando da relação de emprego como meio, inclusive, de se apontar a diferenciação entre atividade meio e fim como identificadores da regularidade da forma de terceirização eleita na relação concreta.

Sérgio Cabral dos Reis, em artigo sobre o tema, pondera:

“A subordinação estrutural supre as dificuldades de enquadramento de situações fáticas em que o conceito clássico tem se mostrado insuficiente, a exemplos de fenômenos contemporâneos, como o teletrabalho, viabilizando não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, instrumento de realização de justiça social, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores, em especial a terceirização.

Assim, em resumo, a configuração do vínculo empregatício pressupõe que o trabalhador esteja inserido na estrutura da empresa e que ofereça prestação laboral indispensável aos fins da atividade empresarial. Em outras palavras, a subordinação, em sua dimensão estrutural ou integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pela empresa, e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos de seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta sua atividade.” (caminho eletrônico: <http://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2012/02/juiz-escreve-artigo-sobre-subordinaassapso-estrutural>)

Consequentemente, adotando-se o critério ampliativo de identificação do

elemento chave do vínculo empregatício, a partir da atividade essencial (subordinação), a constatação de uma relação terceirizada que foge dos limites da lei encontraria um facilitador, um critério de avaliação da atividade exercida pelo trabalhador de acordo com a posição do mesmo na cadeia produtiva.

No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, ao avaliar a terceirização no caso concreto de acordo com o critério de subordinação estrutural. Aplicando-se o critério ampliativo da subordinação estrutural, exsurge a irregularidade da terceirização diante da essencialidade do serviço prestado no contexto da atividade empresarial:

“TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. IRREGULARIDADE. SUBORDINAÇÃO. A terceirização de atividade fim é irregular, pois embora não seja proibida por lei, viola princípios básicos de Direito do Trabalho. Toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços. Esse argumento basta para comprovar a subordinação (TRT – 1 – RO: 925006520085010030 RJ, Relatora Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães. Data de julgamento 15/05/2013, Segunda Turma. Data de publicação: 22/05/2013)

Marcus Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Resende Chaves Júnior, no artigo *Subordinação Estrutural – Reti- cular e Alienação*, também ponderam:

“A subordinação é, como se viu no tópico anterior, na tradição clássica do Direito do Trabalho brasileiro, o elemento de caracterização da condição de prestador de trabalho tutelado pela CLT, muito embora a doutrina tenha também conferido esse estatuto à alteridade, mesmo porque a subordinação está dicionarizada como ato ou efeito e não

como condição. (...) O clássico Alonso Olea, por exemplo, transfere a centralidade identificadora no Direito do Trabalho para o conceito de ‘ajenidad’ (...) larelación de ajenidad, como definidora y esencialidad del contrato de trabajo, éste es un modo originario de adquirir propiedad por un ajeno distinto de quien trabaja. (...) Por outro lado, entre alienação e subordinação há, contudo, uma relação de causalidade, em que a primeira condiciona a segunda, ainda que a alienação, ela própria, seja também um ato ou efeito da condição do trabalho alheado. A alienação do produto do trabalho, ou seja, a seção entre os sujeitos da produção imediata (trabalhador) e da apropriação primária da mercadoria (patrão) é, pois, o ato que constitui a existência, inclusive jurídica, da relação e emprego, ato esse cuja causa é justamente a natureza da alienação das condições de trabalho comum no capitalismo. O empregador é o demandador de trabalho, mas a impossibilidade de apartá-lo da pessoa humana conduz à relação jurídica em que o trabalhador cede o uso da sua energia vital e da sua atividade social. (...)

O seccionamento das atividades da empresa conduz a uma necessária adequação do próprio conceito de empregador, como já se contempla na figura do consórcio de empregadores. Mas é imperioso ir além. Contemporaneamente, o EM (quem contrata), o PRE (quem remunera), o GA (quem dirige) e o DOR (quem assume os riscos) pode ser um feixe de entidades, empresas ou pessoas, a depender dos instrumentos jurídicos que amalgamam as relações jurídicas entre aqueles a quem interessa a contratação do trabalho.

Ainda que intuitivamente e aspirando flexibilizar o regime de contratação de trabalho no Brasil, a súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho expressamente admitiu o seccionamento do conceito de empregador e assimilou parcialmente o que aqui se pretende nominar de subordinação estrutural-reticular.

(...)”

Do exposto, cremos que os elementos que compõem a chamada subordinação estrutural ou integrativa, atendem de forma mais eficaz à identificação da regularidade de terceirização dentro do contexto produtivo.

Diante desse novo enfrentamento da questão, proposto sob o aspecto da essencialidade do serviço prestado, e das novas formas de prestação de trabalho, conclui-se que não se pode pretender debater sobre o tema terceirização a partir da definição excessivamente simplista do que são atividades meio e fim.

A escolha de tal critério, a nosso ver, encontra-se francamente ultrapassada, revestida de subjetividade ainda não superada, sujeitando a prestação jurisdicional, em última análise, a uma interpretação verdadeiramente arcaica e prejudicial ao trabalhador enquanto parte mais fraca, incapaz de satisfazer as exigências trazidas pelas novas formas de trabalho.

Com efeito, ousamos, pois, discordar da lição de Sérgio Pinto Martins que, em obra sobre o tema, admitiu a terceirização sem restrições, em prestígio ao princípio da livre iniciativa, delegando-a ao alvedrio do administrador do negócio, *in verbis*:

“O Enunciado 331 do TST acabou condenando a terceirização na atividade-fim da empresa. Entretanto, não há como negar que ampliou a possibilidade do leque de terceirizações.

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa, contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. (...)

Em decorrência do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição, cabe ao empresário definir quais as áreas que pretende terceirizar, inclusive da atividade-fim, se assim entender. Cabe a ele escolher, portanto, a área que pretende terceirizar.

Uma atividade-fim da empresa pode ser até mesmo transformada em atividade acessória, em virtude de mudanças tecnológicas.

Para que inexista, contudo, o vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, é mister que a personalidade e a subordinação direta se dêem com a pessoa que fornece a mão-de-obra. Caso o serviço seja feito no estabelecimento da tomadora, deve ser executado sob as ordens de prepostos da prestadora, e não da tomadora.” (A Terceirização e o Direito do Trabalho. Atlas, 2003. 6ª ed. p. 133-134)

Entendemos, pois, que a livre iniciativa e o desenvolvimento das relações em geral, não autorizam o elastecimento de critérios autorizadores da terceirização e, por consequência, da desregulamentação das relações, sob pena de violação à dignidade do trabalhador.

Tampouco atribuem ao empresário a prerrogativa de escolher as áreas que pretende terceirizar, incluindo-se as atividades finalísticas, sob pena de se instituir uma relação sem o resguardo protetivo mínimo.

Há nessa sentença, verdadeiro retrocesso, na medida em que se admite a precarização da relação de emprego, consubstanciada em afastar o trabalhador daquele que realmente se beneficia do trabalho prestado, o destinatário final do resultado produtivo.

A análise simplista ocasionada pela avaliação da terceirização em atividade-meio e atividade-fim, também encerra interpretação equivocada quanto à existência de elementos capazes de identificar os requisitos do vínculo.

Não se pode pretender que a mera direção de atividades, ou mesmo a concentração da subordinação e pessoalidade na empresa prestadora se prestem a afastar os requisitos do vínculo ou a responsabilidade a nosso ver solidária, pelos direitos trabalhistas do

trabalhador.

No aspecto, novamente, a lição de Sérgio Cabral dos Reis, ao esclarecer que:

“A nova organização do trabalho pelo sistema da acumulação flexível imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Atualmente, não importa a exteriorização dos comandos, pois, no fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial, pouco importando que receba ou não suas ordens diretas, mas se a mesma o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento. Assim, estando o trabalhador inserido na rede da estrutura produtiva de empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção, o alcance dos resultados.”

Diz-se assim porque a caracterização da relação de emprego, sob o ponto de vista da subordinação estrutural, avalia a atividade exercida pelo trabalhador sob a perspectiva da essencialidade. Autoriza, pois, o reconhecimento da relação de emprego sempre que a força de trabalho colocada à disposição estiver inserida na estrutura empresarial permanente, do prestador ou do tomador de serviços, permitindo ampliar a proteção ao hipossuficiente sem os limites e equívocos impostos pela avaliação que pressupõe a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim.

VI. ASPECTOS DA DECISÃO DO STF NA DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 331 EM CONFRONTO COM O ART. 71, DA LEI 8.666/93. A RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO NA TERCEIRIZAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, acionado por uma entidade de empregadores, foi levado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Súmula 331, do TST em confronto com o art. 71 da Lei 8.666/93.

Assim dispõe a Súmula 331, do TST:

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 6.019, de 3.1.74)

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/88)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade.

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.

V – Os entes 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 8.666, de 21.6.1993, 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 de prestação laboral.

Por outro lado, assim dispõe o art. 71 da Lei 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais re-

sultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência da contratada, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Pensamos que quando o STF aceitou fazer uma verificação da constitucionalidade da Súmula 331, do TST, acabou por firmar o entendimento de que nosso sistema não é mais o sistema *civil law* puro, mas sim um misto com o sistema do *common law*, posto que no sistema puro do *civil law* somente as leis e atos normativos passam pelo crivo da aferição de constitucionalidade, não se sujeitando a isso a jurisprudência – ainda que consolidada em súmula. Portanto, a partir desse posicionamento do STF recebe força o adágio de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

Preceitua o art. 102 da Constituição Federal de 1988:

“I- processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Para além de se vislumbrar uma mudança no sistema do *civil law* a decisão do STF acolhe a tese de que alguns direitos possam ser titularizados mediante consolidação da jurisprudência, vale dizer, um entrenchamento por decisão judicial, encampando a tese da impossibilidade de retrocesso social.

Antes do posicionamento do STF sobre a Súmula 331 do TST, assim nos posicionávamos em nossas sentenças:

“Nossa posição anterior era de que ente da Administração Pública não poderia ser responsabilizado por contrato de empregado que não ingressou em seus quadros pela via do concurso público, sob pena de vulneração do disposto no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, o que afastaria a

*culpa in eligendo* da tomadora em razão de não ter opção na escolha da prestadora de serviços, afastando-se assim a sua responsabilidade pelo contrato firmado com aquela.

Contudo, pelo nosso entendimento, deve o ente público permanecer no pólo passivo para responder com responsabilidade subsidiária, posto que incontroverso nos autos que fora a tomadora dos serviços. Despiciendo o fato de a contratação da prestadora ter ocorrido através de contrato administrativo, ante os termos da Súmula 331, do C.T.S.T., eis que o trabalhador não pode restar à mingua de seus consectários legais em não podendo a prestadora arcar com os pagamentos de seus haveres trabalhistas. É certo que o entendimento esposado na referida súmula pode levar ao patrimonialismo, ou seja, arcar sempre o ente público com os encargos afastando a responsabilidade do particular e, ainda, violar de forma indireta o que dispõe o inciso II, do art. 37, da CF/88, que não admite o ingresso de empregado no serviço senão pela via do concurso público. Este dispositivo, por certo, limita da mesma forma a **contratação indiscriminada de serviços terceirizados por antes da Administração Pública, o que violaria da mesma forma o modo de contratação no serviço público, de forma indireta.** A presença da Administração Pública no pólo passivo da demanda importará, de ordinário, que se impeça de se chegar sempre ao patrimônio dos sócios das prestadoras, vez que dará sempre ao reclamante prioridade em executar o Estado pela garantia certa de que um dia receberá seus consectários legais.

Neste ponto é que se exacerba o referido patrimonialismo. Este procedimento viola o princípio processual de que para a execução do devedor subsidiário haja prova de que o patrimônio do devedor principal já não seja suficiente para garantir a execução. Contudo, firmamos novo entendimento de que quando a contratação de serviço terceirizado não se pautar pela regra de excepcionalidade da contratação no serviço público, deve o ente público se responsabilizar de forma subsidiária - ainda que a contratação tenha seguido os trâmites da legislação de licitação. O Edital de lici-

tação deve impor condições para que a prestadora demonstre que tem meios de arcar com as despesas trabalhistas, impondo, inclusive, depósitos em valores suficientes para a garantia do pagamento das verbas resilitórias de seus empregados. Vale dizer, deve haver uma caução suficiente para que o licitante possa validamente participar do certame.

De outro lado, parece vulnerar o princípio da dignidade humana o fato de o Estado - mesmo em processo de licitação - contrate empresa inidônea cujo efeito se revele na impossibilidade de o ex-empregado ver-se ressarcido pelo trabalho que desenvolveu para os réus. Ademais, quando do julgamento da Constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93, e da adequação da Súmula 331, do C.TST, ponderou o Ministro Aires Brito do STF que a referida Súmula poderia ser aplicada caso a caso, mesmo em se considerando a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93. Pontue-se que o TST após o julgamento da constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93 pelo STF, alterou a Súmula 331 através do inciso V, para determinar que a empresa pública somente pode se ver livre da responsabilidade subsidiária se comprovar que fiscalizou o cumprimento do contrato pela prestadora de serviços”.

Esse era o nosso posicionamento até a edição do Precedente Normativo 38 do TRT2, que nos fez refletir sobre a natureza da responsabilidade do tomador na relação de emprego, com fulcro no princípio constitucional do solidarismo; de que há direitos de personalidade dos trabalhadores que devem ser preservados; e do devido processo legal, como já fundamentamos acima.

Assim preceitua o Precedente Normativo 38, do TRT2:

“O tomador da mão de obra, ainda que em atividade meio, é responsável solidário pelos créditos trabalhistas do trabalhador assim alocado, correspondente ao tempo que durar a terceirização”.

Diante da metodologia eleita para esta monografia somos levados a dizer que não andou bem, *data máxima venia*, o STF quando disse que o art. 71,

da Lei 8.666/93 era constitucional, eis que no nosso entendimento deveria ter dito a Suprema Corte que o artigo em referência é constitucional analisado em interpretação conforme a Constituição, para excluir a irresponsabilidade pelos créditos trabalhistas do ente público. Isso porque o argumento de que a empresa prestadora foi contratada por certame público não socorre o ente nem o safa de responsabilidade. A contratação de serviços e obras pelo Poder Público, mediante licitação ou outra modalidade pública de contratação é uma imposição constitucional de garantia da impessoalidade e moralidade do serviço público, portanto não tem a finalidade de retirar responsabilidade do ente público. Portanto, a modalidade de contratação não pode afastar a responsabilidade do ente público, pois não foi essa a finalidade que o constituinte originário atribuiu a ela. Não há dúvidas de que a forma de contratação obrigatória pelo poder público tem a finalidade de proteção do patrimônio público, não podendo o agente público ampliar a sua finalidade, em interpretação extensiva, visto que as normas benéficas devem ser interpretadas de forma restrita, na conformidade do disposto no artigo 114 do Código Civil, e não para se ver livre de responsabilidades.

Quando se fala que o próprio Poder Público, através do disposto no art. 71, da Lei 8.666/93, quer se ver livre dos encargos trabalhistas inadimplidos pela contratada, se vê que o próprio Estado não quer se ater ao princípio constitucional do solidarismo para não arcar com o pagamento de alguém que lhe prestou serviços, suportando-se em questões meramente burocráticas. O empregado hipossuficiente, que não tem qualquer poder de ingerência no contrato entre as partes, não pode sofrer qualquer tipo de ônus decorrente do inadimplemento por parte de qualquer das contratantes, como já fundamentamos ao longo desta monografia. O princípio do solidarismo quer significar, em suma síntese, que aqueles que se uniram para explorar um terceiro devem sempre ser responsabilizados de forma solidária. Repugna à ética quando duas partes contratam, sem ingerência da parte mais fraca, e atribuem a ela o ônus do inadimple-

mento de uma delas, o que evidencia na contratação uma violação ética da cláusula *pacta sunt servanda*. São partes contratando conforme o seu interesse, prevendo um prejuízo para o explorado de seus direitos fundamentais.

Os direitos trabalhistas são considerados direitos fundamentais com eficácia de aplicação direta desde 1934, por isso é que nem se pode cogitar de violação impune por terceiros, sobretudo o Estado.

Daniel Sarmiento, com suporte nas lições de Claus Canaris diz que a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Segue dizendo o autor que um importante segmento da doutrina alemã mais recente vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas.

Vertendo a doutrina acima referida para o caso ora examinado, podemos dizer que quando o Poder Público tenta se safar da responsabilidade pelas verbas trabalhistas, quando do inadimplemento do pagamento pela contratada, está a fugir de sua responsabilidade de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ora, se mesmo quando o Estado não participa da relação é seu o dever de proteção, quando então é uma das partes o seu dever se agiganta. Nesses casos, para além do dever de proteção, quando da instituição do art. 71, da Lei 8.666/93, o próprio Estado criou disposição apta a violar os direitos fundamentais dos trabalhadores, portanto, se afastou de uma das vertentes do conceito de direitos fundamentais que é a de abster-se de violar tais direitos.

Quando o Poder Público contrata no regime de terceirização está a violar o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal que somente permite a contratação sem o devido concurso de provas e títulos em casos de excepcional interesse público. Isso significa que, em tese, somente poderia a Administração Pública argumentar que não tem responsabilidade pelos créditos trabalhistas da empresa contratada quando observara os parâmetros da Constituição, já que se estava a violar a Constituição a alegação não passaria de um beneficiar-se da própria torpeza ou iniquidade. Portanto, somente se poderia cogitar de constitucionalidade do referido art. 71, da lei também referida, se a contratação se limitasse aos ditames da Constituição. Quando dissemos em tese, queríamos significar que nem mesmo quando a Administração Pública contrata observando os parâmetros constitucionais, pode se safar de sua responsabilidade em relação aos direitos fundamentais trabalhistas, porquanto os direitos trabalhistas que decorrem dessa relação ora em comento ou são verbas de natureza alimentar ou direitos de personalidade que se imbricam com o núcleo essencial mínimo do princípio da dignidade humana. Decorre disso que se fizemos uma ponderação de valores entre a garantia constitucional de não se comprometer com aqueles que não lhe prestaram serviços mediante concurso público, com a não violação de direitos fundamentais de trabalhadores que empregaram a força de trabalho ao Estado e têm direito ao asseguramento de direitos fundamentais decorrentes da relação de trabalho, não há qualquer óbice jurídico para se ter que a garantia de preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores deve prevalecer. Demais disso, a ponderação possivelmente nem seria possível porquanto, como já referimos, no momento da contratação entre o Poder Público e a empresa contratada, o princípio constitucional do solidarismo já implica em que são responsáveis solidárias pelos direitos trabalhistas, por esse motivo que o art. 71, da Lei 8.666/93 é inconstitucional em relação aos créditos trabalhistas, o que parece não ter sido observado pelo STF. Da mesma forma como já funda-

mentamos acima, no momento da contratação do serviço terceirizado com imposição do comando do art. 71, multicitado, resta violado o devido processo legal na sua dimensão substancial, e no momento em que o trabalhador postula as verbas em juízo com a possibilidade única de ver o Poder Público condenado com responsabilidade subsidiária (Súmula 331, do TST), resta violado o devido processo legal na sua dimensão processual.

Como dissemos acima:

Não ocorreu o devido processo legal que resultasse no ônus de ter que suportar o empregado a responsabilidade subsidiária do tomador. Vale dizer, alguém está sendo apenas com um ônus, sem o devido processo legal, vulnerando o princípio da legalidade insculpido na Carta da República.

Em conclusão a esse tópico deixamos assentado, com a devida vênia, que há uma flagrante inconstitucionalidade no art. 71 da Lei 8.666/93, que escapou à apreciação de nossa Suprema Corte. Essa inconstitucionalidade pode ser sanada com a aplicação do Precedente Normativo 38, do TRT2, inclusive para os casos em que a contratação envolve o Poder Público, ou mediante uma análise da constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, para negar a constitucionalidade do artigo na parte referente à responsabilidade quanto aos direitos trabalhistas inadimplidos pela contratada.

#### VI. A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ADVINDAS DA TERCEIRIZAÇÃO. A PRECARIZAÇÃO MORAL VIOLANDO O DIREITO DE PERSONALIDADE DO TRABALHADOR.

Embora acostumados com o enfrentamento da terceirização, da flexibilização e, portanto, da precarização sob o aspecto do não reconhecimento de parcelas pecuniárias de natureza trabalhista ao trabalhador terceirizado, outro fator de constante preocupação e com frequência negligenciado, refere-se à precarização moral fomentada pela recorrente busca da desregulamentação no campo

trabalhista, a qual encerra a redução de direitos básicos, sob o fundamento de, assim, se permitir a sobrevivência da empresa frente ao agressivo mercado.

O trabalhador terceirizado, com frequência, situa-se à margem do contexto produtivo. São a ele direcionadas as mesmas atividades dos demais trabalhadores, mas, obviamente, sem que lhe sejam reconhecidos e, conseqüentemente, destinados os mesmos direitos, as mesmas prerrogativas e a proteção típica do empregado celetista.

Com efeito, há uma forte tendência de se diminuir propositalmente a importância do terceirizado dentro do processo de produção, e a própria convivência com os demais empregados celetistas, como medida tendente à transmutação da natureza da relação com ele mantida e, eventualmente, afastar o vínculo de emprego, o que se reveste de evidente engano, diante da prevalência da análise da relação de natureza trabalhista sob o aspecto do contrato realidade.

A festejada flexibilização das relações traz, em verdade, como faceta francamente negativa a precarização do trabalho e do próprio trabalhador enquanto pessoa, atingindo-lhe a personalidade e ferindo-lhe a própria dignidade, na medida em que o afasta do centro de fruição de sua mão de obra privando-o cada vez mais de valores essenciais ao desenvolvimento humano no campo profissional, como reconhecimento profissional e pessoal, inserção no meio corporativo, valorização da força de trabalho e aumento da autoestima, esta inequivocamente constatada ao oportunizar-se ao trabalhador ambiente propício ao desenvolvimento de seus expoentes.

No que tange à convivência e do valor do salário enquanto agente transformador do homem, pertinente o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior:

“É nas relações humanas, demais, que os homens, segundo ressalta Richard Sennet, adquirem a capacidade cultural de incorporar certos valores essenciais para a vida em sociedade: caráter, confiança, respeito, ética.

E, como dito, também no aspecto econômico, a durabilidade das

relações de trabalho gera benefícios, o que, aliás, é muito fácil de ser percebido. Como se sabe, não basta pegar um diploma para que se torne um trabalhador competente para o exercício de determinada profissão. Nesse sentido, aliás, é fácil verificar a falácia da proposição de que a precarização é consequência natural dos tempos modernos. Isto é apenas uma figura retórica, até porque muitos daqueles que dizem isto, para serem ouvidos, tiveram que durante longo tempo formar a sua base de argumentação teórica (com estudos, experiência etc), possuem vínculos permanentes e duradouros e quando necessitam da utilização da força do trabalho alheio, logicamente, procuram profissionais que atendam esses requisitos (...) **O ataque ideológico à relação de emprego, portanto, só tem dupla motivação: mascarar a existência de relações de emprego, em relações de trabalho que se desenvolvem com todas as características de uma relação de emprego e evitar a discussão do modelo de produção, tornando-nos impotentes para apontar os desajustes econômicos.**(...)

**Adaptar o direito do trabalho aos desajustes econômicos, retirando direitos dos empregados, ou validar, juridicamente, o semi-emprego (parassubordinado), na ilusão de que se esteja ampliando a proteção do direito do trabalho a certos trabalhadores, conferindo-lhes alguns direitos trabalhistas, equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem, que se tenha, expressamente, que admitir isto. Aprofundam-se as injustiças do sistema, que corre solto, sem o frio do direito social, e sem que se apresente uma alternativa de sociedade.”<sup>14</sup> (grifamos)**

Lamentavelmente, é nos processos

14. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Relação de Emprego e Direito do Trabalho*. Ltr:sp. pg. 81-85.

de terceirização que temos encontrado inúmeros exemplos de precarização do trabalho e da figura do trabalhador, enquanto destinatário de direitos fundamentais, como a dignidade humana que lhe é dirigida pela Carta Republicana, e dos quais não se despoja no momento em que integra o processo produtivo e transfere a outrem sua força de trabalho.

Com efeito, presenciamos inúmeros relatos de trabalhadores que apontam como o maior prejuízo da terceirização a perda da autoestima, a situação de verdadeira exclusão, proveniente da imposição de um estigma de não ser merecedor do formalismo do vínculo empregatício.

Não raro, nesse cenário, as queixas habituais não se limitam à perda pecuniária, decorrente do não pagamento de parcelas trabalhistas, inclusive previstas em Convenções e Acordos Coletivos, e sim, surpreendem por envolver questões simples, do dia-a-dia do trabalho, como a exclusão de participação em confraternizações e do convívio com os demais, a impossibilidade de se posicionar perante a família e colegas como verdadeiro empregado da empresa e, principalmente, o sentimento de frustração por não ser merecedor das mesmas prerrogativas dos empregados celetistas.

Todos esses aspectos fáticos e essencialmente negativos nos autorizam a concluir que a terceirização e a flexibilização das condições de trabalho, tendentes à afastar a incidência da proteção mínima conferida pela CLT ao hipossuficiente, autorizam o reconhecimento da chamada *precarização moral*, assim entendida como a precarização da pessoa do trabalhador, consubstanciada na reunião de diversos aspectos, presentes de forma reiterada nas relações entre empresas e terceirizados, fruto da valorização, da prevalência do valor meramente econômico do trabalho, em desprestígio da dignidade da pessoa do trabalhador, o que não encontra respaldo legal mínimo e tampouco se compatibiliza com os alicerces do Direito do Trabalho.

Tem-se novamente na obra da Juíza Dinaura Godinho Pimentel Gomes, “*Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica*”, pertinente enfrentamento

dos efeitos da globalização econômica diante do necessário resguardo da dignidade do trabalhador e, em especial, os efeitos da flexibilização das relações frente aos valores alcançados pelo próprio Direito do Trabalho.

Na elucidativa exposição sobre a Doutrina Social da Igreja trazida pela Autora, em especial no que tange à valorização do trabalho sobre o capital e, conseqüentemente, a prevalência da dignidade da pessoa humana, que não se submete às necessidades de obtenção de lucro, cita a referida Autora as ponderações do Pontífice João Paulo II, na *Encíclica Laborem Exercens*, de 14 de setembro de 1981:

“Na *Encíclica Laborem Exercens*, de 14 de setembro de 1981, João Paulo II reconheceu a legitimidade dos esforços dos trabalhadores para conseguirem o pleno respeito de sua dignidade e espaços maiores de participação na vida da empresa(...). E, ao tratar especificamente do trabalho e dignidade da pessoa, salientou de forma incisiva:

“Mesmo constituindo uma fadiga e talvez por causa disso, o trabalho é um bem do homem. Um bem não apenas ‘útil’ de que se pode desfrutar, mas um bem ‘digno’, ou seja, que exprime e aumenta a dignidade do homem. O trabalho é um bem do homem porque, mediante o trabalho, o homem não somente transforma a natureza, adaptando-a às suas próprias necessidades, mas se realiza a si mesmo como homem e, em certo sentido, ‘se torna mais homem’.

Ao retomar a ideia de João XIII, na *Encíclica Mater Et Magistra*, sobre o reconhecimento da empresa como “uma comunidade e pessoas”, João Paulo II, em sua *Encíclica Centesimus Annus*, de 5 de maio de 1991, lembra que o “lucro não é o único indicador das condições da empresa. Pode acontecer que a contabilidade esteja em ordem e simultaneamente os homens, que constituem o patrimônio mais precioso da empresa, sejam humilhados e ofendidos em sua dignidade”. E advertiu com densa sabedoria:

“Além de ser moralmente inadmissível, isso não pode deixar de se refletir futuramente de modo negativo

na própria eficiência econômica da empresa. Com efeito, o objetivo desta não é simplesmente o lucro, mas sim a existência da empresa como comunidade de homens que, de diverso modo, procuram a satisfação das suas necessidades fundamentais e constituem um grupo especial ao serviço de toda a sociedade. O lucro é um regulador da vida na empresa, mas não o único; a ele se deve associar a considerações de outros fatores humanos e morais que, a longo prazo, são, igualmente, essenciais para a vida da empresa...”

E conclui a Autora:

“Ao fazer alusão ao mercado competitivo, os ensinamentos do Papa João Paulo II são um alerta que remete à profunda reflexão diante do desenvolvimento desregulado do capitalismo, mormente nessa sociedade globalizada que não leva em conta o valor da dignidade da pessoa humana, diante do alto índice de cidadãos excluídos e humilhados, o que mostra a alarmante desigualdade social a imperar hoje, no mundo.”<sup>15</sup>

Em certa ocasião, observamos que a queixa de um grupo de trabalhadores terceirizados de grande empresa na área de processamento de dados, quanto à terceirização que lhes fora imposta, resumiu-se na afirmação de que “é triste trabalhar da mesma forma ou até mais do que os outros colegas empregados, e não ser convidado para nenhuma festa de confraternização, ficando excluído até do amigo secreto do final de ano!”

E, ainda:

“É triste porque a gente não pode usar nem o refeitório dos demais empregados. Então, chega a hora do almoço e ficamos separados em uma sala. Aí, volta o horário de trabalho e ficamos lado a lado com os colegas. A gente fica esquecido num canto...”

Dentro das instituições financeiras,

15. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana no Contexto da Globalização Econômica*. Ltr:sp. Ob. Cit. p. 37-39.

os relatos não foram diferentes:

“trabalho mais do que os bancários. Ensino o serviço a eles. Sou elogiada pelos superiores, mas não posso mostrar a ninguém, nem para a minha família, que trabalho naquele Banco grande, pois a minha empregadora é uma empresa que nem conheço... não é justo isso que fazem comigo, pois me sinto frustrada. E além disso, diante de qualquer erro, logo vão dizendo: culpa da terceirizada!”

Os relatos acima trazem exemplos evidentes de submissão de trabalhadores à franca precarização moral, fruto de modelos de flexibilização em diversas atividades.

De fato, com o avanço das relações, criou-se uma situação institucionalizada de submissão de trabalhadores ao mercado de trabalho das terceirizações, onde as regras não são aplicadas, os valores sociais mitigados e a força de trabalho precificada de acordo com os interesses do mais forte, prestigiando-se a livre iniciativa e a desregulamentação como, supostamente, a única forma de manter-se postos de trabalho e competitividade do mercado.

Contudo, não se pode admitir como condição natural da evolução das relações a diminuição do arcabouço protetivo dirigido ao trabalhador, tampouco colocá-la como fenômeno indissociável da evolução do mercado e dos interesses do dono do negócio.

É preciso desmistificar que fenômenos como a desregulamentação, a flexibilização e a precarização sejam consequência naturais da evolução das relações, em especial no âmbito trabalhista, onde há manifesta desigualdade entre as partes do contrato.

Nessa toada, entendemos, portanto, que a precarização da relação de emprego, propiciada em muito pelo estímulo à flexibilidade das relações de forma desenfreada e, especialmente, pela falsa ideia de desregulamentação enquanto condição imposta pelo agressivo mercado, traz para o hipossuficiente piora progressiva de sua condição enquanto homem.

O cenário é o da precarização moral enquanto fenômeno crescente, cuja configuração, a nosso ver, não exige

do julgador a análise prévia do tipo de terceirização ultimada, do contexto produtivo e tampouco a essencialidade ou não do trabalho desempenhado pelo terceirizado, bastando para identificá-la o resultado negativo na autoestima do trabalhador, no sentimento de frustração ocasionado pela má inserção do mesmo no contexto produtivo. Há, pois, manifesta violação à preservação da personalidade do trabalhador, ônus que se atribui de forma solidária ao empregador e ao tomador dos serviços.

Não se pode conceber que anos de conquistas pelo Direito do Trabalho sejam facilmente subjugados pelo sistema capitalista e superados pela necessidade de condução da atividade humana sob o exclusivo aspecto do lucro.

Ora, consigne-se que o trabalhador outorga todos os dias ao patrão o seu patrimônio mais importante; sua força de trabalho. Não se pode admitir que receba em troca o sentimento de frustração, de humilhação, a perda de autoestima por, convenientemente, não lhe serem reconhecidos os direitos dirigidos aos celetizados.

Não se justifica, pois, a regularidade da terceirização de qualquer atividade que submeta o trabalhador a essa dura realidade, revelando-se, assim, a precarização do trabalho e do trabalhador sob o ponto de vista moral, tornando, no aspecto, diante de tal contexto fático, despreciosa a distinção da atividade exercida, se de meio ou fim, na cadeia produtiva.

Valemo-nos novamente da lição de Dinaura Godinho Pimentel Gomes sobre o tema:

*“Essa mudança na forma de trabalho dominante traz consigo novos modos de exploração humana, com o aumento do trabalho precário, a agravar a pobreza, ao mesmo tempo em que põe a intelectualidade do trabalho vivo e cooperante no centro da valorização econômica e social. A exclusão social aprofundada à medida que os ganhos de produtividade são obtidos à custa da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho. Decorre disso a encruzilhada em eu o cidadão-trabalhador, quando não excluído e condenado ao*

*universo da informalidade, é integrado e submetido à lógica do capital transnacionalizado.*

*Todo esse processo tem por objetivo criar uma nova ordem jurídica para atender ao sistema econômico multinacional, no qual a autoridade e o crescimento da empresa possam ser fortalecidos, ao mesmo tempo em que se reduzem as possíveis intervenções do Estado na economia e se minimizam direitos que assegurem proteção social ao trabalhador.*

(...)

*Nesses termos, o fenômeno da globalização econômica tem impulsionado os governos a uma revisão daquele modelo estatal que se corporificou, a partir do início do século XX, com intervenções flagrantes na economia, ao lado da extensiva atividade regulamentadora, mormente no âmbito das relações de emprego. Propugna-se, hoje, pela flexibilização ou até mesmo pela desregulamentação das leis trabalhistas.*

*Convém esclarecer, desde logo, que no Brasil a flexibilização está prevista inclusive na Constituição federal – art. 7º, incisos VI, XII e XIV. Entretanto, é permitida apenas, para possibilitar a alteração de direitos dos trabalhadores que não sejam básicos nem irrenunciáveis, mediante compensação, ou, ainda, em situações especiais e, sempre, com a assistência sindical.*

(...)

*Inadmissível, porém, é a desregulamentação, que consiste na redução dos direitos trabalhistas, a acarretar a própria destruição do Trabalho. Isso porque, o Direito do Trabalho frutificou, alicerçado no dirigismo contratual, justamente para se contrapor à questão jurídico-social, decorrente a revolução industrial, iniciada na Inglaterra, no final do séc. XVIII, quando a liberdade contratual foi considerada fator inexorável no campo negocial, inclusive no âmbito da relação entre a empresa e o trabalhador.*

(...)

*Ao longo dos tempos, só após sofridas lutas e conquistas, o princípio de proteção ao hipossuficiente foi consagrado nos ordenamentos jurídicos, para conferir a ele superioridade*

*jurídica em face da superioridade do empregador, em seu tríplice aspecto: 1) in dubio pro operário; 2) aplicação da norma mais favorável ao empregado e da 3) observância da condição mais benéfica, no sentido de uma nova norma trabalhista nunca diminuir ou excluir direitos adquiridos do empregado.*

(...)

*Em contraposição, a flexibilização e a desregulamentação, nos moldes hoje determinadas, têm por escopo justamente afastar o Estado desta modalidade de relação contratual e, conseqüentemente, em detrimento desses mesmos princípios e regras que resguardam aquele mínimo de dignidade, duramente conquistado, conforme denunciam as contundentes palavras de Russomano, ora destacadas no preâmbulo do presente capítulo.*

*Na verdade, tais imposições, advindas do neoliberalismo e da globalização, trazem, pois, como resultado, o amargo retorno à pré-modernidade, o que evidencia a volta da barbárie; ou, mais precisamente, impõe uma nova forma de regulação feudal, a ignorar completamente o longo percurso ad conquista desses direitos.”<sup>16</sup>*

Via de regra, concluímos que há, atualmente, como regra institucionalizada, a submissão do trabalhador terceirizado a um cenário de terceirização para o qual dificilmente tenha optado no momento da admissão.

Não raro, ao hipossuficiente não é dada sequer a oportunidade de saber e, muito menos, decidir antecipadamente, ou seja, no momento da admissão se concorda com a terceirização de sua força de trabalho, indicando-o automaticamente ao local de trabalho mediante a genérica consignação no contrato de que “*poderá atuar na sede da empresa ou em outro lugar que for designado pela Empregadora.*”

O resultado é, inequivocamente, a precarização do trabalho e do trabalhador no aspecto moral, trazendo em seu bojo franca violação da personalidade e a negativa da dignidade, a qual deve ser resguardada especialmente no campo

das relações de trabalho.

A precarização moral proveniente da precarização do próprio trabalhador apresenta-se, em suma, como vértice não menos importante do fenômeno da terceirização e da precarização, na medida em que, como dito, pode ser constatada independentemente do tipo de terceirização a ser imposta ao trabalhador.

Diríamos, então, que a precarização moral decorreria do fato de ver-se o empregado da prestadora desvalorizado já que executando as mesmas funções nunca é o destinatário dos benefícios auferidos por aqueles empregados. A angústia de perceber que o fruto da sua dedicação está premiando outros trabalhadores e que o benefício de sua produção encontra óbice no modo de entendimento da responsabilidade no processo de terceirização, leva os trabalhadores submetidos a essa situação da angústia ao sofrimento.

A doutrina do direito comparado tem se atentado à necessidade de tutela da integridade psicofísica do trabalhador, como pontua Pietro Perlingieri:

“A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela e, de regra, utilizá-la também para cada um de seus aspectos. Deve ser utilizada não somente a normativa específica da integridade psíquica, mas também, aquela prevista para a defesa da integridade física que é sempre inspirada pela garantia da pessoa. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma ordinária se limitou a tutelar a integridade física (...). A norma que estabelece a obrigação do empresário de adotar as medidas necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores (.....) é extensível também à integridade psíquica. Isso nem tanto porque a norma faz referência à personalidade moral,

mas pela observação de que ela, em um ordenamento fundado nos valores da pessoa e do trabalho, deve ser interpretada como garantia da personalidade do trabalhador. As normas constitucionais permitem, na unidade do ordenamento, considerar a norma ordinária, colocada a favor da pessoa, não mais excepcional e suscetível de sofrer limitações aplicativas, mas como expressão de um princípio geral aplicável por analogia<sup>17</sup>.

Sob qualquer aspecto que se avalie a terceirização diante do contexto do capitalismo, conclui-se pela necessidade premente de serem definidos limitadores ao fenômeno, sob pena de se autorizar o exercício do trabalho destituído de mínimos direitos.

Também nesse aspecto, da desregulamentação enquanto agente fomentador da precarização do trabalhador, a insistência na avaliação da licitude da terceirização sob o aspecto da atividade fim ou meio, tampouco se mostra suficiente, revelando o desacerto do parâmetro eleito para a avaliação do fenômeno frente à extensa gama de atividades fruto das relações interpessoais na atualidade e as conseqüências daí decorrentes ao trabalhador, enquanto agente transformador da sociedade por meio do trabalho.

A doutrina juslaboralista costuma definir a precarização das relações de trabalho por conta de que o empregado, contratado por uma prestadora de serviços, não ter os mesmos benefícios daqueles que prestam serviços para as tomadoras, em geral empresas de categorias profissionais mais organizadas, e com estrutura mais sólida. Isso porque, como já frisamos acima, em regra a terceirização no Brasil não passa de uma interposição de mão de obra entre a prestadora e a tomadora, porquanto a prestadora contrata o empregado e o repassa para trabalhar imediatamente na tomadora, evidenciando que quem efetivamente explora a atividade do empregado é a tomadora e não a prestadora.

Como já dissemos acima, de passa-

16. Idem, p. 89-93.

17. Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, São Paulo – 2007, ed. Renovar, pg. 159/160.

gem, o que precariza a relação de trabalho não é o modo como se dá a subordinação nessa relação, ou, muito menos, o fato de o contrato entre as empresas ser lícito ou não, mas sim o fato de se fazer uma interpretação reducionista da posição do hipossuficiente, esquecendo de que direitos trabalhistas são direitos fundamentais e têm aplicação direta, desde 1934. Ademais, há que se considerar todos os direitos não positivados mas, titularizados pelos trabalhadores ao longo do tempo, bem como ainda a função social do contrato.

O Precedente Normativo nº 39, do TRT2, assim preleciona:

**TERCEIRIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA. ENQUADRAMENTO SINDICAL.**

O trabalhador terceirizado terá os mesmos direitos trabalhistas previstos aos da categoria econômica tomadora da mão de obra, sem nenhuma distinção, respeitadas sempre as condições mais favoráveis.

A aplicação pelos tribunais do presente precedente equivaleria a trazer um alento contra a precarização, máxime se aplicado em conjunto com o Precedente Normativo 38, do TRT2, que pugna pela responsabilidade solidária da tomadora dos serviços.

Como já acentuamos ao longo desta monografia, a interpretação que elegemos para delimitar a responsabilidade da tomadora revela-se, para além de um reducionismo, uma precarização legal da posição do trabalhador na relação de trabalho, situando-se como a mãe de todas as outras precarizações.

Nessa linha de raciocínio, não se mostra mais compreensível ou aceitável o enunciado da Súmula 331, do C.TST que postula pela responsabilidade subsidiária do empregador tomador dos serviços, por tudo que já fundamentamos acima.

O erro em se entender que a responsabilidade do tomador é subsidiária nos leva a cometer erros abandonando as medidas protetoras decorrentes da natureza das normas trabalhistas, levando a execução trabalhista a se tornar verdadeiros calvários para recebimento das verbas trabalhistas. Com perplexidade vemos turmas dos tribunais impedindo juízes de executar a tomadora ante de desconsi-

derar a personalidade jurídica dos sócios da prestadora de serviços. Isso nos leva a algumas perplexidades, primeiro por que não existe benefício de ordem entre a tomadora e os sócios da prestadora; a desconsideração da personalidade jurídica, na conformidade do art. 50 do Código Civil, não pode ser utilizada em favor de duas empresas, visto que é benefício do credor; o Juiz do Trabalho não tem competência para desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa em favor de outra. Porém, a perplexidade maior situa-se no fato de que o trabalhador pode ficar anos a fio sem receber suas verbas rescisórias por conta do descumprimento de um contrato em relação ao qual não teve qualquer participação.

Ainda em decorrência do entendimento equivocado sobre a responsabilidade da tomadora dos serviços, temos visto que ao empregado é lançado o ônus de apresentar o endereço da prestadora desaparecida, quando o ônus deveria ser lançado à tomadora que a contratou, sob pena de iniciar-se imediatamente a execução contra ela. Estamos a ver que a verdadeira precarização decorre muito mais do fato de interpretação equivocada da responsabilidade da tomadora do que de elementos intrínsecos ao contrato de trabalho ou da relação que se estabelece na terceirização.

A aceitação do benefício de ordem na execução recepiona a norma descrita no CPC de que a execução deve ser a menos onerosa possível ao devedor, o que não se aplica na Justiça do Trabalho, porquanto esta disposição é aplicada a partir do princípio da proporcionalidade com ponderação de bens, e não se pode ponderar bens de natureza alimentar (fundamentais) com os bens do empregador utilizados para obtenção de lucro, não se tratando de ponderação entre direitos fundamentais, haja vista que somente os bens do empregado têm este *status*. Ainda que se aceitasse que a responsabilidade é a subsidiária, sessenta dias seria um tempo razoável para iniciar-se a execução contra a tomadora, quando inadimplente a prestadora, posto que não existe diferença ontológica entre a responsabilidade subsidiária e a solidária, resumindo-se a diferença ao elemento temporal.

Os direitos sociais e trabalhistas rece-

bem em todo o mundo uma especial proteção do Estado, e se deve dar especial atenção para institutos não tão antigos como a terceirização, para que possamos enquadrá-la nessa proteção para que não haja um retrocesso em termos de direitos trabalhistas o que o princípio da proibição do retrocesso não logra permitir. Essa questão da responsabilidade do tomador, que leva à precarização das relações de trabalho está colocada no ordenamento jurídico de forma quase desregulamentada ou regulamentada de forma absolutamente deficiente, o que poderia nos levar ao entendimento de que, nessa hipótese, poderia trilhar a máxima individualista “*le monde va de lui même*”, simbolizando uma abstenção estatal na forma de regulamentação do trabalho.

Em conclusão deixamos assentado que, por conta do princípio do solidarismo, insculpido na Constituição Federal; da impossibilidade de que um terceiro seja apenado por conta de obrigação firmada em contrato do qual não participou; por conta do princípio da impossibilidade de retrocesso; do asseguramento do direito de personalidade nas dimensões física e psíquica, e do imbricamento desses princípios com o princípio da dignidade humana e do devido processo legal nas suas duas dimensões, a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização é sempre a solidária, por isso a Súmula 331, do C.TST., não encontra a menor justificativa em tema de interpretação e aplicação do Direito do Trabalho. Pontuamos, ainda, em conclusão, para dizer que a precarização das relações de trabalho decorre muito mais do entendimento equivocado sobre a responsabilidade da tomadora, o que poderia ser sanado com a aplicação dos Precedentes 38 e 39, do E.TRT2. Nesse passo reafirmamos, já partindo de uma concepção próxima ao *common law*, que a Súmula 331, do TST é inconstitucional, por conta de não razoável o entendimento de que a responsabilidade do tomador seja subsidiária, criando um ônus para o empregado sem o devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo. Filosofia e Teoria Geral do Direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo, 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Conceito e validade do direito. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria da argumentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito, razão e discurso. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora. Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. [S.l.]: Editora Amedina, novembro de 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e poder político. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVI, Coimbra, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª Ed. [S.l.] Editora Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição aberta e os direitos fundamentais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CAENEGEM, R.C. Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça. [S.l.] Coimbra Editora, 2007.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7ª Ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ, Tercio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

GADAMER, Hans Georg. Verdade e método. 3ª Ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. 2ª ed. [São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GUERRA, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 3ª Ed. São Paulo: Ed. RS., 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria jurídica da ciência jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre a facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. 3ª Ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HUENEMANN, Charlie. Racionalismo. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª Ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, 3 vol.

MACEDO JR., Porto Ronaldo. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. Revista da escola da magistratura do TRT2. Ano 3, nº 03. São Paulo: Setembro de 2008.

MELO, Antonio Moreira Barbosa. A administração da justiça no Estado de direito democrático: o caso português. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXV, Coimbra, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Tradução: Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Nova Fase do direito moderno. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Questões de direito público. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SCHMIT, Lawrence. Hermenêutica. 2ª ed. Tradução: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

SOUZA, José Crisóstomo (org.). Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: UNESP, 2005.

STRECK, Lenio. O que é isto: decido conforme a minha consciência? 4ª ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Hermenêutica Constitucional. São Paulo: Editora Del Rey, 2012.



2º Colocado  
1º CONCURSO DE  
MONOGRAFIAS  
DA AMATRA-2

AMANDA PRETZEL CLARO

Advogada  
Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo  
Sócia de Crivelli Advogados Associados

## TERCEIRIZAÇÃO E REAÇÃO SINDICAL A EXPERIÊNCIA DOS BANCÁRIOS DE SÃO PAULO

### INTRODUÇÃO

Mudanças profundas e radicais ocorrem no mundo do trabalho a partir dos anos 1980, quando se desenvolve um processo de reestruturação capitalista orientado pela mundialização do capital e pela vitória política do ideário econômico neoliberal. A *rationale*, muito embora não tenha perdido os eixos básicos próprios do capital, muda em diversos sentidos de forma a contornar o regime de acumulação fordista - padrão baseado nos bens de consumo duráveis - cujas contradições chegam a seu ápice na década de 1970.

No Brasil, foram os anos de 1990 que marcaram a entrada definitiva da lógica econômica e política do neoliberalismo no Brasil, lógica que trazia em seu âmago os princípios e necessidades de uma nova forma de acumulação de capital, capaz de promover a inserção (subalterna) do país na economia globalizada. A reestruturação produtiva que se seguiu a partir desses princípios trouxe novas formas ao mundo do trabalho, revolucionando o processo produtivo e, por conseguinte, todo o mercado do trabalho. As mudanças, ao contrário de produtos de um progresso natural, são escolhas racionalizadas que atingem os pontos chave para a superação então pretendida pelo capital.

Para este pequeno estudo será central a análise de um dos fenômenos observados no mundo do trabalho a partir da reestruturação produtiva: a terceirização. Apresentada pelo capital como nova forma de gestão do trabalho, a terceirização transfere a empresa subcontratada a produção de determinado componente ou a execução de determinado serviço que, por escolha da empresa contratante, não será por ela executado diretamente.

Em termos práticos, a terceirização é

um aprofundamento da divisão do trabalho, a separação dos “serviços” da atividade efetiva de trabalho material, que opera não só sobre o trabalho em si, mas sobre seu espaço, estatutos e identidade da classe trabalhadora. Constitui deturpação ao Direito do Trabalho de bases tradicionais, dificultando que elementos básicos se completem em conceitos, inutilizando estes mesmos conceitos, confundindo o intérprete do Direito, a organização sindical e o próprio trabalhador. A inexistência de um empregador determinado, de uma função determinada, de um local de trabalho determinado, corrói as bases pelas quais o Direito do Trabalho se encontra associado.

A terceirização nos bancos é um exemplo de como o modelo foi introduzido a partir de uma necessidade de recuperação de um setor abalado pelas mudanças no capitalismo mundializado, tanto em termos de competitividade quanto de adequação a um projeto de país que se alinhava ao ideário neoliberal. Os bancos brasileiros passaram, durante a década de 1990, por intensa interferência do governo federal, pressionados para a promoção de reestruturações internas e externas, na ânsia da adequação do Brasil a essa nova etapa do capitalismo. Tais mudanças trouxeram consigo a necessidade empresarial de neutralização do movimento sindical, tão forte na categoria bancária, de maneira a obstaculizar sua atuação, enxugando a categoria e terceirizando setores estratégicos para as greves.

Veremos o controverso papel do Banco Central na constituição de bases normativas para a expansão da terceirização bancária, notadamente em sua expressão externa - os correspondentes bancários. O Banco Central, aqui considerado instrumento de política econômica do governo federal, passa

a editar normas pretensamente reguladoras do Sistema Financeiro Nacional, mas que atingem o âmbito do Direito Material do Trabalho, em movimento flagrantemente inconstitucional, mas que permanece intocado.

O movimento sindical, dessa forma, vê-se desafiado pelas crescentes investidas do capital, que opera de maneira reiterada na fragmentação da classe, na expansão das atividades terceirizadas, na diminuição dos direitos dos efetivos por meio do enxugamento da categoria e na diminuição dos direitos dos terceirizados por meio da precarização. O capital, ademais, vem ocupando espaço determinante na disputa político-institucional pelo marco regulatório da terceirização de forma a cristalizar as mudanças já realizadas e assegurar a perenidade das diretrizes do processo de flexibilização de sua produção, que se calca no enfraquecimento dos trabalhadores e no aprofundamento da precarização do trabalho, aqui representada pela terceirização. Assim, o debate passa a ser no sentido das formas de ação pelas quais se orientará o movimento sindical em resposta às movimentações predatórias do empresariado.

### 1. COMPLEXO DE REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA: A INSTALAÇÃO DA LÓGICA DA ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL

Em meados da década de 1970, o modelo hegemônico fordista de produção, que vinha dominando sozinho os arranjos econômicos, produtivos, políticos e institucionais do mundo capitalista ocidental desde após a crise de 1929, encontrou o início de sua transição para o próximo modelo - o regime de acumulação flexível, ou regime toyotista de produção.

O complexo de reestruturação produtiva que caracteriza a transição de

modelos - transição ainda incompleta, frise-se -, é marcada pelo protagonismo da demanda sobre a produção, justamente o contrário do modelo anterior. Essa mudança de eixo vem atender às novas necessidades impostas pela nova fase do capital - em processo de mundialização e com mercado consumidor desenvolvido e exigente.

Em meio aos resultados devastadores da segunda grande crise do capitalismo, o choque do petróleo no final década de 1970, a acumulação flexível mostrou-se como o melhor modelo, capaz de aparar as arestas que levaram àquela crise em primeiro lugar.

O corolário passa a ser então o de eliminar desperdícios, cortar custos produzindo números pequenos de uma quantidade de coisas diferentes. Tudo para que, mesmo em economia em severa recessão ou em crescimento lento, sejam as empresas privadas capazes de perseverar. A eliminação de desperdício se deu, principalmente, através da eliminação da força de trabalho - diminuição do contingente de trabalhadores em excesso.

É importante transcender a análise fria do tecnicismo da produção e atingir a dimensão política desse processo de reestruturação, que parece ser, na verdade, bastante central para seu próprio surgimento.

O movimento sindical organizado significou entrave às necessidades flexibilizantes do capital no momento de crise e teve de ser derrotado, primeiramente de forma objetiva e, em seguida, subjetiva. A instalação da *rationale* toyotista, corroborada pela ascensão de governos neoliberais, provocou debilitação definitiva à organização dos trabalhadores através do sucesso na captura de sua subjetividade de classe.

“Na medida em que o aumento da competição internacional em condições de crescimento lento forçou todos os Estados a se tornarem mais ‘empreendedores’ e preocupados em manter um clima favorável aos negócios, a força de trabalho organizado e de outros movimentos so-

ciais tinha de ser contida”<sup>1</sup>

A manipulação do consentimento operário será objetivada num conjunto de inovações organizacionais, institucionais e relacionais no complexo de produção de mercado<sup>2</sup>. Como já sugeriria Taichi Ohno, mentor do sistema toyotista, a empresa – e a sociedade, em outros âmbitos -, promoverá “educação” orientada para os objetivos da corporação. O trabalhador passará a pensar pelo capital e para o capital. Teremos uma sociedade organizada sob a forma de empresa, composta de indivíduos que devem agir de forma ‘empreendedora’<sup>3</sup>, dentro e fora da corporação onde trabalham.

O novo paradigma da flexibilidade vem como repulsa à rotina burocrática e, muito embora pareça derrubar a hierarquia, produz novas estruturas de poder e controle.

### 1.2. A FUNÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO NOVO MODELO

A revolução organizacional sobre a produção provocada pelo toyotismo muda a natureza do trabalho. No impulso da reengenharia, as empresas economizam trabalho vivo, “enxugando” cada vez mais a participação dos trabalhadores do *núcleo* do processo produtivo. Reduzem seu contingente e intensificam o trabalho dos que permanecem, variando suas tarefas.

As investidas intra-firma de captura da subjetividade operária, realizadas através de estímulos diversos, alcançam, no entanto, somente essa parcela dos trabalhadores: o núcleo. Observaremos, a partir da reestruturação produtiva, uma dualização do mercado de trabalho, que se polariza entre uma “elite” central e uma periferia subproletarizada.

1. 20 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2010., p. 158.

2. ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 39

3. DA SILVA, Rafael Alves. *A Exaustão de Sílfio: gestão produtiva, trabalhador contemporâneo e novas formas de controle*. *Mediações Revista de Ciências Sociais*, v.11, N. 1, p. 47-162, Jan. /Jun. 2006.

“Surge um novo proletariado industrial complexo e heterogêneo, cuja redução numérica em seu centro produtivo tende a ocultar sua expansão periférica, interpenetrada por unidades de subcontratação industrial e de “serviços” (vale dizer, um proletariado ‘pós-moderno’ com estatutos sociais precários)”<sup>4</sup>.

O núcleo é atingido por uma flexibilidade funcional – marcada pela polivalência e pelas novas e variadas tarefas, pela relativa (e falsa) autonomia, pela capacidade de renovação contínua de seus conhecimentos. Esse grupo é composto de trabalhadores em tempo integral, que gozam de maior segurança no emprego (pelo menos em comparação com a periferia do sistema), boas perspectivas de promoção e de reciclagem, além de maiores vantagens pecuniárias, integrados em estatutos mais seguros. Em contrapartida, deve se encaixar no perfil do trabalhador adaptável, flexível.

Na periferia teremos o que Giovanni Alves chama de *subproletariado tardio*: trabalhadores em empregos precários, temporários e com níveis de salários inferiores.

“O que denominamos subproletarização tardia é constituída pelos trabalhadores assalariados em tempo parcial, temporários ou subcontratados. Nesse caso tende a predominar o que alguns sociólogos e economistas denominam ‘informalização’ nas relações de trabalho (um eufemismo para uma nova precariedade do trabalho assalariado). (...) muitas vezes, a discussão da quantidade de empregos sobrepõe-se à da qualidade dos novos postos de trabalho, ocultando, portanto, o problema da subproletarização tardia como um dos maiores problemas do mundo do trabalho no limiar do século XXI”<sup>5</sup>.

Esse grupo serve à nova configuração flexível do processo produtivo, tanto no que se refere à descentralização e frag-

4. ALVES, Giovanni. Op. Cit, p. 67

5. ALVES, Giovanni. Op. Cit, p. 78.

mentação da produção, quanto à necessidade de adaptação rápida a momentos de crise. Esses trabalhadores precários são marcados por uma alta taxa de rotatividade, são facilmente dispensáveis. Os modelos da terceirização, do trabalho temporário e de outras formas de trabalho precário facilitam a dispensa sem custos quando necessário ao empresário. Harvey separa em dois grupos distintos a periferia do trabalho: no primeiro, “empregados em tempo integral com habilidades facilmente disponíveis no mercado de trabalho, como pessoal do setor financeiro, secretárias, pessoal das áreas de trabalho rotineiro e de trabalho manual menos especializado”. No segundo, temos “uma flexibilidade numérica ainda maior e inclui empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal em contrato por tempo determinado, temporários, subcontratação e treinandos com subsídio público, tendo ainda menos segurança do emprego do que o primeiro grupo periférico”<sup>6</sup>.

Sob a lógica do toyotismo, impulsionada por ela, desenvolve-se um complexo de pequenas empresas de fornecedores e subcontratadas, caracterizadas por um contrato social precário, com menor segurança financeira, com um ciclo menor de vida produtiva, que tendem a falir com facilidade e deixar débitos trabalhistas. Oferecem empregos inseguros, piores, menos salubres, mal remunerados.

A reestruturação produtiva promove a redução no contingente dos trabalhadores centrais, proliferando os postos de trabalho em estatutos precários. Esse esforço é acompanhado por uma movimentação política de cariz neoliberal, que recepciona o modelo produtivo como desejável e se engaja em construir um arcabouço jurídico (ou melhor, desconstruir o arcabouço existente) de modo a criar um ambiente favorável para a expansão azeitada e livre do capital flexível. Nesse movimento encontramos a desconstrução do Estado de Bem Estar Social, corte dos benefícios sociais e, notadamente, a desregulamentação das relações de trabalho.

As políticas de governo neoliberais

6. HARVEY, David. Op. Cit, p. 144

representam essencial determinação sócio histórica a impulsionar essa nova ofensiva do capital na produção. Explica Giovanni Alves, a respeito da experiência brasileira:

“As políticas neoliberais tenderam a impulsionar, a partir dos anos 90, a denominada modernização industrial no Brasil. Por um lado, adotou-se uma liberalização comercial abrupta e desregulada, e constituiu-se uma nova idéia de política industrial que não se protege a indústria nacional; mas procura-se dar condições para que a indústria localizada no país, nacional ou não, possa concorrer no mercado mundial, com o apoio de programas institucionais tais como o PCT, PBQP e PCI ou os canais de crédito do BNDES”<sup>7</sup>.

No Brasil, esse movimento foi iniciado na década de 1990, principalmente pelos governos Collor e FHC. Inicialmente, poderemos observar a adoção de medidas tendentes a massificar nacionalmente a lógica de produção toyotista, ainda embrionária, para que cheguemos, já no governo FHC, no que se chamará de toyotismo sistêmico.

É importante salientar a importância das políticas de governo para a injeção dos princípios de um novo modelo de acumulação, atendendo à demanda do capital. Na década de 1980, muito embora se observasse deterioração macroeconômica, “o Brasil ainda era uma economia protegida da concorrência internacional, com um mundo do trabalho estruturado em algumas categorias assalariadas organizadas num aparato sindical-corporativo unitário que garantia um poder de barganha relativo e um setor público cuja dinâmica positiva do emprego garantia a pequena deterioração do mercado de trabalho”<sup>8</sup>. O trabalho no Brasil se encaixava, então, no que Lipietz chama de “fordismo pe-

7. ALVES, Giovanni. Op. Cit, p. 184

8. ALVES, Giovanni. *Trabalho e Sindicalismo no Brasil: Um balanço crítico da década neoliberal (1990-2000)*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, p. 71-94, 2002, p. 72.

riférico”, onde eram garantidos direitos sociais e benefícios trabalhistas.

Entretanto, como mostrado, o capitalismo vivia naquele momento uma crise de acumulação, em que se mostrava insuficientemente expansivo, com baixos índices de crescimento. Coloca-se, então, para a burguesia, a necessidade de uma reestruturação radical da economia e do Estado e de seu modo de inserção no movimento de mundialização do capital.

No início da década de 90, o Brasil vive um processo orientado de liberalização econômica. O cenário de competitividade internacional, com a mundialização do capital e os movimentos de regionalização, como o Mercosul, criam às corporações transnacionais no Brasil a necessidade de impulsionar um novo complexo de reestruturação produtiva.

Cronologicamente:

Sob Sarney “surgem as primeiras medidas de abertura comercial, vinculadas a tentativas de restaurar o dinamismo da acumulação do capital no Brasil com a mundialização do capital capaz de impulsionar sua acumulação sustentável. As tentativas de restauração da acumulação do capital têm o suporte de uma série de programas institucionais, voltados ao apoio a uma nova política industrial, que já assinalava a necessidade premente de o Brasil buscar índices de qualidade e produtividade (surgiram os PSI – Programas Setoriais Integrados, PDTI – Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial e BEFIEIX – Programas Especiais de Exportação)”<sup>9</sup>.

Sob Collor, após o Plano Collor I, surge o conjunto de medidas de política industrial denominada Diretrizes Gerais para a Política Industrial e de Comércio Exterior (PICE), as quais objetivavam que “as empresas deviam incrementar sua produtividade, aprendendo a viver sem os incentivos fiscais, enfrentando a concorrência externa”<sup>10</sup>, tudo num contexto de grande instabilidade econômica. Assim:

9. ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 186.

10. ALVES, Giovanni. Op. Cit, p. 187.

“Diante das condições adversas da economia brasileira, as indústrias passaram, de início, a adotar estratégias de racionalização de custos que implicaram uma redução da jornada de trabalho, salários ou simplesmente demissões (cerca de 52% das empresas brasileiras apresentaram, nesse período, balanços negativos)”<sup>11</sup>.

Alves denomina o período 1990-1993 de “neoliberalismo selvagem”, onde se observa uma profunda reforma do Estado sob o governo Collor, após o fracasso de seus planos de estabilização – que conduziram o país à recessão profunda.

Vemos, portanto, o papel decisivo da política econômica e industrial na era neoliberal, que determinou, por meio de programas de ajuste, o enquadramento da economia e do parque industrial brasileiro à mundialização da economia, mesmo sob forte crise monetária e financeira, o que causou, imediatamente, demissões em massa e arrocho salarial. Naturalmente, o corte de gastos sempre começa sobre os trabalhadores.

O enquadramento evoluiu, tempo depois, para um impulso mais profundo da reestruturação produtiva, com algumas limitações, entretanto. Impossibilitadas as empresas de promoverem a revolução produtiva completa, a reestruturação passou, principalmente, sobre os métodos de produção, sobre a organização do trabalho:

“A pressão da concorrência desregulamentada no mercado mundial obrigou as empresas no Brasil a impulsionarem, mais ainda, o complexo de reestruturação produtiva. É claro que os investimentos em novas tecnologias ainda se mantinham num patamar medíocre, em virtude das adversidades (e incertezas) da economia brasileira. Mas o que se observava era maior proliferação do conjunto de métodos (e técnicas) organizacionais inspirados no toyotismo, adaptadas às condições do sindicalismo brasileiro – terceirização, *just-in-time/kanban*, Círculos de Controle de Qualidade (CCQ), Con-

trole Estatístico de Processo (CEP), Controle de Qualidade Total (CQT), *kaisen* (melhorias contínuas), entre outros”<sup>12</sup>.

Na análise do governo Collor sob essa perspectiva, concluirá Alves:

“Pode-se dizer que o governo Collor criou não apenas as condições macroeconômicas indispensáveis para o sucesso da estabilização monetária, ocorrida com o Plano Real sob o governo Cardoso mas, em especial, as condições políticas (e ideológicas) para o desenvolvimento do toyotismo sistêmico, cuja característica central é parceria entre capital e trabalho no campo da produção”<sup>13</sup>.

O período do governo Cardoso, por sua vez, corresponderá ao momento decisivo para a adoção completa de um *toyotismo sistêmico*. Comprometido com uma inserção subalterna do país na mundialização do capital, acelera-se a reestruturação produtiva. Foi dada prioridade à alocação privilegiada de recursos financeiros para o desenvolvimento do toyotismo sistêmico: aprofunda-se o choque de competitividade. Obriga-se a racionalização organizacional de *toda a empresa* segundo os dispositivos toyotistas, com programas de qualidade total, ênfase no envolvimento estimulado da força de trabalho, racionalização das linhas de produção, substituição de processos, além de sistemas de automação e iniciativas voltadas ao aprimoramento tecnológico.

“Ocorre a adoção sistêmica de novas práticas organizacionais vinculadas à lógica do toyotismo, até mesmo com mecanismos de emulação operária voltados para o ‘envolvimento estimulado’ não apenas no nível do processo de produção (caso, por exemplo, da recomposição da divisão do trabalho), mas com a adoção de novos sistemas de pagamentos capazes de capturar a subjetividade operária; é o caso do bônus de produtividade ou participação

nos lucros e resultados”<sup>14</sup>.

Além, é claro, das investidas pela desregulamentação das relações de trabalho, em nome de um combate à rigidez. Para os adeptos do neoliberalismo e do paradigma da flexibilidade, o sistema de relações de trabalho no país era demasiado rígido, causando, inclusive o desemprego – agravado pela recusa dos trabalhadores em melhorar sua ‘empregabilidade’. Essa ofensiva ideológica a inverter o nexo e redistribuir a culpa das mazelas trazidas pela reestruturação é explorada por Adalberto Cardoso. Dirá ele, em referência aos argumentos do capital:

“(…) os sistemas nacionais de relações de trabalho estariam caducos, pejados de legislação rígida que não permitiria ao capital a mobilidade necessária para fazer frente ao aumento da competitividade global. (...) A lei e a ordem institucional que regem as relações de trabalho (Justiça do Trabalho e sindicatos, basicamente) impediriam a flexibilidade alocativa e salarial no mercado de trabalho, o que nos levaria ao ajuste pelo desemprego e/ou a informalidade (...) [No entanto] não deixa de ser surpreendente, diga-se de passagem, o fato de estudos produzidos em instituições oficiais, porém tão diversas quanto o IPEA e o SEADE, no Brasil, demonstrando ser o mercado de trabalho nacional um dos mais flexíveis do mundo, estejam ausentes na bibliografia dos outros estudos e trabalhos que insistem em afirmar que a legislação trabalhista brasileira é rígida e precisa ser flexibilizada”<sup>15</sup>.

A etapa superior da ofensiva do capital na produção no Brasil se desenvolve na busca de um *toyotismo sistêmico*, onde se adota, com mais intensidade e amplitude, os nexos contingentes do toyotismo: *just-in-time/kanban*, Gerenciamento pela Qualidade Total, novos

14. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 199.

15. CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise do sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 88 e 89

sistemas de pagamento e terceirização.

Um aspecto importante do movimento pelo toyotismo sistêmico é a descentralização produtiva, caracterizada pela terceirização e pela deslocalização industrial:

“A passagem para a ‘acumulação flexível’ implica (re)compôr o espaço-território da produção capitalista, que se torna, deste modo, descentrado e segmentado – diríamos melhor, polarizado e fragmentário em suas múltiplas expressões sociais, culturais e tecnológicas. No espaço da produção de mercadorias, articulam-se dimensões ‘modernas’ e ‘arcaicas’, não apenas do estatuto salarial, mas do processo de trabalho e da base tecnológica – o que implica considerar, por conseguinte, a constituição de um novo ‘trabalhador coletivo’ vinculado a um novo (e precário) mundo do trabalho”<sup>16</sup>.

A terceirização, então, promove fragmentação espacial, de função e de estatuto salarial, o que se reflete imediatamente sobre a elaboração da consciência de classe: ela pulveriza o coletivo do trabalho. Serve, portanto, de diversas maneiras ao capital sob a lógica da acumulação flexível – descentraliza a produção, conforme os ditames já mencionados do toyotismo; periferiza grande parte da massa trabalhadora em estatutos salariais precários, mais baratos, mais facilmente dispensáveis, colaborando com a produção enxuta e a redução de custos; possibilita maior concentração em atividades estratégicas; debilita a classe trabalhadora, fragmentando-a espacial e identitariamente, dificultando ou impossibilitando sua reação, diminuindo então o índice de conflito e promovendo uma tranquila captura de sua subjetividade. As vantagens ao empresariado são tão vastas que o modelo logo se populariza e se espalha sobre as diversas tarefas da produção:

“Se antes a terceirização atingia, principalmente, os serviços de apoio à produção, tais como alimentação,

16. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 203

transporte vigilância, assistência médica, ela tende a atingir, hoje, atividades diretamente vinculadas à esfera da produção, promovendo alterações importantes na materialidade do capital. Assim, de início, a terceirização pode atingir as tarefas menos estratégicas e especializadas, que exigem trabalho mais qualificado, oferecendo uma divisão especializada do processo produtivo, aliada à manutenção do nível tecnológico”<sup>17</sup>.

A ideia central – embora, como vimos, não única – do processo de terceirização é a concentração dos esforços e especialização na produção daquelas mercadorias sobre as quais a empresa detém evidentes vantagens competitivas. O negócio da empresa tenderá a se concentrar no “administrar” – e não no “produzir”, num sentido estrito. Isso fica bastante claro quando da análise dos casos de montadoras de automóveis, embora seja observável também em bancos: as empresas se aproximam da imagem de organizações de *marketing* e vendas, desenvolvendo novos produtos.

Giovanni Alves organiza interessante tabela dos motivos indutores da nova (e

radical) terceirização<sup>18</sup>. (tabela abaixo)

Reconhecidas as dificuldades de organização sindical nas pequenas e médias firmas, nas quais o controle capitalista é maior, o incentivo à proliferação das subcontratadas é vantajoso para o capital, na medida em que debilita, em última instância, o poder de barganha sindical da classe.

“Portanto, na perspectiva da luta de classes, a terceirização não é um processo social ‘inocente’. Ela tende a debilitar a solidariedade no mundo do trabalho, tornando Precária a constituição de estratégias de classes e contribuindo para a captura da subjetividade operária pela lógica do capital”<sup>19</sup>.

Observadas as novas necessidades do capital sob a lógica de reestruturação para a acumulação flexível, temos uma importante conclusão: a terceirização atende satisfatoriamente a diversas dessas demandas sendo, portanto, mais que mero efeito colateral ou consequência “natural” do progresso do novo modelo, mas, sim, *parte integrante necessária* para a instalação satisfatória dos preceitos da reestruturação produtiva. Não há acumulação flexível sem terceirização.

17. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 205.

18. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 210

19. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 223

**Motivos Indutores da Nova (e Radical) Terceirização**

1. Captura da subjetividade da força de trabalho	A terceirização concorre para a Desconcentração operária, o que possibilita, por parte do capital maior controle do trabalho e redução da luta de classes na produção, contribuindo, deste modo, para a elaboração de novo consentimento operário, imprescindível para a adoção dos novos paradigmas da produção capitalista
2. Maior flexibilidade produtiva	A terceirização propicia às empresas maior capacidade de suportar alterações de <i>mix</i> de produção numa dada gama de produtos e partes – o que pode ser considerado um dos principais aspectos da flexibilidade produtiva exigida pelos novos padrões de concorrência capitalista;
3. Redução de custos da produção	A terceirização reduz custos administrativos transformando custos fixos em custos variáveis.

11. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 195.

12. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 196

13. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 197.

1.3 O SINDICALISMO NO NOVO MODELO

A racionalidade toyotista, orientadora do complexo de reestruturação produtiva, interessa, de forma central, a pacificação da luta de classes e, principalmente, a adesão do trabalhador, em todos os aspectos de sua vida, à reprodução do capitalismo flexível e ao aperfeiçoamento de suas formas de dominação.

Os mecanismos revolucionados pelas mudanças da acumulação flexível reestruturam não somente a produção, mas a própria subjetividade da classe trabalhadora. A captura dessa subjetividade é imprescindível para a instalação completa e tranquila da nova ideologia orgânica da produção capitalista. Desta forma, “o processo de reestruturação produtiva não pode ser visto apenas em sua dimensão objetivo-material, mas principalmente em seus nexos subjetivo-ideológicos. Ele tende a significar, em última instância, uma metamorfose da subjetividade da força de trabalho, seja em seus aspectos geracionais, seja em seus aspectos político ideológicos”<sup>20</sup>.

Na esteira do intento de tornar a racionalidade do capitalismo flexível princípio de toda a sociedade – que passará, então, a reproduzi-la – um grande esforço ocorre para massificar a ideia e torna-la necessária e desejável. A dimensão política da reestruturação capitalista aqui nos fica muito clara, e se exemplifica quando, em 1990, invade os programas de governo. Novas políticas de formação profissional são fomentadas pelos Ministérios do Trabalho e da Educação e Cultura, notadamente no governo Cardoso, dando forma institucional ao espírito toyotista.

“Governo, escolas e sindicatos passaram a incorporar o discurso da nova pedagogia empresarial, articulando, por exemplo, em torno do conceito de empregabilidade, as noções de competências e novas habilidades cognitivas e comporta-

mentais necessárias para nova produção capitalista. Constitui-se todo um complexo de aparelhos ideológicos privados e públicos que buscam disseminar, através de cursos e treinamentos, a “nova racionalidade” da produção capitalista sob a mundialização do capital, o que implica a construção de uma nova linguagem e sintaxe da práticas do trabalho. Na verdade, o objetivo, em última instância, é capturar a subjetividade do trabalho e não apenas a consciência de classe(...) O novo discurso produtivista ocultava o verdadeiro sentido da nova ideologia do toyotismo, isto é, reconstruir a exploração capitalista de acordo com as implicações objetivas e subjetivas do capital, que articula, cada vez mais, trabalho material e trabalho imaterial, e que busca, na esfera da inteligência coletiva e da cognição cooperativa, um novo lastro para a produção de valor”<sup>21</sup>.

O consentimento e o envolvimento proativo do trabalhador – que aprofunda a hegemonia do capital na produção – é feito positivamente, por um lado, pelo incutimento da lógica corporativa o trabalhador cooperativo e polivalente, e negativamente, por outro, na instauração de uma série de dispositivos coercitivos implícitos nos mecanismos de despotismo de mercado. O medo do desemprego estrutural, da nova exclusão social são poderosos recursos sociopsicológicos de integração social, mais sutis, mas não menos eficazes de controle capitalista do trabalho.

Na medida em que se dá a captura da subjetividade, liga-se o trabalhador à lógica e aos objetivos da empresa, conecta-se a ela e, por consequência, obscurece-se, embora ainda persista, o antagonismo de classe. O ciclo desejado pelo capital então se completa. Obscurecido o antagonismo de classe, desaparecem as correspondências, pelo menos num plano psicológico, entre os trabalhadores – que além de tudo estão postos num ambiente de competição entre si. Desconstrói-se a identidade.

21. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 81.

Danièle Linhart chamará esse processo de *batalha identitária*<sup>22</sup>: a estratégia gerencial que procurará desvalorizar as identidades coletivas, de ofício ou de classe, convertendo os trabalhadores num identidade *de empresa*. O objetivo do enfraquecimento da organização sindical é imediato, bem como o incremento da produtividade, baseado no envolvimento intelectual do trabalhador com o seu trabalho.

A desconstrução da identidade de classe também será resultado de um desencorajamento da associação coletiva fora dos grupos de trabalho já pré-estabelecidos pela organização da produção. O único coletivo aceito será o da equipe que, como já vimos, sustenta uma ideia débil de comunidade e que não é permeado pela identificação classista, mas pela função a ser desempenhada *no e para* o trabalho. Sennett mostra essa transformação, vindo depois a concluir que a cultura da nova ordem perturba profundamente a auto-organização:

“A conversa direta envolvendo reivindicações de maior salário ou menos pressão para aumentar a produtividade era vista como falta de cooperatividade do empregado. O bom jogador de equipe não se queixa. As ficções de trabalho em equipe, pela própria superficialidade de seu conteúdo e seu foco no momento imediato, sua fuga à resistência e ao confronto, são assim úteis no exercício da dominação”<sup>23</sup>.

A partir dessa ideia, identifica-se, no Brasil, o surgimento de uma nova forma de sindicalismo, de caráter pragmático-neocorporativista, que perde grande parte de sua dimensão política classista. A instabilidade econômica e social provocada pela já existente crise econômica então agravada pelas políticas de austeridade dos governos neoliberais criavam um contexto de ameaça cons-

22. LINHART, Danièle. *Le torticolis de l'au-truche : l'éternellemodernisation des entreprisesfrançaises*, Paris: Ed. du Seuil, coll. Sociologie, 1991

23. SENNETT, Richard. Op. Cit., p. 138.

tante de desemprego e precarização persistente – uma “síndrome do medo”:

“A busca do consentimento ativo da subjetividade do ‘trabalho vivo’ passou a constituir, em última instância, através da síndrome do medo cujo substrato objetivo é dado pela constituição de um precário mundo do trabalho. Essa é, portanto, a função sócio ontológica da nova precarização heteróclita sob a mundialização do capital: constituir o consentimento ativo necessário para o desenvolvimento dos nexos contingentes do toyotismo e produzir a subjetividade regressiva, avessa às atitudes antagônicas de classe diante da lógica do capital. Diante de um precário mundo do trabalho, a consciência contingente de operários e empregados tende a caracterizar-se pelo consentimento e acomodação diante das novas condições de exploração da força de trabalho instituídas pelo capital. O toyotismo passou a exigir uma disposição anímica de operários ou de empregados, sem contrapartidas salariais ou contratuais, talvez a mera concessão de bônus de produtividade”<sup>24</sup>.

Observa-se, assim, uma mudança importante no paradigma da atuação sindical no Brasil, sob a pressão constante da investida do capital na produção (que injeta a ideologia do capitalismo flexível) e da profunda precarização do mercado que trabalho (que torna a ideia de exclusão deveras aterrorizante). Consolida-se, assim, o desenvolvimento um sindicalismo de tendência moderada e defensivo no seio da CUT e o surgimento de tendências liberais no sindicalismo brasileiro, expressas na criação da

Força Sindical. Sobre o “novo sindicalismo” cutista:

“Em certo sentido a estratégia recente dos sindicatos – em especial aqueles filiados à CUT – teria se modificado em função de uma dinâmica mais geral que está so-

24. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 82

lapando, paulatinamente, o chão da fábrica: as transformações no mundo do trabalho e o processo de reestruturação produtiva, entre outros aspectos. (...) Esse fenômeno é responsável, em muitos aspectos, pelas mudanças que estão ocorrendo no interior do chamado **novo sindicalismo**, levando-o a abandonar a postura anterior, mais conflitiva – preponderando nos anos 70 e 80 –, por uma ação, nos dias de hoje, mais calcada no que se poderia chamar de realismo defensivo. Ou seja, diante desse processo avassalador de mudanças, que coloca contra a parede o conjunto do movimento sindical, a saída possível seria uma forte dose de realismo nas negociações e uma acentuada diminuição da ideologização e politização da prática sindical anterior”<sup>25</sup>.

Assim, “o sindicalismo brasileiro, em seus polos mais desenvolvidos, tendeu a evitar ou tornou-se incapaz de realizar greves, greves gerais por categoria, predominando, sob pressão do capital, negociações coletivas descentralizadas por empresa”<sup>26</sup>. Descentralizado, desprovido de uma perspectiva de classe, abandonando seu papel antagônico no debate constante do modelo de produção, o sindicalismo brasileiro incorpora, sob o argumento de um realismo necessário, uma postura neocorporativista, propositiva e de participação. Com efeito, a instauração sistêmica do toyotismo pressupõe tal derrota política e ideológica da classe trabalhadora, de seus intelectuais orgânicos, sindicatos e partidos.

Observa-se uma mudança no paradigma das reivindicações sindicais, e o esgotamento relativo do instrumento político de generalização das lutas de classe (as greves gerais por categoria, escassas no período). Procura-se desenvolver negociações setoriais, localizadas, que inclusive incorporam às suas reivindicações - juntamente com pauta

25. RODRIGUES, Iram Jácome (Org.) *O novo sindicalismo: vinte anos depois*. Petrópolis: Vozes, 1999. P. 90

26. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 89

urgente da defesa do emprego - a lógica da nova ideologia flexível: a Participação nos Lucros e Resultados, a flexibilização da jornada de trabalho (banco de horas) e a discussão na gestão e organização do trabalho. No ciclo vicioso de retroalimentação da nova racionalidade do capital flexível, as novas pautas passaram, então, a contribuir “não apenas para promover um envolvimento estimulado com os objetivos da empresa, mas para amortecer a rebeldia individual e coletiva diante de uma crescente superexploração da força de trabalho”<sup>27</sup>, marcada pela intensificação das tarefas e o aumento da produtividade.

Deste modo, a fragmentação da classe trabalhadora é operada, tanto a partir da desagregação espacial da produção e do trabalho – marcada pelo crescimento das empresas subcontratadas e da terceirização -, quanto pelo fenômeno de dualização do mercado de trabalho, caracterizada pela divisão entre centro e periferia, com diferenciação dos estatutos sociais e salariais, que causa imediatamente fragmentação identitária. Promovida a separação, espacial e identitária, compromete-se gravemente a constituição de uma consciência de classe e o estabelecimento da solidariedade, essenciais a um sindicalismo fortalecido pela base”<sup>28</sup>.

À fragmentação, adicionam-se as mudanças - frise-se: provocadas pelas contingências criadas pelo próprio capitalismo, em seu ímpeto predatório – no comportamento do movimento sindical, que adota postura defensiva e assume derrota no plano político-ideológico.

27. ALVES, Giovanni. Op. Cit., p. 90

28. Que se difere do fortalecimento institucional e burocrático, este mantido até hoje pelos arcaicos institutos de Direito Coletivo do Trabalho no Brasil (como a unicidade sindical e a contribuição compulsória) que impedem uma verdadeira liberdade sindical.

## 2. TERCEIRIZAÇÃO NOS BANCOS E O PAPEL DO BANCO CENTRAL

### 2.1 TERCEIRIZAÇÃO E DIREITO: REVISÃO DE CONCEITOS?

#### 2.1.1 Um breve apanhado histórico-jurídico

A terceirização, entendida como a intermediação de mão-de-obra, como forma genérica alternativa de desenvolvimento da relação de trabalho, não foi admitida e regulamentada até o presente momento pelo ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos não pelas vias do legítimo procedimento Legislativo democrático.

Temos fontes das mais diversas, entretanto, que criam arcabouço com aparência permissiva. São todas normas tangenciais, que escapam ao verdadeiro controle social e jurídico da terceirização, na medida em que não alcançam suas questões nucleares e não promovem um diálogo efetivo com os princípios fundantes do Direito do Trabalho, tampouco com nossas bases constitucionais. Apesar disso, esse conjunto de normas jurídicas tem-se mostrado bastante efetivo no sentido de permitir, paulatinamente, a penetração da figura do trabalhador prestador de serviços por empresa interposta na racionalidade da produção capitalista no país.

A memória legislativa sobre o tema remete-nos a 1965, ano declaradamente sob o regime da ditadura militar.

A partir da ciência de que muitas das normas hoje vigentes e em uso no ordenamento jurídico brasileiro foram gestadas e promulgadas sob o império do governo golpista de 1964, é saudável a reflexão acerca da legitimidade e da desejabilidade de uma herança normativa dessa natureza. O arcabouço jurídico do período, assim como o de qualquer outro, reflete escolhas e orientações políticas de governo – as quais, neste caso específico, carecem de fundamento democrático. Desta forma, não parece prudente perpassar o resgate histórico da terceirização no Direito sem ter em mente que a maior parte de seu alicerce foi construída em regime de exceção.

Isto posto, data de 1965 a lei que instituiu a figura da representação comer-

cial autônoma (Lei 4886/1965), em cujo primeiro artigo já trata de ressaltar a ausência de vínculo de emprego do trabalhador que em tal hipótese se encaixe<sup>29</sup>. No ano seguinte, dois decretos (Decretos-Leis 1212 e 1216 de 1966) autorizam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas.

Já em 1967, teremos um decreto-lei de conteúdo bastante relevante: o Decreto-Lei 200/1967, que promove descentralização das atividades da Administração Pública através da contratação de empresas particulares para realização dessas atividades. A terceirização no Estado, ou como então se chamava, a execução indireta, era não só ferramenta a partir dali possível, mas desejável, como pode ser lido no art. 10, § 7º:

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

Mas é em 1974 que teremos a primeira lei a, de fato, ameaçar os direitos conquistados pelos trabalhadores na Consolidação das Leis do Trabalho. Foi a Lei do Trabalho Temporário (Lei 6019/1974). Autorizou a intermediação de mão-de-obra para trabalho por prazo determinado, quando constatada necessidade transitória de substituição de pessoal ou de acréscimo extraordinário de serviços.

A terceirização no setor financeiro passa a ser determinada em caso de

29. “Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representantes, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

segurança bancária permanente e transporte de valores pela Lei 7102/1983. Antes somente autorizada, a partir desta Lei, a vigilância deveria ser obrigatoriamente especializada. Nos anos 90 (Lei 8863/1994), todo o setor de segurança é alcançado pela terceirização: vigilância patrimonial, seja de instituições financeiras, seja de estabelecimentos públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas, o transporte de valores ou a segurança garantidora do transporte de cargas, a “escolta”.

Em 1994, a Lei 8949 insere parágrafo único no artigo 442 da CLT, inaugurando a flexibilidade da relação de trabalho a partir das cooperativas. Mais uma vez, preocupou-se em excluir vínculo de emprego da relação de trabalho sob aquelas condições<sup>30</sup>.

Dois emendas constitucionais e uma lei promoveram, no governo de Fernando Henrique Cardoso, a introdução da terceirização em dois importantes segmentos da economia: a exploração de petróleo<sup>31</sup> e as telecomunicações<sup>32,33</sup>.

30. “Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

31. Emenda Constitucional nº 9, de 1995.

“Art.1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 177 (...)’

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”.

32. Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

“Art.1º O inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 21. Compete à União: (...)’

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - (...)’

a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

33. Lei nº 9472/1997

Todos os dispositivos sempre cuidadosos em afastar direitos normalmente atrelados ao vínculo de emprego.

É interessante situar historicamente os textos legais referidos, todos atinentes a segmentos estratégicos da economia, promovendo ajustes políticos e econômicos a partir da mudança nos paradigmas de relações de trabalho. Sobre esta questão, aponta Gribalbo Fernandes Coutinho:

“É forçoso reconhecer a força do mercado sobre os interesses dos trabalhadores pertencentes aos segmentos antes apontados, curvando-se o poder público, por sua vez, em suas três esferas, às imposições ditadas por um sujeito invisível a serviço dos sujeitos detentores de capital, medidas as quais, assinalasse, não resistem ao primado dos direitos humanos aplicados em atenção à vida digna a ser alcançada por todas as pessoas em igualdade de condições materiais, nem se sustentam quando confrontadas com a totalidade das normas constitucionais – internas e externas – asseguradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>34</sup>.

É importante destacar, de outro lado, a importância do esforço jurisprudencial em acompanhar o fenômeno da terceirização. Embora não se tenha legisla-

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam; II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei”

34. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil*: direitos humanos violados pelo Banco Central. São Paulo: LTr, 2011, pág 139

do no sentido de criar norma que trate dos problemas trazidos pelo fenômeno sobre conceitos basilares ao Direito do Trabalho, como “empregador”, “relação de emprego”, “subordinação”, a jurisprudência exerceu papel criativo nessas questões, porém sem também enfrentá-las de fato.

Assim, a partir da prática, das normas tangentes sobre o assunto, e do trabalho jurisprudencial, a doutrina desenha o definição de terceirização e trabalha sobre os conceitos aparentemente novos por ela trazidos. Escolhemos, para a ilustração, o trabalho de Maurício Godinho Delgado, que então dirá (grifos nossos):

“Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados a uma entidade interveniente. **A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido**”<sup>35</sup>.

A terceirização, portanto, é a deturpação da definição clássica de relação de emprego, na medida em que, ao inserir um terceiro na relação entre o sujeito que vende sua força de trabalho e aquele que aproveita da mais-valia em seu processo produtivo, confunde os conceitos de empregador e de subordinação.

35. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, pág 428

#### 2.1.2. Criando novos conceitos

No intento de promover uma adequação jurídica a um fenômeno em expansão (e, podemos dizer, de reverter a tendência proibitiva representada pelo Enunciado 256), o Tribunal Superior do Trabalho edita a Súmula 331, que passa a figurar como a única base legal de fundamentação à terceirização no país. Eis o texto da súmula, com grifos nossos:

#### 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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 personalidade 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.

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 nº 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.

Logo de início podemos observar a existência de conceitos centrais para a correta compreensão do texto e para a consequente interpretação das legalidades e ilegalidades declaradas pelo enunciado. São os conceitos de *atividade-meio* (que cria, por oposição lógica, a ideia de *atividade-fim*) e de *responsabilidade subsidiária*. Num segundo momento, vemos a necessidade de refinar a definição de noções já familiares, porém temerariamente abertas, quais sejam as de *personalidade* e de *subordinação direta*.

Ainda que não trazidas pelo texto da súmula, as ideias de *terceirização interna* e *terceirização externa* também são de extrema importância para a análise do fenômeno, como se mostrará mais adiante, no que diz respeito à *terceirização bancária*.

#### 2.1.2.1. Atividade-fim e atividade-meio

A oposição dessas duas noções é o eixo que divide a *terceirização lícita* da *ilícita*. Dessa forma, apropriar-se do debate acerca da definição é orientar o movimento

da *terceirização* para uma tendência mais permissiva ou mais proibitiva, esta última baseada na ideia de exceção.

Jorge Luiz Souto Maior, de outro lado, vê dificuldades na adoção dessa dicotomia como critério. A definição seria insegura e muitas vezes não demonstrável. A partir de exemplo por ele fornecido, a definição seria, inclusive, variável:

“O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como

atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?”<sup>36 37</sup>.

Pelo fato de nossa análise exigir a apresentação do conceito, mais uma vez escolhemos para a tarefa Maurício Godinho Delgado, para quem *atividade-fim* abrange:

“Funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, **atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços**”<sup>38</sup>. (grifos nossos)

Do outro lado, definirá *atividade-meio*:

“Funções e tarefas empresariais e laborais 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. São, portanto, **atividades periféricas à essência da dinâmica empresaria-**

**rial do tomador de serviços**”<sup>39</sup>.

Assim, para Delgado, poderíamos utilizar como rol ilustrativo das atividades típicas de apoio, aquelas mencionadas na Lei 5645/1970, que enumera as atividades da Administração passíveis de *terceirização*. Na medida em que a lógica da lei é separar as atividades meramente instrumentais daquelas cujo escopo é exclusivo da Administração, ela acaba por atender de certa forma ao conceito de *atividade-meio*.

Deste modo, estariam presentes no conjunto de atividades apoio, “meio” ou instrumentais: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”, além de atividades de estrito apoio logístico, como serviço de alimentação aos empregados.

Como conceito determinado doutrinariamente, sempre permanecerá aberto a divergências, inclusive práticas, o que leva a um estágio de absoluta insegurança e instabilidade. Atividades são livremente *terceirizadas* sob a égide de um conceito indeterminado e também a despeito de debates igualmente importantes, como a legitimação da constituição de empresas cujo negócio é a pura e simples intermediação de mão de obra, pois não se vê vinculação da licitude a nenhuma condição de especialização. Sobre essa questão, dirá Souto Maior:

“A *terceirização* trata de técnica administrativa para possibilitar a especialização dos serviços empresariais. No entanto, o Enunciado nº 331, do TST, não vincula a legalidade da *terceirização* a qualquer especialização. Isto tem permitido, concretamente, que empresas de mera prestação de serviços sejam constituídas – empresas estas sem qualquer finalidade empresarial específica e, ainda, sem idoneidade econômica”<sup>40</sup>.

#### 2.1.2.2 Terceirização Interna e Externa

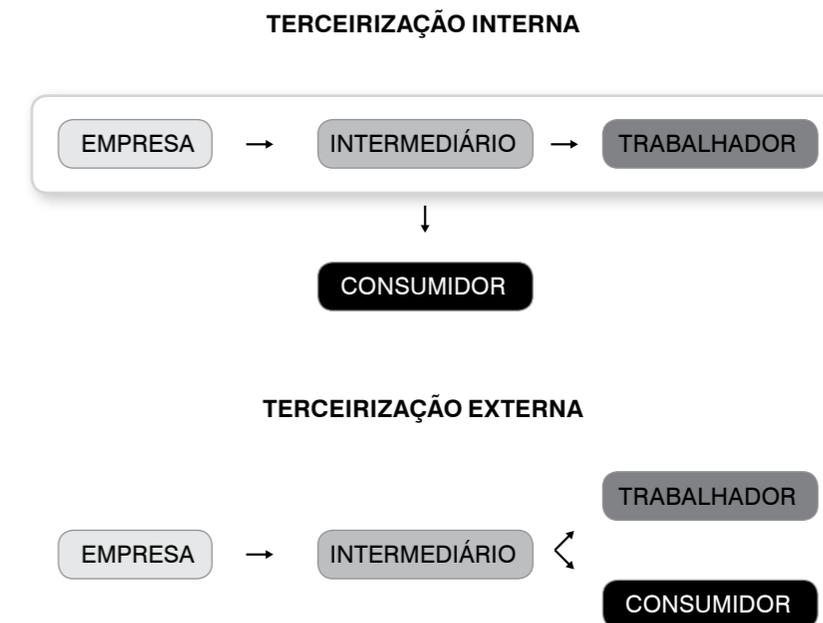
Na maior parte das vezes,

ciamos *terceirização* à delegação de uma tarefa da empresa principal a uma empresa terceira contratada, de forma que os trabalhadores da empresa contratada executarão o serviço no estabelecimento da tomadora, sem com esta vincular-se. É a ilustração da *terceirização* dos serviços de limpeza e conservação – uma das formas mais comuns e mais visíveis da *terceirização* ou “prestação de serviços”.

Entretanto, variações das mais criativas foram impostas pela prática da produção, de forma que o serviço pode ser realizado dentro ou fora do estabelecimento da tomadora, inclusive abrangendo etapas inteiras da produção, confundindo o que seria ou não *atividade-fim*.

Márcio Túlio Viana trabalha na análise de duas formas diversas de *terceirização*, elegendo como ponto diferenciador entre elas a posição da empresa contratada: se entre a contratante e os trabalhadores, ou se entre a contratante e o consumidor. Vale assumir algumas posições acerca dessa divisão, que mesmo sendo bastante inovadora e colocando holofotes sobre o até então ignorado fenômeno da *terceirização externa*, peca na qualificação total de sua variante interna. Então, com o devido respeito, promoveremos algumas alterações de forma a encontrar uma acomodação que nos contente, principalmente para tratar devidamente, em etapa posterior, a *terceirização* no sistema bancário.

Inicialmente, no tocante à *terceirização externa*, nos parece imprescindível a valorização de um ponto também notado pelo autor: mesmo que passemos a ver, nessa modalidade de *terceirização*, que a posição da empresa *terceirizada* é entre a tomadora e o consumidor, não há que se dizer em exclusão do caráter de intermediação de mão de obra, que permanece sendo central no fenômeno. As *terceirizações* interna e externa são faces do mesmo fenômeno, de descentralização do controle e do capital, causando e usando da causa da pulverização e fragmentação da classe trabalhadora. Assim, montaremos o seguinte diagrama exemplificativo:



A partir desse esquema, temos que pela *terceirização interna*, a empresa tomadora contrata empresa prestadora de serviços para realizar alguma parte de seu processo produtivo. É a *terceirização* regulada pela Súmula 331 do TST. Portanto, na teoria, prestadoras de serviço realizam *atividades-meio* da produção da tomadora, sem descaracterizar a função empresarial desta.

Márcio Túlio Viana, em seu estudo, aproxima o fenômeno da *terceirização interna* do contrato de trabalho temporário, trabalhando a partir da ideia de que este é o caso que mais se verifica. De fato, o mecanismo pode ser basicamente o mesmo no que concerne ao caso da intermediação de mão de obra: a empresa principal contrata serviços da empresa *terceirizada* para usar de força de trabalho em seu processo produtivo. Porém, ao contrário do trabalho temporário, a *terceirização interna*, no geral, tende a ser persistente. Supondo os imperativos de uma demanda variável, há, sim, maior facilidade em se resolver unilateralmente contratos com empresas *terceirizadas* do que com trabalhadores efetivos, sendo este fato um dos grandes eixos da flexibilização via *terceirização*. Entretanto, na prática, grande parte das variações de demanda são supor-

tadas dentro do próprio contrato, pela flexibilização dos direitos e da rotina dos trabalhadores. Ademais, quando *terceirizadas* partes do processo produtivo, dificilmente se vê o retorno dessas partes à gestão direta pela empresa.

Assim, sempre haverá *terceirizados* realizando trabalhos antes reservados a efetivos, vendo-se em condições e estatutos salariais diversos, em clara situação discriminatória. Seu contrato tende a ser por longo tempo, provocando sua inserção na coletividade e demandando medidas de isonomia, que no geral não ocorrem. Pela dificuldade da definição de *atividade-meio*, pela astúcia argumentativa da classe empresarial quanto aos enquadramentos de *atividade econômica* e pela visão constantemente ampliada do conceito por parte do Judiciário, a *terceirização interna* se multiplica e se expande aos mais diversos serviços, nos mais variados segmentos econômicos.

Enfim, conforme o diagrama ilustrativo, a *terceirização interna* é a ferramenta de gestão por meio da qual a empresa tomadora contrata empresa prestadora de serviços para realizar parte de seu processo produtivo – processo que ao final resultará em seu objetivo econômico – produto ou serviço -, oferecido ao consumidor.

36. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A *Terceirização* sob uma perspectiva humanista. *Revista do TST*, Brasília vol. 70, nº1, jan/jul 2004, pág. 119

37. Para ilustrar o questionamento o professor oferece como referência a seguinte ementa de julgado:

“*Terceirização*. Serviços de Limpeza e conservação. *Atividade-fim* x *atividade-meio*. Compreensão. A *atividade-meio* não se confunde com serviços desvinculados do complexo que deve necessariamente atender, ainda que subsidiariamente, o objetivo final. Vale dizer, não poder a estrutura empresarial prescindir do serviço de limpeza e conservação para que possa razoavelmente completar a *atividade-fim*” (TRT/SP 20020158739 RO – Ac. 8ª T. 20020521167 – DOE 27.08.2002, Rel. José Carlos da Silva Arouca)

38. DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 440

39. DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 440 e 441.

40. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op. Cit., p. 120.

De outro lado, a *terceirização externa* se caracteriza pela organização em rede do processo produtivo, em que etapas inteiras são transferidas para outras empresas, inclusive atividades-fim. É o chamado *outsourcing*. Cabe à empresa contratante a gestão dessa rede, desincumbindo-se de produzir de fato bens ou realizar atividades, de forma que, sem o intermediário, não há o produto final, nem a consequente relação com o consumidor.

A relação entre essas empresas é sempre retrátil e reversível, criando dependência e subordinação das empresas menores à contratante. Márcio Túlio Viana fala de uma relação de “reatividade”:

“A mãe cobra das filhas, de modo inflexível, comportamentos flexíveis (...) De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela”<sup>41</sup>

A terceirização externa é bastante marcada pelo uso das tecnologias, que possibilitam o controle em tempo real da realização dos serviços, bem como dados relativos a pedidos e a demanda. Assim, como nos diz Viana, “as etapas do ciclo já não estão mais dentro de seu espaço, mas se integram aos seus tempos”<sup>42</sup>.

A grande empresa extrai mais-valia através da pequena, uma vez que o valor de seu contrato é condicionado pelo valor que a empresa contratada atribui ao trabalho. Quanto menor o custo do trabalho, menor o preço à contratante. E a redução dos custos do trabalho realiza-se por meio da precarização. Assim, a empresa intermediária está não só entre o empresário e o consumidor (já que condiciona a própria existência de um produto final), mas também entre o empresário e os trabalhadores, que são

determinados pela produção daquele, sem com ele se relacionarem.

### 2.1.3 Obscurecendo conceitos clássicos

A terceirização, como dito, insere um terceiro sujeito numa relação classicamente bilateral de empregado-empregador, de capital-trabalho. Desta forma, se assumirmos ter sido criada uma relação alternativa, os conceitos tradicionais usados para a constituição e identificação da relação clássica são deturpados. Sobre este ponto, comenta Delgado:

“O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares do Direito do Trabalho ao longo de sua história”<sup>43</sup>.

Entretanto, como sabemos, mesmo que o capital, em sua nova investida sobre a produção, altere a dinâmica de sua acumulação, permaneceremos no antagonismo capital trabalho e no sistema bilateral de *venda da força de trabalho versus uso da mais valia na produção*. Os conceitos clássicos, assim, continuam pertinentes e devem ser sempre usados como baliza para o Direito do Trabalho na busca pela recuperação da dignidade dos trabalhadores, principalmente no caso da terceirização em que, como veremos adiante, o trabalho tem cada vez mais sido tratado como mercadoria. É necessário, portanto, compreender o obscurecimento desses conceitos e procurar a via interpretativa que acompanhe os princípios fundantes de nosso ramo do Direito, tendo no horizonte o valor social do trabalho e a

dignidade da pessoa humana.

Como apontado por diversos autores, a terceirização obscurece a ideia de *empregador* e, em paralelo, a de *subordinação*, por dissociar o fato do trabalho ao vínculo jurídico que lhe seria inerente. O desajuste teórico alcançou, não só o judiciário frente às novas demandas trabalhistas, mas também o legislador, como ilustra a Lei do FGTS, de 1990. O texto tentou reunir tanto a relação de emprego típica quanto a nova trilateral terceirizante para produzir a definição de empregador e empregado para os fins daquela lei. Assim, de acordo com a Lei 8036/1190, em seu art 15º, § 1º:

“Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se”.

No entanto, acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º, o empregador será “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Vemos, aqui, por conseguinte, o estabelecimento de quatro condicionantes para a constituição jurídica do empregador – as quatro postas em confusão com o fenômeno terceirizante: assunção dos riscos da atividade econômica e admissão, assalariamento e direção dos empregados.

Quanto à *assunção dos riscos da atividade econômica*, de início, aparentemente ambas as empresas estariam a assumi-los, em atividades distintas. Caberia a dúvida, todavia, quanto à classificação da intermediação de mão de obra enquanto atividade econômica - se procurarmos interpretar em conformidade com a Declaração da Filadélfia que

reafirma os princípios da Organização Internacional do Trabalho, entre eles o de que **o trabalho não é mercadoria**. A intermediação de mão-de-obra, logo, não poderia constituir atividade econômica.

Aliás, a empresa contratada se insere no contexto produtivo da tomadora como mera prestadora de serviços, de forma que, exatamente como qualquer trabalhador individual, não assume riscos concernentes àquela produção. Destarte, pressupondo o princípio fundamental da OIT e interpretando a assunção de riscos, *somente a tomadora* desenvolve e, então, *assume riscos de uma atividade econômica*.

Jorge Luiz Souto Maior destaca a importância de trazermos ao debate do conceito de empregador a questão da assunção dos riscos, já que a relação entre ambas as noções foi produto intencional do legislador. Dirá Souto Maior:

“A vinculação da figura do empregador ao risco da atividade econômica tem sentido porque é este que, gerindo a produção, possui os bens corpóreos e incorpóreos necessário à consecução dos fins empresariais. Estes bens, por sua vez, ao mesmo tempo, possibilitam a satisfação do fim empresarial e constituem-se como os garantes naturais do passivo trabalhista que é gerado”<sup>44</sup>.

A *admissão* e o *assalariamento*, não há dúvidas, são incumbências da contratada. Na verdade, aqui reside a razão de ser da terceirização: a relação burocrática e submetida a estatutos mais rígidos - aquela relativa a assalariamento e admissão (que supõe a demissão, por consequência) – é função da contratada. Livrar-se da lida com essas questões é justamente a grande vantagem da terceirização.

No que diz respeito à *direção*, temos um terreno instável. E aqui entrará o segundo conceito obscurecido, o da *subordinação*. Caso a caso, extrai-se quem efetivamente dirige o trabalho do terceirizado, sendo que eventualmente essa função é dividida entre ambas as empresas, com a tomadora atuando

de modo mais genérico e a contratada, mais objetivo. Temos situações em que nem esse cuidado existe, partindo o controle todo da tomadora. Pelo enunciado 331, III, isto é ilegal. A pessoalidade e a subordinação devem permanecer com a contratada. Porém, as nuances do controle e da subordinação são pouco objetivas, o que causa grande desrespeito ao enunciado na prática da produção.

#### 2.1.3.1 A subordinação estrutural

Neste sentido, diante das dificuldades que o obscurecimento do conceito de subordinação vem trazendo à solução de conflitos e com vistas a garantir a efetividade do Direito do Trabalho, o ministro Godinho Delgado propõe uma abordagem estrutural do conceito de subordinação. Para esta perspectiva de análise, diminui-se o papel do comando empresarial na determinação da subordinação e amplia-se a importância da inserção do trabalhador na dinâmica laboral imposta pela estrutura e método do tomador de serviços.

Notadamente em organizações empresariais complexas, o poder diretivo se manifesta muito mais pela presença de manuais de procedimento, de regras de conduta, de métodos de trabalho e sistemas pré-estabelecidos, do que simplesmente pela voz, presença e mando de um chefe ou supervisor. Esclarece Godinho Delgado:

“Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*”<sup>45</sup>.

Assim, a partir do conceito de subordinação estrutural, passa a ser possível superar os anacrônicos entraves ao reconhecimento de formas amplamente difundidas de terceirização ilícita, como

é o caso dos *call centers* bancários, que serão discutidos logo a seguir.

O texto do ministro data de 2006 e, mesmo assim, ainda caminha a passos lentos no judiciário trabalhista, principalmente em sede de primeira instância, a aplicação de noções progressistas que permitem a persecução do objetivo protetor dos conceitos. Enquanto isso, organização empresarial se reinventa a cada primavera.

Assim, ao cabo, vemos confundidos os critérios que configuram o empregador e seu poder diretivo, de maneira que ambas as empresas, tomadora e prestadora de serviços, atendem, ocasionalmente, a alguns deles, ao mesmo tempo em que desatendem a outros. Deste modo, mesmo que não se pretenda desconfigurar a ordem que impede o vínculo com a tomadora, alguma medida deve ser tomada para se assumir a responsabilidade dessa empresa com relação ao trabalho.

#### 2.1.3.2 O terreno esquecido da saúde e do meio ambiente do trabalho

Vemos que, muito além das conhecidas dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores na etapa da execução processual, trazidas pelo peculiar instrumento da responsabilidade subsidiária – que será, juntamente com esses problemas, analisado em próximo tópico -, uma das questões mais importantes trazidas à baila pelo obscurecimento do empregador diz respeito à *saúde e o meio ambiente de trabalho*.

Ao penderem dúvidas quanto às responsabilidades de cada empresa, já que nem os critérios de identificação do empregador são mais verificáveis nessa problemática relação trilateral, as questões relativas ao meio ambiente de trabalho ficam sempre comprometidas e submetidas a um cuidado secundário, quando não inexistente. Sendo o trabalho realizado no estabelecimento da tomadora, ela é responsável por sua higiene? Pela reserva e conservação de espaço para alimentação, de banheiros? Pelos equipamentos de segurança para realização de suas atividades? Enfim, a empresa tomadora é responsável pelo respeito à dignidade e segurança das pessoas que ali trabalham, mas não são seus empregados? Sobre esta questão, discorre Souto Maior:

41. VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*. Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUC Minas, 2006. p. 11

42. VIANA, Márcio Túlio. Op. Cit., p. 11

43. DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit. p. 428-429.

44. SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Op. Cit., p. 122

45. DELGADO, Mauricio Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano XVI, n. 31, mar. 2006.

“Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando às CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O ambiente de trabalho, desse modo, é relegado a segundo plano, gerando aumento sensível de doença profissionais. Essa foi a realidade criada, ou pelo menos incentivada, pelo Enunciado nº 331 do TST, razão pela qual torna-se urgente repensa-lo”<sup>46</sup>.

#### 2.1.4 A questão da responsabilidade

As súmulas são instrumentos normativos jurisprudenciais que buscam, pela via de um procedimento especial de aprovação, criar parâmetros para a harmonização da jurisprudência em algum tema que for levado, repetida e controvertidamente, ao Judiciário. A regra é que enunciado reflita posicionamentos com tendência dominante sobre o assunto, institucionalizando-os.

A súmula 331 do TST, no entanto, não refletiu nenhuma posição precedente, criando regra nova quando estabeleceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos débitos do trabalhador terceirizado. A partir dela, temos que a responsabilidade pelos débitos é da empresa com a qual o trabalhador mantém vínculo – que em caso de terceirização lícita, é a contratada. Mas, verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal, incide a responsabilidade sobre a tomadora dos serviços, a empresa contratante.

O inadimplemento, porém, só se verifica quando cessadas todas as fases do processo de execução, que tende a ser demorado. Tendo em mente o caráter alimentar das verbas de natureza trabalhista, é muito temerária a disposição que condena o trabalhador a desnecessária espera pela oportunidade

de cobrar seus débitos da empresa para a qual forneceu sua força de trabalho e colaborou diretamente para o alcance de seu fim econômico e de seu enriquecimento. Desta forma, nos parece que a responsabilidade solidária é a forma admitida pelo Direito do Trabalho a partir de seus princípios fundantes.

Jorge Luiz Souto Maior, em sua prática na magistratura, percorre o seguinte caminho no sentido de atribuir à empresa tomadora de serviços a responsabilidade solidária. Nos termos do art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, mas poderá resultar da lei ou da vontade das partes. Para alcançarmos o tomador de serviços na prática terceirizante, a *responsabilidade solidária pode ser declarada judicialmente*, com base no postulado jurídico da *culpa in eligendo*: o inadimplemento da obrigação normalmente decorre da fraca idoneidade econômica da empresa terceirizada, fato verificável por antecipação por parte da empresa contratante. O princípio já fundamenta o art. 455 da CLT<sup>47</sup>, que corresponde ao contrato de subempreitada, aplicável analogicamente à terceirização.

Inclusive, atraindo-se a noção de culpa objetiva decorrente de responsabilidade civil, o elemento culpa pode ser até abandonado, através da aplicação da responsabilidade objetiva por ato ilícito. Estabelece o art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Complementando-se com o disposto no art. 924 do Código Civil, que dispõe: “Os

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

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

bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”, e termina em seu parágrafo único: “São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

Tendo como base esse dois dispositivos, declara Souto Maior:

“Assim, uma empresa que contrata uma outra para lhe prestar serviços, pondo trabalhadores à sua disposição, ainda que o faça dentro de um pretense direito, terá responsabilidade solidária pelos danos causados aos trabalhadores pelo risco a que expôs os direitos destes, tratando-se, pois, de uma responsabilidade objetiva”<sup>48</sup>.

## 2.2 TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA

A terceirização bancária compartilha de todas as questões relativas ao modelo genérico de terceirização anteriormente analisadas, mas guarda algumas nuances especiais. A análise do processo de reestruturação bancária se faz essencial para a compreensão da prática no setor, não só por guardar estreitas relações com as novas políticas de gestão trazidas pelo choque de competitividade e pelas necessidades de uma nova configuração político-econômica do país, mas também por atender em termos estratégicos aos anseios da classe empresarial contra um sindicalismo forte como o dos bancários.

### 2.2.1 Reestruturação produtiva no setor bancário

A reestruturação produtiva a partir do paradigma da acumulação flexível alcança as instituições bancárias em duas frentes. De um lado, modifica-as propriamente, como atores no mercado que são, adequando-as ao novo patamar de acumulação. De outro, enquanto conspícuas de um sistema financeiro, são instrumentalizadas como balizadoras de todo o processo de reestruturação, pela importância desempenhada pela esfera

48. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op. Cit. p. 128

financeira no comando da repartição e destinação social da riqueza.

A chamada financeirização da economia domina essa nova etapa de acumulação capitalista, intensificando a velocidade de circulação dos capitais, subjugando o capital produtivo. Abandonam-se parâmetros de regulação internacional, como os do Acordo de Bretton Woods, de forma que a ação do capital especulativo deixa de ser limitada, sendo contidas as forças que visavam disciplinar o livre mercado.

As operações com derivativos desligam-se da chamada economia real “colocando em risco a estrutura que mantém políticas públicas e privadas voltadas à proteção e regulação do trabalho, estabelecendo a partir daí efeitos perversos”<sup>49</sup>.

Construído o cenário de mundialização da economia calcado na financeirização, desencadeia-se processo de ajuste dos atores no mercado de acordo com sua nova forma. Os grandes grupos econômicos reestruturam-se, então, com a finalidade de recuperar margens de rentabilidade e lucro perdidas com a crise, habilitando-se ao novo jogo. Disseminam-se como formas de ajuste aquelas derivadas do modelo de gestão toyotista da produção, aplicando os recursos tecnológicos derivados da microeletrônica, somando-se à terceirização e outras mudanças nas relações de trabalho como contratos precários, flexibilização de jornada, aumento de intensidade no trabalho e arrocho salarial. Essas mudanças são impulsionadas por políticas de governo ao redor do mundo, espalhando-se por todos os setores da economia em diversos países.

No Brasil, a reestruturação bancária foi incentivada, de forma negativa e positiva, pela necessidade de resposta à intensificação da competitividade no

49. SANCHES, Ana Tércia. *Dimensões da difusão tecnológica no setor bancário e a nova divisão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.28deagosto.com.br/news/dimens%C3%B5es%20da%20difus%C3%A3o%20tecnologica%20no%20setor%20bancario%20e%20a%20nova%20divis%C3%A3o%20do%20trabalho/>>. Acesso em 09 de 2012

setor e pela intensa política de ajuste dos governos da década de 1990, cujo direcionamento político seguia os caminhos ditados pelo Consenso de Washington. A exemplo de diversos países, promovem a abertura econômica e implementam diversas medidas de cunho neoliberal. Assim, podemos dizer que, tanto os altos níveis de competitividade quanto as regras para a adequação do país a estes, foram internalizado ao contexto brasileiro pelas políticas econômicas neoliberais dos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso. A abertura econômica, as privatizações e os programas de ajuste são partes de uma política de inserção subalterna do país na economia mundial, a partir da obediência cega às diretrizes internacionais.

O cenário vivido pelo sistema financeiro até meados da década de 80 era marcado pela baixa competitividade e pelos lucros gerados a partir da hiperinflação. Os Planos Econômicos do período, notadamente o Plano Cruzado de 1986, provocam vertiginosa queda dos índices inflacionários, terminando com a era dos ganhos oriundos da inflação, criando um panorama totalmente novo aos bancos no país. As instituições viram-se sob a necessidade de encontrar novas fontes de lucratividade, muitas delas sem sucesso por conta própria, vindo a beirar a bancarrota.

Também ainda na década de 80, identificamos como fatores determinantes das mudanças na configuração do setor financeiro, o fim da exigência da Carta Patente e o advento do Banco Múltiplo. Antes da Constituição de 1988, as instituições financeiras careciam de autorizações conferidas pelo Banco Central para operarem no sistema, as Cartas-Patentes, operacionalizando um controle, pelo governo, do número de instituições e até de agências. A partir do novo texto constitucional, as instituições financeiras que simplesmente preenchessem os requisitos previstos em lei teriam autorização concedida. As exigências de capital mínimo para a abertura de novos bancos também diminuíram. O fim da Carta Patente e as facilidades ao ingresso no sistema representam a transição do sistema financeiro ao regime de livre mercado.

A figura do Banco Múltiplo no Brasil

é inserida pela Resolução 1524/1988 do Conselho Monetário Nacional. Essa resolução adequou o Sistema Financeiro Nacional à organização com base na figura do Banco Universal:

“Tipo de instituição autorizada a atuar em vários segmentos de mercado. A permissão de operação de bancos universais se apoia na ideia de que a intermediação financeira é uma atividade marcada pela existência de economias de escopo<sup>50</sup>. Neste caso, a economia de escopo está na produção de informações e cadastros, utilização dos equipamentos de informática e comunicação, sistemas de pagamentos, monitoramento de clientes e descoberta de novas oportunidades de negócios”<sup>51</sup>.

A multiplicação de instituições financeiras provocada pelas medidas, aliada a um contexto de financeirização e mundialização da economia intensificou a concorrência no setor financeiro, também abalado pelas mudanças no panorama inflacionário. Constrói-se uma nova dinâmica no sistema bancário, que se expande e muda seu perfil de atuação. O fim dos ganhos com a ciranda financeira demanda uma reestruturação, à procura de diversificar a atuação dos bancos no mercado, “difundindo mais sua atuação e reduzindo o custo administrativo unitário médio por transação, e diversificando a certa de produtos

50. Traduzindo livremente a definição de economias de escopo de NICHOLSON, Walter. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 8th Edition, South-Western Thomson Learning, 2002. p. 311: “Para empresas de multiprodutos, é possível que os custos associados à produção de um bem sejam também afetados pela quantidade de algum outro bem sendo produzido. Neste caso, diz-se que a empresa apresenta ‘economias de escopo’.

Assim, economias de escopo se apresentam quando há vantagens na produção de bens diversos, aproveitando-se insumos em comum ou alguma complementaridade entre eles.

51. DIEESE. Relatório Técnico “O processo de Terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil”. Convênio SE/MTE n. 04/2003 - SACC/MTE

46. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op. Cit., p. 122

e serviços bancários oferecidos aos clientes<sup>52</sup>, reorganizar suas estruturas operacionais e reformular estratégias comerciais. Os ganhos com a inflação foram substituídos pelas operações de tesouraria (financiamento da dívida pública com grande volume de recursos, atraídos pelas vantajosas taxas de juros), ampliação das operações de crédito e aumento das tarifas bancárias.

A partir do estudo de Liliana Segnini, o processo de reestruturação do sistema financeiro brasileiro foi coordenado pelo Banco Central, promovendo três modalidades de ajuste:

- 1) Medidas relativas ao número de empresas: compreende falências, fusões e incorporações. Aqui, destacamos o PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), de 1995. Frente às mudanças do mercado, o sistema financeiro nacional encontrou dificuldades de ajuste, demandando medidas que recuperassem sua estabilidade sistêmica, já que diversas instituições encontravam-se em profunda crise, algumas em iminência de quebra. O Banco Central através desse programa, absorvia o passivo de grandes bancos, no intuito de livrar-se do chamado “risco sistêmico”, propiciando estabilidade financeira e incentivando grandes operações de fusões, aquisições e incorporações. O PROES realiza processo baseado na mesma lógica, tornando bancos públicos vantajosos ao mercado, para posterior privatização.

Esses programas de Estado entram no que Segnini chama de ajustes não voluntários. Quarenta bancos sofreram intervenções por parte do Banco Central – os bancos Econômico, Nacional e Bamerindus foram os principais. Diversos outros bancos considerados inviáveis economicamente e financeiramente foram submetidos a ajustes.

52. SANCHES, Ana Tercia. *Terceirização e terceirizados no setor bancário: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical*. 2006. 156 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

Os chamados “ajustes voluntários” foram os operados pelo próprio mercado. Aquisições, fusões e incorporações por iniciativa dos próprios bancos em busca de incremento de produtividade a partir de ganhos de escala, ampliação de redes de agências e de carteira de clientes, aproveitamento de tecnologias e espaços compartilhados. Estudo do DIEESE chamará esse tipo de reorganização de *reestruturação para fora*.<sup>53</sup>

Forte concentração bancária foi a consequência direta dessa modalidade de ajuste, o que provocou intensa redução do mercado de trabalho bancário, “pela eliminação de postos de trabalho superpostos, superposição de agências, reestruturação das formas de gestão, fusão de postos de trabalho”<sup>54</sup>.

- 2) Ajuste na composição dos produtos bancários : o Banco Central aponta para ajustes nas estratégias comerciais do setor, no sentido de manter e ampliar carteiras de clientes e a lucratividade, tudo num contexto de intensa concorrência nesse mercado. Promoveram diversificação do *mix* de produtos e serviços financeiros ofertados. Estudo do DIEESE chamará essa forma de reorganização de *reestruturação para dentro*.
- 3) Ajustes referentes ao aparato regulatório: Temos aqui mudanças no sistema de garantia de créditos e incremento no poder de intervenção do Banco Central na administração dos bancos.

A partir dos ajustes, imprimiu-se toda uma nova configuração ao bancos, que promoveram, dentro de suas próprias instituições, mudanças organizacionais e estruturais, visando a minimização de custos e a adequação a um novo paradigma de atuação e de competitividade.

Arnaldo José Nogueira e Ana Tércia

53. DIEESE. Reestruturação produtiva reduz emprego nos bancos. Boletim. DIEESE, n° 196, julho 1997

54. SEGNINI, Liliana Rolfsen Petrilli. Reestruturação nos bancos no Brasil: Desemprego, subcontratação e intensificação do trabalho. *Revista Educação e Sociedade*, ano XX, n° 68, Agosto/99.

Sanches, em artigos para o Centro de Pesquisas 28 de Agosto<sup>55</sup>, identificam as tendências de inovação praticadas pelas instituições financeiras. A análise conjunta dessas frentes de reestruturação é a chave para a compreensão de todo o fenômeno de redesenho do setor:

- incorporaram e impulsionaram o complexo eletrônico, a partir de constantes processos de automação integrada flexível, informatização e uso de novos equipamentos eletrônicos;
- empreenderam uma profunda transformação nos processos de trabalho, refinando o controle sobre eles, reorganizando cargos e funções;
- transformaram as estruturas e as estratégias empresariais;
- criaram novas bases de competitividade;
- intensificaram a internacionalização como forma de expansão do sistema em vários países;
- criaram uma forte concentração e oligopolização através de alianças tecnológicas, parcerias, *holdings*, *joint ventures*, fusões e aquisições;
- investiram no repasse de etapas de trabalho aos clientes, através do *self service*;
- aprofundaram e expandiram a terceirização.

A expansão das tecnologias da informação desempenha papel central na reestruturação bancária, por tornar possível expressiva redução de custos por

55. NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei Nogueira. *Transformações organizacionais no sistema financeiro e os impactos no trabalho*. Disponível em: < <http://www.28deagosto.com.br/news/transforma%C3%A7%C3%B5es%20organizacionais%20no%20sistema%20financeiro%20e%20os%20impactos%20no%20trabalho/>>. Acesso em 09 de 2012

SANCHES, Ana Tércia. *Dimensões da difusão tecnológica no setor bancário e a nova divisão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.28deagosto.com.br/news/dimens%C3%B5es%20da%20difus%C3%A3o%20tecnologica%20no%20setor%20bancario%20e%20a%20nova%20divis%C3%A3o%20do%20trabalho/>>. Acesso em 09 de 2012

operação. Já em 1993, no início do movimento de reorganização, o Congresso Internacional de Serviços Bancários relevou os valores correspondentes ao custo por operação, quando realizados nas diferentes interfaces de relacionamento com o cliente. A operação financeira pelo autoatendimento (caixas eletrônicos) mostrou-se 50% mais barata que a operação realizada diretamente no caixa das agências. A operação pela internet, por sua vez, exibiu quase 88% de redução nos custos, já àquela época. Em 2009, de acordo com Nogueira, 67% das transações bancárias foram realizadas sem atendimento presencial. A tendência em dar ênfase às transações eletrônicas em detrimento das presenciais nas agências segue até os dias de hoje. Sobre as mudanças no papel da agência na estratégia comercial do banco é analisada por Ana Tércia:

“A agência, como um ponto de convergência entre banco e clientes, mudou sua atuação, assumindo cada vez mais a função de vitrine para venda de produtos dos bancos, já que as inovações tecnológicas disponibilizaram gradualmente mais canais que possibilitavam a realização das operações bancárias (pagamentos, saques, depósitos, aplicações, atendimentos diversos a clientes), fora deste espaço físico”<sup>56</sup>.

Atribui-se à agência nova funcionalidade, dirigida a um público diferenciado. O banco segmenta a clientela de forma a expulsar das agências para os pontos externos de atendimento (internet, postos eletrônicos, correspondentes bancários) a porção de baixa renda que realiza operações simples. A agência passa a ser vitrine de venda de produtos financeiros, cujo mercado tem renda maior. Até mais recentemente, podemos observar a proliferação de agências de atendimento superior dife-

56. SANCHES, Ana Tercia. *Terceirização e terceirizados no setor bancário: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical*. 2006. 156 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

renciado, divididas claramente das demais agências pelo critério de renda e serviços utilizados no banco. A gestão do trabalho é orientada, assim, para a segmentação e concentração no nicho de mercado mais rentável, procurando reduzir o número de clientes nas agências, abarcando a massa dos correntistas em outras interfaces.

As novas tecnologias aplicadas transformam as relações de trabalho, no sentido de precariza-las, flexibiliza-las e reduzir o nível médio dos salários reais. Elas permitem que, “mesmo tendo trabalhadores à distância, as tarefas simplificadas e padronizadas podem ser acompanhadas e utilizadas pelos gestores dos bancos *on line* ou *real time*, graças à interligação entre os sistemas de informação das empresas terceirizadas e o banco”<sup>57</sup>. A pesquisa de Ana Tércia Sanches menciona trecho da Revista HSM Management, que estabelece a relação direta entre informatização e terceirização:

“Investimentos em tecnologia não devem ser subestimados, sob o risco de minar a própria lógica da terceirização. Quanto mais atividades operacionais de rotina uma empresa automatiza, mais fácil e econômica é a tarefa de delega-las a fornecedores terceirizados”<sup>58</sup>.

Logo, a introdução das novas tecnologias de informação e comunicação é essencial ao estabelecimento das práticas terceirizantes nos bancos, possibilitando a exclusão desses trabalhadores subcontratados dos espaços da empresa. Na verdade, grande parte da redução de custos deu-se somente sobre a precarização das condições de trabalho e salários, já que vários procedimentos, anteriormente operados diretamente nos bancos e agora transferidos às subcontratadas, fazem uso das mesmas tecnologias. Assim, o aumento da produtividade emana da intensificação do trabalho, jornadas mais longas, frequentes horas extras. Salários inferior-

57. NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. Op. Cit., p 13

58. SANCHES, Ana Tércia. Op. Cit., p. 43

res, bem como redução dos benefícios sociais atribuídos à categoria bancária, da qual são excluídos os trabalhadores terceirizados, somados ao aumento da produtividade baseado em precarização social, resultam em redução dos custos e consequente aumento da produtividade. É um refinamento da extração da mais-valia.

Para os que permanecem nos bancos, a lógica da competitividade adentra a empresa, condicionando o perfil desejado dos trabalhadores e a vivência dos selecionados. Com a tendência da transferência do foco empresarial das atividades administrativas para as atividades comerciais, o bancário efetivo, a compor o núcleo da estrutura ocupacional, deverá ter um perfil de vendedor ou negociador. Liliana Segnini lista as qualificações desejadas daquele que pretende ocupar postos de trabalho efetivo nos bancos:

“Ser capaz de se adaptar à intensificação do ritmo de trabalho e às demandas dos clientes, disposição para ser competitivo, ser amável, equilibrado, ser capaz de se adaptar às novas situações, ter comportamento social adequado”<sup>59</sup>.

Opera-se, assim, a cultura do capital dentro das instituições, garantindo o controle da força de trabalho a partir da manipulação ideológica, “tratando o funcionário como colaborador e associado da empresa e do sistema financeiro, enfatizando o individualismo e a competição dentro da própria categoria”<sup>60</sup>. A captura da subjetividade operária é trabalhada a partir dos métodos de transformação organizacional, na adoção do modelo de gestão de pessoas por competências. A partir desse cenário, vemos desenvolver-se, sem medida o trabalho por metas e desempenho.

Relatório do DIEESE sobre a reestruturação bancária aborda a questão das novas formas de controle do trabalho, em que aparecem as formas objetivas, mais tradicionais (controle das autenticidades realizadas por dia, por exemplo),

59. SEGNINI, Liliana. Op. Cit., p. 198

60. NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. Op. Cit., p. 14.

somadas a uma política de recursos humanos mais agressiva, que “busca motivar o trabalhador para o objetivo da empresa, seja através do incentivo financeiro ou pela transferência ao trabalhador da função do seu dia-a-dia, agregando função e *status* ao posto de trabalho”<sup>61</sup>. Num contexto de supressão de níveis hierárquicos, os grupos de trabalho possibilitam controles individuais e coletivos dos processos de trabalho, algo como um autocontrole, prescindindo da figura de chefes, eventualmente.

A reestruturação bancária, portanto, é o processo de transformação organizacional nos bancos que introduz novas tecnologias de informação e comunicação que permitem a desejada mudança no foco empresarial, prestigiando as atividades comerciais sobre as administrativas, transformando os métodos e a gestão do trabalho, possibilitando a terceirização e a precarização dos efetivos, os quais percebem intensificação no trabalho, diminuição nos rendimentos e enxugamento da categoria bancária – operado através da supressão de funções e da terceirização. Permitiu lucros exorbitantes aos bancos<sup>62</sup>.

### 2.2.2 Diversas formas de terceirização bancária e as fundamentações legais em sua defesa.

A terceirização nos bancos é realidade que se expande, mas que, sendo ainda controversa, chega em grandes volumes aos tribunais, na busca por vínculos e pelos direitos atribuídos à categoria bancária.

61. DIEESE. Op. Cit., p. 4.

62. O Banco Santander, que adquiriu o banco estadual paulista Banespa e promoveu intensa racionalização produtiva por meio da reestruturação, é objeto do estudo de Nogueira. O banco aplicou fortemente os novos métodos de gestão da força de trabalho, com pressão por produtividade e multifuncionalidade, e baixa remuneração. Os resultados econômicos são notáveis, percebidos, por exemplo, pela Fundação Getúlio Vargas, que aponta o Santander Banespa como o melhor banco de varejo em 2003 e a instituição que mais cresceu no Brasil em termos de rentabilidade sobre o patrimônio. (NOGUEIRA, Armando França Mazzei. Op. Cit., p. 12).

Entraremos no importante debate do papel do Banco Central na introdução da terceirização nos bancos por intermédio dos chamados *correspondentes bancários*, elemento chave para a reestruturação que descrevemos. Ela só foi possível através da permissão concedida por resoluções do Banco Central. Causa-nos profundo estranhamento e preocupação o fato de que essa instituição, cuja função é regulamentar estritamente o sistema financeiro, vem editando, contínua e constantemente, normas trabalhistas.

As demais atividades, tanto terceirizações internas quanto externas diversas do caso dos correspondentes, são trabalhadas a partir do fundamento da súmula 331, sustentando a ideia da atividade-meio e, no caso de bancos públicos, suscita-se também a Lei 8666/93.

Chamaremos de *terceirização bancária interna* aquela que se baseia nas atividades de suporte às agências, centros administrativos e postos de atendimento. Nosso critério é o do *trabalho realizado*, abandonando a ideia do espaço onde são realizadas as tarefas. Assim, os serviços anteriormente típicos de trabalhadores bancários no espaço dos bancos, correspondentes a *etapas* do processo produtivo – trabalhos administrativos e de lida com documentos – e que agora são transferidos a empresas terceirizadas, nos parecem ser atividades internas, constituintes do processo de trabalho nos bancos, independentemente de onde sejam realizadas. O intermediário posiciona-se entre a empresa e os trabalhadores – temos simples intermediação de mão-de-obra.

A *terceirização bancária externa*, no sentido do mesmo critério, é aquela em que todo um processo produtivo é transferido para terceiro – são as atividades de atendimento direto ao cliente, como os correspondentes bancários, promotoras de crédito e *call center*. Por meio dessas atividades é possível começar e terminar todo um pequeno ciclo produtivo, com atendimento ao cliente, realização da operação financeira desejada (concessão de crédito ou recebimento de contas, por exem-

plo), processamento dos documentos relativos à operação e assunção dos resultados econômicos – tudo no mesmo espaço e momento. Corresponde ao esquema de Márcio Túlio Viana de terceirização externa, em que se posiciona o intermediário entre a empresa e o consumidor.

Essa divisão é similar à que o DIEESE realiza em estudo, sob a noção de “grupos típicos”<sup>63</sup>.

#### 2.2.2.1 Terceirização interna

Em nossa definição de terceirização interna teremos as seguintes atividades: *back office* ou retaguarda bancária e tesouraria.

#### a) Back Office ou Retaguarda

Consiste no processamento de documentos. “Envolve a recepção dos malotes encaminhados pelas agências e pelos postos, a conferência do lacre e do material ali depositado, a preparação e o tratamento desses documentos, a captura de cheques e dos documentos a serem processados, a validação e autenticação de títulos, tais como DARF, IPTU, faturas de água, luz, telefone e outros documentos, operações de débito e crédito e o tratamento dos cheques, com vistas à compensação”<sup>64</sup>.

A partir das modificações dos espaços físicos das agências, de acordo com a mudança no paradigma organizacional e de foco de mercado, as atividades de retaguarda e compensação começam a ser terceirizadas. Parte dos processos de trabalho foi eliminada ou terceirizada e transferida para outros locais fora do espaço físico das agências e centros administrativos bancários. Explica Ana Tércia:

“Os serviços de retaguarda e compensação são executados em PSs – Postos de Serviços. Estes locais são, normalmente, pequenos prédios que podem concentrar as atividades de um ou mais bancos,

63. DIEESE. Op. Cit.

64. DIEESE. Relatório Técnico “O processo de Terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil”. Convênio SE/MTE n. 04/2003 - SACC/MTE

podendo agregar mais de uma empresa terceirizada em esquema de parceria”<sup>65</sup>.

O esquema de produção da retaguarda e da compensação trabalha com documentos vindos das agências e principalmente dos caixas eletrônicos. Todas as operações de autoatendimento que prescindem de trabalho vivo são realizadas por terceirizados.

#### b) Atividades de Tesouraria

Compreende a recepção de malotes, abertura, conferência e processamento de numerário procedente das agências e postos bancários e de clientes e preparação de remessas de numerário destinadas ao suprimento de agências e postos bancários e clientes ou depósito no Banco Central do Brasil ou Banco do Brasil.

Essas atividades foram objeto de relatório elaborado pelas Delegacias Regionais do Trabalho do MTE. De acordo com o documento, mencionado no relatório do DIEESE, os trabalhadores envolvidos nessas atividades executam serviços bancários, seguindo rotina pré-estabelecida pelo banco. O controle da produção e a supervisão das operações são feitos por empregados formalmente registrado do banco, através dos “coordenadores” ou “líderes” – gestores das empresas contratadas.

No início do processo de transferência dessas atividades para as empresas terceirizadas, o perfil desejado de trabalhador era o de ex-bancário. Era necessário à empresa terceirizada a contratação de um contingente familiarizado com o serviço a ser desenvolvido. Numa segunda fase, entretanto, chega a ser política de recursos humanos a proibição da contratação de ex-bancários. Para as empresas, o ex-bancário tem conhecimento para estabelecer paralelos entre o processo de trabalho que realizava no banco e o da empresa terceirizada, percebendo o grau de controle a que estava submetido. Normalmente é um traba-

65. SANCHES, Ana Tércia. Op. Cit., p. 68

lhador familiarizado com a vivência sindical e com seus direitos, podendo introduzir a “desordem na ordem pretendida”<sup>66</sup>.

A redução de custos nessa forma de terceirização é operada a partir da redução dos custos do trabalho, pois, como já foi dito, há pouca renovação tecnológica nos procedimentos feitos por esses trabalhadores, em comparação com o que era feito nos bancos. Assim, a precarização é parte central do modelo terceirizante, cujo sucesso nela se funda. Caso notável é o da jornada de trabalho: a dos terceirizados é mais longa, de 8h48 contra as 6h dos bancários efetivos<sup>67</sup>. Assim, segundo a pesquisa de Ana Tércia, são necessários 34 trabalhadores terceirizados para realizar o mesmo *quantum* de jornada total que 50 bancários. Só pelo incremento na jornada contratual, o banco elimina 16 trabalhadores.

O trabalho nas empresas terceirizadas, ainda, é mais intenso e submetido a maior pressão. A empresa subcontratada tem metas de produção a cumprir, as quais são repassadas aos trabalhadores, sem incremento no contingente, mas com aumento nas horas trabalhadas e no ritmo de trabalho. Entrevistas realizadas por Ana Tércia revelam que o trabalho pode chegar a 21 horas em dias de pico. Sobre a intensidade do trabalho nessas ocasiões, revela a autora:

“Para fins comparativos, o número de autenticações de docu-

66. SANCHES, apud Segnini. Op. Cit., p. 77.

67. A jornada de 8h48 é estabelecida já no contrato de trabalho dos terceirizados do setor de retaguarda e compensação. Pelo não enquadramento desses trabalhadores na categoria bancária, eles escapam ao regime de jornada especial estabelecida pela CLT, art. 224, de 6h diárias. Os 48 minutos adicionados são para compensar o trabalho aos sábados, já que, conforme a visão das empresas, elas exercem atividade ligada ao comércio. Todavia, o sistema nacional de Compensação bancária não funciona aos fins de semana, bem como as agências, para as quais diversas empresas terceirizadas prestam suporte direto. Assim mesmo, nas empresas terceirizadas, prevalece a jornada de 44 horas semanais.

mentos exigido de um caixa que faz atendimento ao público nas agências de um grande banco de varejo é de 650 nos dias de pico em uma jornada de 6h horas; já os terceirizados, que realizam a mesma tarefa fora do ambiente bancário (sem a presença física do cliente), para a mesma empresa-mãe, o número de autenticações chega a 250 por hora em uma jornada de 8h48 de trabalho, no mínimo. Portanto, perfaz um total estimado de 2192 autenticações por dia contra 650 do bancário não terceirizado”<sup>68</sup>.

Além da jornada, diversas outras conquistas relativas a salários; benefícios pecuniários e não pecuniários; meio ambiente, segurança e saúde do trabalho são garantidas pela Convenção Coletiva de Trabalho, mas não alcançam os trabalhadores terceirizados. Ana Tércia, em artigo para a Revista *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho*<sup>69</sup>, organizada pela CUT, elaborou tabela comparativa (tabela na pág. seguinte) das relações e condições de trabalho dos efetivos e dos terceirizados, com dados relativos ao ano de 2008:

68. SANCHES, Ana Tércia. Op. Cit., p. 86

69. DAU, Denise Motta (Org.); RODRIGUES, Iram Jácome (Org.) e CONCEIÇÃO, Jefferson José (Org.) *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho* (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: Annablume. CUT, 2009.

	Terceirizados efetivados nas empresas terceirizadas	Terceirizados trabalhando como temporários	Terceirizados trabalhando em dias de pico sem registro (sem registro CP)	Bancários efetivados dos bancos
<b>Local de trabalho</b>	Banco ou empresa terceirizada	Banco ou empresa terceirizada	Empresa terceirizada	Banco
<b>Cargos/funções equivalentes e salários</b>	Auxiliar administrativo: mín. R\$ 500 máx. R\$ 700	Auxiliar administrativo: mín. R\$ 500 máx. R\$ 700	Diarista: valor dia trabalhado de R\$ 13,10	Escriturário: R\$ 1013,64 Caixa R\$ 1416,51
<b>Jornada de trabalho</b>	8 horas e 48 minutos	8 horas e 48 minutos	Média de 10 horas	6 horas
<b>Adicional noturno</b>	20%	20%	Não tem	35%
<b>Ajuda Deslocamento Noturno</b>	Não tem	Não tem	Não tem	R\$ 54,92
<b>Média de autenticações por hora trabalhada (dias de pico)</b>	250	250	250	108
<b>PLR</b>	Não tem	Não tem	Não tem	90% do salário + Valor Fixo de R\$ 966 + parcela adicional (vinculada à variação do lucro)
<b>Vale Transporte</b>	Limitado ao valor de uma condução para a ida e outra para a volta	Limitado ao valor de uma condução para a ida e outra para a volta	Limitado ao valor de uma condução para a ida e outra para a volta	Banco paga gastos com transporte acima de 4% do salário
<b>Ticket Restaurante (vale refeição)</b>	Para empresas que pagam, valor médio, é de R\$6 por dia trabalhado	Para empresas que pagam, valor médio, é de R\$6 por dia trabalhado	Para empresas que pagam, valor médio, é de R\$6 por dia trabalhado	R\$ 15,92 (dias úteis)
<b>Ticket Alimentação (vale mercado)</b>	Para empresas que pagam, R\$100, 00 (mês)	Para empresas que pagam: 50% do valor recebido pelos terceirizados efetivos	Para empresas que pagam, o valor médio é de R\$ 5 (dia trabalhado)	R\$ 272,93 (mês)

	Terceirizados efetivados nas empresas terceirizadas	Terceirizados trabalhando como temporários	Terceirizados trabalhando em dias de pico sem registro (sem registro CP)	Bancários efetivados dos bancos
<b>Auxílio creche</b>	Não tem	Não tem	Não tem	R\$ 196,18
<b>Estabilidade da mulher gestante</b>	Trabalhadoras tem estabilidade durante a gravidez e 30 dias após o parto	Trabalhadoras não tem direito	Trabalhadoras não tem direito	Trabalhadoras tem estabilidade durante a gravidez e 30 dias após o parto
<b>Licença Maternidade</b>	Trabalhadoras tem direito	Trabalhadoras tem direito	Trabalhadoras tem direito	Trabalhadoras tem direito a 120 dias para cuidar do recém nascido
<b>Convênio Médico</b>	Tem com parte subsidiada pela empresa e outra paga pelo trabalhador	Tem com parte subsidiada pela empresa e outra paga pelo trabalhador	Não tem	Tem com parte subsidiada pela empresa e outra paga pelo trabalhador
<b>CIPA</b>	Trabalhadores desconhecem processo eleitoral	Trabalhadores não podem participar do processo eleitoral	Trabalhadores não podem participar do processo eleitoral	Trabalhadores conhecem e participam votando em seus candidatos
<b>Prevenção de Doenças Ocupacionais</b>	Não há	Não há	Não há	No geral bancos possuem SESMT e em algumas instituições há programas próprios
<b>Qualificação profissional</b>	Não há	Não há	Não há	Há programa
<b>Treinamento</b>	Não há	Não há	Não há	Há programa
<b>Representante sindical dos trabalhadores</b>	Há casos isolados	Não há	Não há	Há grande representação sindical na maior parte dos bancos e em todos os estados do país.

O fundamento jurídico em defesa dos modelos de terceirização interna é a tentativa de enquadramento dos casos concretos na hipótese de terceirização lícita da Súmula 331 do TST – aquela que se baseia no critério da atividade-meio. Retomando o texto da súmula, inciso 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”.

Assim, o discurso do empresariado do setor bancário tem como base a descaracterização das atividades administrativas realizadas pelos terceirizados enquanto atividades bancárias, sustentando a ideia de atividades de mero apoio, incompatíveis com aquelas realizadas pelos bancários efetivos. Para a lógica dos bancos, a atividade-fim é a venda de produtos e serviços, aquela realizada em agências, de relacionamento com o cliente – são as atividades da ponta da produção. Esse conceito é bastante restrito e permitiria, se aplicado, a terceirização de todas as outras etapas do processo de trabalho nos bancos. Representando a estratégia empresarial de apropriação da definição de atividade-fim, Magnus Apostólico, Diretor das Relações de Trabalho da Febraban, em entrevista a documentário do Sindicato dos Bancários de São Paulo, fala sobre a terceirização daquilo que é entendido pelos bancos como atividade-meio:

“Dentro do conceito real de terceirização, nós temos, efetivamente, a vigilância, o transporte de valores e algumas funções de back office, que é a preparação de documentos para processamento de compensação. Então, para os bancos, esta coleta de documentos e a sua preparação para o processo de compensação e contabilização é uma atividade completamente secundária”<sup>70</sup>.

Parece-nos, entretanto, que o processamento de documentos – lidando ou não com numerário – é atividade *indispensável* ao fechamento do ciclo de produção típico dos bancos. Operações bancárias não serão completadas sem a correta contabilização dos documentos que lhe dizem respeito. As atividades terceirizadas de retaguarda, compensação e tesouraria são partes do ciclo produtivo, e não mero apoio a ele. Insustentável se mostra, portanto, a estratégia do banco – muito embora seja ocasionalmente vencedora perante juízes ou colegiados com entendimento diverso.

#### 2.2.2.2 Terceirização externa: correspondentes bancários e call center

Conforme o critério explicitado no início do subtópico, consideraremos terceirização externa para os fins desse estudo, a subcontratação de empresas para desempenhar processos produtivos inteiros, intermediando a relação entre empresa e consumidor.

Nesse sentido, podemos destacar os *call centers*. O fundamento da defesa da terceirização nos *call centers* é o mesmo das terceirizações internas, baseado na ideia de atividade-meio do Enunciado 331.

Hoje, a grande maioria das ações trabalhistas nas quais figuram no polo passivo banco e empresa terceirizada são oriundas de terceirização fraudulenta em *call centers*. O trabalho de um terceirizado em uma empresa terceirizada desse setor consiste, basicamente, no atendimento – ativo ou receptivo – de clientes do banco tomador para solução de dúvidas e realização de operações bancárias em conta corrente ou cartão de crédito. Esses trabalhadores – embora em sua maioria sejam **trabalhadoras** – efetivam remotamente o trabalho que caberia a um gerente de contas típico de agência. Abrem contas, fazem transferências, pagamentos, contratam empréstimos, renegociam dívidas, fazem parcelamentos, descontos, alterações de cadastro, emissão de faturas, vendas de seguros, previdência privada,

zado por Instituto Observatório Social (IOS). São Paulo, 2010. DVD-R

pacotes de serviço, capitalizações. Todas as operações básicas de uma agência bancária, tendo amplo acesso a dados cadastrais, movimentações de conta corrente, cartão de crédito, investimentos, restrições cadastrais.

Correspondentes bancários, de outro lado, merecem análise mais cuidadosa. São empresas contratadas para prestar serviços de atendimento ao cliente. Podem ser empresas de outro ramo ou constituídas somente para este fim. Os casos mais comuns são de casas lotéricas, lojas e postos dos correios, farmácias.

A figura do correspondente aparece com a Circular nº 220 do Banco Central do Brasil, de 1973, sob o regime militar. Entretanto, o modelo passou a ser largamente utilizado como solução no fenômeno da *bancarização*. Surgido na década de 90, expressa uma política de ampliação do acesso aos serviços bancários em todo o território nacional e ampliação do microcrédito.

Na prática, o correspondente bancário é reflexo de uma política de redução de custos a partir de um novo paradigma de massificação do atendimento bancário pela via da precarização do trabalho e de suas condições. A ampliação da rede de agências não é de interesse dos bancos, que pretendem terceirizar as atividades típicas desse estabelecimento por meio dos correspondentes, com o aval do Banco Central.

A ampliação dos serviços tipicamente bancários delegados às empresas aptas a atuar como correspondentes data de 1995, com a Resolução nº 2166, sob o Banco Central de Fernando Henrique Cardoso. Pela resolução, os bancos múltiplos com carteira de crédito, financiamento e investimento, as corretoras e as financeiras ficavam permitidos a contratar prestadoras de serviço para realizar operações bancárias. Pelo texto da resolução, em seus incisos, são as operações:

Art. 1º: I - encaminhamento de pedidos de financiamento; II - prestação de serviço de análise de crédito e cadastro; III - execução de cobrança amigável, observando-se os valores, condições e prazos dos contratos celebrados; IV - outros

serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas.

Parágrafo único. Os serviços referidos neste artigo poderão, igualmente, ser contratados diretamente com as empresas comerciais vendedoras dos bens financiados, observadas as condições estabelecidas nesta Resolução.

Em 1999, a resolução 2640 do BC, revoga a anterior, ampliando o modelo de contratação de correspondentes. A novidade trazida pela resolução é a possibilidade de, não só os bancos múltiplos com carteira de crédito, financiamento e investimento e as corretoras e financeiras, mas também os bancos comerciais e a Caixa Econômica Federal contratarem prestadoras de serviço para desempenhar a função de correspondente. Além disso, ampliam-se as atividades que podem ser realizadas por essas empresas, expostos nos incisos do art. 1º:

Art. 1º: I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança; II - recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento; III - recebimentos e pagamentos decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor; IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante; V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos; VI - análise de crédito e cadastro; VII - execução de cobrança de títulos; VIII - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas; IX - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

Nos anos seguintes do governo FHC, teríamos ainda a Resolução 2707/2000, que altera aspectos relativos à responsabilidade das partes no contrato de correspondente, mantendo o rol de ati-

vidades da resolução de 1999. Já em 2002, a Resolução 2953 adiciona os “Serviços Notariais e de Registro” nos estabelecimentos aptos a desenvolver a função de correspondente através de contrato com bancos e financeiras.

Desta forma, no governo Fernando Henrique Cardoso, foram alargados tanto o rol dos estabelecimentos autorizados a contratar empresas prestadoras de serviços para exercer a função de correspondente, quanto as atividades delegáveis a esses estabelecimentos. Como nota Grijalbo Coutinho, são terceirizadas, sob um estatuto jurídico de aparência permissiva, operações nucleares e atividades que justificam a própria existência e um sistema bancário.

Observando as ações do Banco Central daquele governo como reflexos de toda uma política em face do mercado financeiro, Coutinho situa-as no contexto da crise cambial de 1999 – o grande momento de colapso da nova moeda, até então vitoriosa em seus ímpetus de estabilização. A partir desse panorama, explica a aliança entre o governo e o bancos que, muito embora venha desde o PROER, permanece e aprofunda-se a partir da nova crise:

“Com a crise cambial já experimentada em países como México e Rússia, restou exteriorizada a situação de dependência da política econômica de FHC em relação ao sistema financeiro na qualidade de principal credor das dívidas, interna e externa, cujo grande atrativo dos investidores nos títulos brasileiros sempre foi a remuneração exagerada paga pelo governo brasileiro a título de serviços da dívida (juros exorbitantes). Era preciso, em tal ambiente, ser ainda mais dócil aos desejos inesgotáveis do mercado financeiro a partir da crise cambial de 1999, sob pena de fuga de capitais sem pátria, sem qualquer tipo de sensibilidade com os governos que o fizessem crescer de forma vertiginosa nos últimos anos. (...) Entre outras medidas solicitadas pelos bancos no curso da crise cambial que atormentava o governo FHC, o Banco Central editou a Resolução n. 2640, de 25 de agosto de 1999, per-

mitindo a terceirização bancária em quase todas as atividades”<sup>71</sup>

A partir de 2003, com o governo Lula, ao invés de experimentarmos uma virada nas tendências flexibilizantes representadas pelo modelo do correspondente bancário, veremos uma infeliz continuidade, senão um aprofundamento, da terceirização por essa via, promovida pelo Banco Central. A Resolução 3110/2003. Alarga-se consideravelmente o conjunto de empresas aptas a contratar prestadoras de serviço, passando por aquelas já autorizadas pela última resolução, de 2002, para alcançar também associações de poupança e empréstimo e empresas, integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional, conforme texto do art. 1º da referida resolução, com grifos nossos:

Art. 1º Alterar e consolidar, nos termos desta Resolução, as normas que dispõem sobre a contratação, por parte de **bancos múltiplos, de bancos comerciais, da Caixa Econômica Federal, de bancos de investimento, de sociedades de crédito, financiamento e investimento, de sociedades de crédito imobiliário e de associações de poupança e empréstimo, de empresas, integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional**, para o desempenho das funções de correspondente no País, com vistas à prestação dos seguintes serviços: I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança; II - recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento; III - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor; IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante; V - recepção e encaminhamento de

71. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Op. Cit., p 150.

70. TERCEIRIZAÇÃO no setor bancário. Reali-

pedidos de empréstimos e de financiamentos; VI - análise de crédito e cadastro; VII - execução de serviços de cobrança; VIII - recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito; IX - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas; X - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

Como bem observa Coutinho, esse modelo aprofunda e precariza ainda mais a terceirização bancária, ao possibilitar “quarteirizações” ou “quinteirizações” sem fim. Isso ocorre na medida em que as tais “empresas integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional” são já outras prestadoras de serviços, contratadas por bancos e financeiras como correspondentes bancários. A Resolução 3110, portanto, permite que a subcontratada subcontrate e assim por diante, tornando ininteligível o cenário de responsabilizações concernentes ao Direito do Trabalho.

A política representada pela Resolução 3110 vai no sentido de uma popularização do sistema bancário, que caminha ao lado da ampliação e facilitação do crédito popular. Entretanto, antes de simples generosidade do sistema bancário, é importante que observemos o potencial lucrativo que se efetiva a partir desse modelo. Como aponta Coutinho, as atividades facultadas à terceirização pela resolução servem, na primeira e na última ponta da engrenagem produtiva, aos bancos. O dinheiro que circula, agora por mais estabelecimentos, pequenos e pulverizados, provém dos bancos e sua rentabilidade a ele retorna em grande parte. Além disso, a pulverização significa capilarização – ampliação do mercado de serviços bancários, com massificação e crescimento das operações, majorando lucros. O banco alcança grande clientela sem precisar expandir agências ou contratar bancários efetivos abarcados pela Convenção Coletiva Nacional. Alcança pela precarização. Explica Coutinho:

“O banco, responsável pela ‘generosidade’ exteriorizada na concessão do crédito oferecido ao operário, mesmo sendo o elo mais forte

da cadeira, aliás, o único e definitivo elo entre todos os participantes do processo, não utiliza mão de obra contratada diretamente para auferir os resultados financeiros mais expressivos do negócio, delegando a terceiros tarefas inerentes à sua finalidade central para reduzir os custos da mão de obra, cujas consequências daí advindas liquidam os trabalhadores terceirizados e fragilizam os bancários formais”<sup>72</sup>.

O estudo do DIEESE, que resultou num grande relatório sobre os efeitos da terceirização sobre os trabalhadores no Brasil, aborda o problema dos correspondentes bancários sob o prisma do enquadramento em setores econômicos, que reflete no enquadramento sindical. Aponta o relatório que “apesar de concederem crédito e abrirem contas de depósitos, estes funcionários são comerciários dos mais diversos tipos de estabelecimentos ou funcionários do setor de serviços (no caso dos correios e lotéricas)”<sup>73</sup>. Assim, esses trabalhadores realizam trabalho bancário, colaboram para a persecução do fim econômico dos bancos, mas não são considerados bancários, tampouco percebem as vantagens e garantias reservadas aos bancários pela lei ou pela Convenção Coletiva nacional.

A resolução 3110 foi determinante para a grande expansão do modelo de correspondente bancário no país, que alcançou 73.031 estabelecimentos em 2006, contra 18.087 agências, segundo dados da Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) mencionados no relatório do DIEESE.

Entretanto, em 2011, há uma nova investida em favor da precarização pela via dos correspondentes bancários, através da Resolução 3954/2011, agora já no governo da presidenta Dilma Rousseff. A resolução, mais extensa e detalhada, fixa as entidades aptas à subcontratação e promove ligeiras modificações na lista de atividades terceirizáveis por meio do contrato. Excluem-se os serviços de co-

72. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Op. Cit., p 152.

73. DIEESE. Relatório. P 46

brança e adicionam-se os de câmbio. O texto também enfatiza as operações de crédito e arrendamento mercantil, que merecerão capítulo específico. Assim, o rol das atividades, no art. 11 da referida resolução, fica o seguinte:

“I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante; II - realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante; III - recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros; IV - execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários; V - recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante; VI - recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante; VII - Revogado. (Revogado pela Resolução nº 3.959, de 31/3/2011.) VIII - recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e IX - realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, observado o disposto no art. 9º. Parágrafo único. Pode ser incluída no contrato a prestação de serviços complementares de coleta de informações cadastrais e de documentação, bem como controle e processamento de dados.”

Em rápida análise da Resolução 3954/2011 do Banco Central, poderemos encontrar a definição de correspondente para os fins do texto, qual seja a **prestação de serviços de atividade**

**de atendimento a clientes e usuários da instituição contratante.** O atendimento prestado é de responsabilidade da contratante e o correspondente atuará *por conta e sob as diretrizes* da contratante. As operações são realizadas *por meio* do correspondente.

Ora, parece-nos difícil não ver configurado um cenário de terceirização da atividade-fim da instituição financeira, pela via da intermediação de mão-de-obra. Como o restante do texto da resolução também nos mostrará, todos os padrões, normas operacionais e tabelas são definidos pela instituição financeira, o que comunica os processos de trabalho do correspondente com seu contratante. Não há especialização, apenas transferência de espaço e dos custos do trabalho.

O controle e a subordinação não são somente transmitidos pela correia do contrato, mas também podem ser exercidos diretamente. A contratante acompanha de perto os procedimentos com vistas a um controle de qualidade, tem em mãos cadastro com os trabalhadores a realizarem as operações, canal de comunicação permanente com os trabalhadores, além de controles internos adequados ao plano de controle de qualidade. Obscurece-se, novamente, a subordinação.

Ao longo do texto, vemos que se aprofunda a relação de dependência entre a empresa correspondente e a instituição financeira, além das possibilidades de ingerência direta da contratante sobre a contratada. As prerrogativas de extinção do contrato unilateralmente pela contratante são diversas. Muitas medidas são tomadas também para afastar a aparência de identidade entre as empresas, embora na prática estejam intensamente ligadas: a proibição de contratos nos moldes de franquia<sup>74</sup>,

74. “Art. 6º Não é admitida a celebração de contrato de correspondente que configure contrato de franquia, nos termos da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, ou cujos efeitos sejam semelhantes no tocante aos direitos e obrigações das partes ou às formas empregadas para o atendimento ao público.”

impedimento de identificação visual<sup>75</sup> e a necessária externalização espacial do serviço<sup>76</sup>. Quanto maiores as dificuldades em identificar claramente o controle direto da contratante sobre os trabalhadores da contratada, maiores as chances de se afastar judicialmente o vínculo trabalhista com a primeira.

Aliás, em seu art. 10, a resolução estabelece a empresa contratada como empregadora de sua “equipe” – como são chamados os trabalhadores terceirizados pelo texto da resolução. Exige contrato formal de trabalho ou *de qualquer outra espécie*<sup>77</sup> para com essas pessoas naturais. Mais uma vez, a resolução vai no sentido de permitir contratos flexibilizados, inexistindo a proteção celetista dos trabalhadores. Demanda, no entanto, a formalização, na tentativa de promover a constituição clara da contratada enquanto empregadora, procurando blindar a contratante de vínculos trabalhistas.

Quarteirizações também são possíveis, pela continuação do modelo da Resolução 3110/2003, que permite contrato de correspondente com empresas não integrantes do SFN, mas insere a novidade do substabelecimento – obedecidos os critérios e regras da resolução, o contrato de correspondente pode ser substabelecido pela contratada, com anuência da contratante.

Por fim, a resolução permite a contra-

75. “Art. 10. O contrato de correspondente deve estabelecer: II - vedação à utilização, pelo contratado, de instalações cuja configuração arquitetônica, logomarca e placas indicativas sejam similares às adotadas pela instituição contratante em suas agências e postos de atendimento.”

76. “Art. 17-A. É vedada a prestação de serviços por correspondente no recinto de dependências da instituição financeira contratante.”

77. “Art. 10. O contrato de correspondente deve estabelecer: I - exigência de que o contratado mantenha relação formalizada mediante vínculo empregatício ou vínculo contratual de outra espécie com as pessoas naturais integrantes da sua equipe, envolvidas no atendimento a clientes e usuários.”

tação de empresas do mesmo grupo da instituição financeira para realizar serviços de correspondente. Isso significa um aval do Banco Central para que os bancos não mais precisem abrir agências – não haverá interesse. Na verdade, em entrevista ao portal *online* de notícias UOL em 2011, o presidente da Contraf-CUT afirma que número de correspondentes já chega a 200 mil, dez vezes mais que o número de agências, que cresceu timidamente em comparação com a contagem de 2006, mencionada anteriormente.

Em resposta à edição da Resolução 3954, o deputado Ricardo Berzoini apresenta Projeto de Decreto Legislativo (PDC 105/2011) que visa sustar a aplicação da resolução, dos artigos 1º a 21, do artigo 22, incisos I e II e do art. 23, inciso II. Continuariam em vigor os artigos que revogam as resoluções anteriores sobre o assunto. Assim, o texto pretendia acabar com a figura dos correspondentes bancários.

De acordo com o projeto, a resolução não visa a expansão do atendimento bancário nos locais desprovidos de agências, já que não impõe essa condição para a prestação dos serviços. Assim, os correspondentes, prestando tamanha variedade de atividades tipicamente bancárias, constituem verdadeiras “filiais” da contratante. O rol de atribuições dos correspondentes, de acordo com o deputado, aprofunda a crise já vivenciada quanto à legalidade da terceirização de serviços, intensificando também a já conflituosa discussão judicial sobre a caracterização ou não dos empregados dos correspondentes como integrantes da categoria dos bancários.

O projeto questiona, ainda, o caráter das atividades prestadas pelos correspondentes – não são elas consideradas atividades-fim? Se assumirmos a resposta como positiva, a resolução estaria criando “bancários informais”, que realizam atividades exclusivas de empregados de agentes financeiros, privando-os do enquadramento como bancários e alijando-os da proteção sindical.

Ainda em formação, a jurisprudência do TST divide-se entre os entendimentos que *negam* o enquadramento como bancários dos trabalhadores de

correspondentes e entendimentos que *reconhecem* a identidade de funções e o necessário enquadramento. A primeira tese pode ser exemplificada por julgado relatado pela Ministra Dora Maria da Costa, em agravo de instrumento em recurso de revista<sup>78</sup>. Como podemos observar na fundamentação do AIRR 43300-26.2008.5.05.0015, a caracterização da *empresa* é o critério para o enquadramento ou não:

“Não se tratando de instituição financeira, nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595/64, não há falar em violação do referido dispositivo, bem como em contrariedade à Súmula nº 55 do TST. Por conseguinte, não se aplica à reclamante as disposições do art. 224 da CLT”.

De outro lado, os julgados que decidem pelo enquadramento, tem como critério a *atividade* realizada pelo trabalhador na empresa correspondente – se se realiza trabalho bancário, enquadra-se na categoria bancária. Na decisão do AIRR 365-63.2010.5.03.0012, muito mais do que promover a identificação com a categoria bancária para fins de jornada reduzida – que é o proposto pela súmula 55 do TST ao equiparar financeiras a estabelecimentos bancários –, os julgados declaram **terceirização ilícita** na contratação de correspondentes para realização de atividades tipicamente bancárias. São trechos da ementa da decisão relatada pelo ministro José Roberto Freire Pimenta:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.  
ENQUADRAMENTO NA CATEGORIA

78. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. FINANCEIRA. EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. SÚMULA Nº 55 DO TST. O Regional afastou o enquadramento da reclamante como bancária, porquanto a reclamada não é instituição financeira, mas tão somente correspondente bancário, atuando como intermediadora entre as instituições financeiras e os clientes, limitando-se a encaminhar pedidos de empréstimo e de financiamento. Incidência da Súmula nº 126 do TST. Os arestos são inespecíficos, à luz das Súmulas nºs 23 e 296, I, do TST”

RIA DOS BANCÁRIOS.

A Corte regional, soberana no exame da prova, concluiu que o reclamante desempenhava tarefas relacionadas com a atividade-fim da instituição bancária, razão pela qual entendeu configurada a fraude na contratação de empregado mediante empresa interposta e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com o banco reclamado. Dessa forma, para se chegar a conclusão diversa, como pretendem os reclamados, seria necessário o completo reexame de fatos e de provas do processo, o que é absolutamente vedado nesta esfera recursal extraordinária, na esteira da Súmula nº 126 do TST.

BANCÁRIO. HORAS EXTRAS.

Conforme já registrado, a Corte regional concluiu que o reclamante desempenhava tarefas relacionadas com a atividade-fim da instituição bancária, razão pela qual entendeu configurada a hipótese de contratação de empregado mediante empresa interposta e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com o banco reclamado. Nesse contexto, a extensão da aplicação da legislação específica pertinente aos bancários é mero corolário do reconhecimento da condição de bancário do autor, tendo em vista que as atividades por ele exercidas tinham natureza bancária. Por fim, em que pese o artigo 224 da Consolidação das Leis do Trabalho dispor acerca da duração da jornada do bancário, não faz referência à natureza das atividades por ele desenvolvidas, razão pela qual não se cogita de ofensa à literalidade do mencionado dispositivo”.

### 2.2.3. Banco Central: editor de normas trabalhistas?

Muito embora algumas decisões judiciais encontradas sobre o tema dos correspondentes bancários negasse fundamentações com base nas resoluções do Banco Central, o fato é que na prática elas permitem e criam situações concretas de terceirização ilícita, de intermediação de mão de obra para realização de atividades-fim da instituição

financeira contratante, aviltando normas constitucionais, a Consolidação das Leis do Trabalho, tratados internacionais e convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Em concreto, os correspondentes bancários são uma ferramenta de redução de custos do trabalho para os bancos, na medida em que se transferem atividades tipicamente bancárias para empresas interpostas, promovendo a extração da mais valia indiretamente, porém majoradamente, por meio do desvio às conquistas da fortalecida categoria bancária, representadas pelas normas especiais da CLT e pela Convenção Coletiva Nacional. São trabalhadores mais baratos, desvinculados dos bancos, realizando operações diretamente bancárias, trabalhando para a assunção dos resultados financeiros daqueles. A expansão dos correspondentes enxuga a categoria bancária – como vimos, os bancos não tem mais interesse em abrir agências, além de diminuir o contingente nas agências pela preferência e incentivo ao atendimento em interfaces não presenciais alternativas –, o que resulta em enfraquecimento das greves, diminuindo o poder de barganha da classe, que a cada ano observará menos conquistas na negociação.

Assim, de pronto, podemos constatar a *inconstitucionalidade* da Resolução 3954/2011 do Banco Central, por usurpação de competência do poder Legislativo. A competência para legislar sobre Direito do Trabalho é exclusiva do Congresso Nacional, conforme o art. 22, I da Constituição Federal. Mesmo que pretensamente direcionada à regulamentação do mercado financeiro, a resolução que normatiza os correspondentes bancários permite, irregularmente, a intermediação de mão de obra e a terceirização de atividades-fim, criando norma de Direito material do Trabalho. Mesmo que eventualmente – mas não sempre – rechaçado pelo judiciário, o texto do Banco Central, ao disciplinar matéria de natureza eminentemente trabalhista, cria situações concretas no mundo da vida, sem estar constitucionalmente autorizado a tanto. Como aponta Grijalbo Coutinho, com os correspondentes

bancários encontramos:

“uma transformação regressiva das relações de trabalho no sistema financeiro e bancário, a ponto de o lucro cada vez mais quantitativo dos bancos estar diretamente associado à redução de custos advindos da terceirização de mão de obra (mais valia em larga escala), quadro esse fruto, em boa medida, da generosidade dos governos FHC e Lula com setores da economia que não precisam desse tipo de proteção do Estado. Todas essas normas do Banco Central editadas a pretexto de regulamentar os negócios jurídicos entre os bancos e empresas prestadoras de serviços, interferem de modo direto nas relações de trabalho dos bancários brasileiros, provocando uma redução drástica de direitos dos trabalhadores”<sup>79</sup>.

Embora o atentado à Constituição já seja em si suficiente para rechaçar todo o conteúdo da Resolução 3954/2011, podemos destacar ainda a ofensa aos tratados da ONU e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), por afronta ao gozo dos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores alijados da categoria bancária e das vantagens e garantias dela decorrentes. Também inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, atingidos pela precarização típica do fenômeno. Violação que merece apontamento é a de normas previstas em Convenções da OIT, ns. 100 e 111. São convenções que afirmam a impossibilidade de existência de discriminação em relação ao salário de trabalhadores que realizam as mesmas funções.

79. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Op. Cit., p 167

### 3. A EXPERIÊNCIA DOS BANCÁRIOS DE SÃO PAULO

Em termos de atuação coletiva e sindical em reação ao aprofundamento e expansão do fenômeno terceirizante, os empecilhos trazidos pela questão do enquadramento sindical são determinantes para o cenário de lutas contra a precarização. Na verdade, o empecilho não é acidental: o entrave à coletivização da luta por meio do modelo de enquadramento sindical da terceirização é intencional e compõe sua a estrutura e sua a própria razão de ser.

#### 3.1 ENQUADRAMENTO SINDICAL NO BRASIL: A PERSISTÊNCIA DO MODELO CORPORATIVISTA

O Direito Coletivo do Trabalho no Brasil é profundamente orientado pelo ideário corporativista, trazido do modelo fascista italiano pelo governo de Getúlio Vargas. Foi adotada a doutrina de Oliveira Viana na legislação sobre associação sindical, que em seguida viria a determinar o conteúdo sobre o tema na Consolidação das Leis do Trabalho, com diversos dispositivos vigentes até os dias de hoje, recepcionados pela Constituição de 1988.

O modelo corporativista remonta à Itália de Mussolini e tem na Carta del Lavoro e na Lei Rocco suas expressões trabalhistas. No primeiro documento, uma carta de princípios, a declaração III determinava que os sindicatos de empregados e empregadores fossem constituídos por *categorias*. Numa sociedade marcada pela onipresença do Estado, por um ideário total de nação, as associações deveriam corresponder à manutenção do Estado, tendo nele o seu próprio fim, sendo “instrumento a serviço do novo ordenamento econômico”, conforme Giuseppe Bottai. A negação da luta de classes, inafastável de acordo com a teoria marxista, que nesse sentido propugnava a colaboração entre os fatores da produção. Assim, a sindicalização por categoria cumpria um papel fundamental na supressão da identidade de classe, por promover a associação por interesses determinados de certo setor econômico. Explica Arion Sayão Romita:

“A categoria social, neste regime, é a que vem a ser identificada pelo exercício de uma mesma atividade profissional, qual seja, a categoria profissional, caracterizada por interesses comuns a um espírito comum (psicologia profissional). Superava-se, assim, o conceito de formações de classe, com vistas à supressão da greve. O problema fundamental – afirmava Alfredo Rocco – reside na proibição de justiça particular das categorias e das classes, impedindo-as de fazer justiça com as próprias mãos. Incumbia ao Estado, em última análise, disciplinando os conflitos de trabalho; organizar a produção nacional”<sup>80</sup>.

A ideia de sindicalização por categoria profissional está necessariamente articulada com o modelo do sindicato único (unicidade sindical) e com o enquadramento sindical prévio e obrigatório. A eliminação do conflito de classes passava também pela supressão da competição entre sindicatos, representada pela figura do sindicato único. A pluralidade, para a doutrina corporativista, é fonte de desordem e indisciplina, além de possibilitar a formação de sindicatos por partidos.

Complementando o objetivo da unicidade está o enquadramento sindical prévio, conforme a atividade econômica realizada pelo trabalhador, que por sua vez é determinada pela categoria econômica do empregador. No corporativismo, o enquadramento é essencial para regular o ordenamento das associações profissionais. A identificação dos interesses que caracterizarão cada categoria é função do Estado, que escolheu, aqui, organiza-los conforme a categoria econômica do empregador. O modelo inibe a criação espontânea de sindicatos, projetando uma homogeneidade de interesses coletivos em face da identidade ou semelhança de atividade profissional.

No Brasil, a organização corporativa está presente nos dispositivos sobre a sindicalização na Consolidação das

80. ROMITA, Arion Sayão. *O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 58

Leis do Trabalho, adotando-se, inclusive, a mesma terminologia do modelo italiano – *categorias econômicas* e *categorias profissionais*. Dirá Romita sobre o modelo brasileiro:

“Os sindicatos, entre nós, não desfrutam autonomia para fixar seus quadros de representação. Estes são estabelecidos, de antemão, pela própria lei, segundo critério que opõe uma categoria profissional a uma categoria econômica. É a atividade da empresa que se enquadra na categoria econômica; a vinculação daquele tipo de empresa determina, por sua vez, a categoria profissional dos trabalhadores. Por isso não são as categorias profissionais que se organizam e se impõem ao Estado, mas este que organiza as categorias profissionais”<sup>81</sup>.

Percebemos, assim, que, com aval do Estado, **cabe, na prática, ao empregador a escolha do sindicato a representar seus trabalhadores**, na medida em que ele tem o poder exclusivo de classificar sua própria atividade econômica. O enquadramento em categoria econômica é livre para o empresário, mas nunca para o trabalhador – ao escolher-se uma categoria econômica, de imediato corresponde uma categoria profissional, cujo sindicato enquadrará, prévia e obrigatoriamente, os trabalhadores daquela empresa. Vemos aqui um temerário precedente para um horizonte de liberdade sindical, já tão maculado pelos arcaicos institutos da unicidade e da contribuição compulsória.

### 3.2 O ENQUADRAMENTO SINDICAL DOS TERCEIRIZADOS

A terceirização já se mostra bastante prejudicial à organização coletiva dos trabalhadores pela pulverização espacial e identitária da classe, ao dispersá-la e dividi-la entre centro e periferia a partir de um paradigma de precarização. Porém, encontramos especial lesão à organização sindical no modelo de enquadramento estabelecido pela lei brasileira. A partir dele, como mostra-

mos, a categoria profissional a enquadrar os trabalhadores é estabelecida pela categoria econômica que o empresário escolhe encaixar-se – que no caso das empresas terceirizadas costuma ser sempre diversa da categoria da empresa tomadora de serviços. Assim, o sindicato a representar os trabalhadores terceirizados será diverso do sindicato dos trabalhadores efetivos predominantes na empresa contratante. Isso constitui um sério entrave à organização coletiva de trabalhadores que guardam estreitas relações entre si por compartilharem da mesma empresa que prestam serviço, até da mesma atividade, por vezes. A organização coletiva sofre em diversos aspectos: na identificação e massificação de reivindicações comuns; na organização para negociação coletiva e para instrumentos de pressão, como a greve; para identificar problemas referentes ao meio-ambiente de trabalho. Além disso, a categoria dos terceirizados é excluída dos direitos garantidos à categoria efetiva majoritária, que detém melhores salários, benefícios e condições de trabalho, em sua maioria conquistados pela via da negociação coletiva, estabelecidos em Convenção Coletiva de Trabalho, além de por regras mais benéficas advindas da própria lei.

Tendo como eixo a ideia do sindicato como ponto de convergência de identidades coletivas com vistas a uma atuação classista – que podemos encontrar a partir de interpretações da Constituição -, o modelo de enquadramento sindical aplicado aos trabalhadores terceirizados é descolado dos princípios que balizam a ordem constitucional, de ser coletivo, de sindicato, de atuação, ação e representação sindicais. Conforme nos explica Godinho Delgado:

“A ideia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, os quais servem a dezenas de diferentes tomadores de serviços, integrantes estes de segmentos econômicos extremamente díspares, é simplesmente um contrassenso. Sindicato é unidade, é agregação de seres com interesses comuns, convergentes, unívocos. Entretanto, se o sindicato constitui-se de trabalhadores com diferentes formações

profissionais, distintos interesses profissionais, materiais e culturais, diversificadas vinculações com tomadores de serviços – os quais, por sua vez, tem natureza absolutamente desigual -, tal entidade não se harmoniza, em qualquer ponto nuclear, com a ideia matriz e essencial de sindicato”<sup>82</sup>.

Desta forma, Delgado defende a representação do trabalhador terceirizado pelo sindicato da categoria profissional predominante. Dirá ele:

“Somente pode ser organização sindical efetivamente representativa da categoria profissional do trabalhador terceirizado aquela entidade que represente, também hegemonicamente, os trabalhadores da empresa tomadora de serviços do obreiro! Toda a formação profissional, seus interesses profissionais, materiais e culturais, toda a vinculação laborativa essencial do trabalhador terceirizado, tudo se encontra direcionado à empresa tomadora de serviços, e não à mera intermediária de mão-de-obra. A real categoria profissional desse obreiro é aquela em que ele efetivamente se integra em seu cotidiano de labor”<sup>83</sup>.

### 3.3 TERCEIRIZAÇÃO NOS BANCOS E O SINDICATO DOS BANCÁRIOS DE SÃO PAULO

O Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região vem, desde o início da década de 90, promovendo intensa luta ao lado dos trabalhadores terceirizados contra a precarização de suas condições de trabalho, seus salários desiguais e contra todo um movimento terceirizante no sistema bancário, que vem se ampliando ao longo dos últimos vinte anos, corroendo e enfraquecendo a categoria bancária. A luta, ao cabo, é contra a própria terceirização.

Entretanto, como mostrado, os tra-

82. DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 469

83. DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 469

balhadores terceirizados não são representados pelo Sindicato dos Bancários de São Paulo, sendo enquadrados nas bases de sindicatos os mais diversos, conforme a classificação econômica das empresas que os contratam, embora trabalhem para os bancos em atividades indispensáveis à persecução dos fins econômicos daquelas instituições financeiras.

Assim, temos uma extensa lista de sindicatos que atuam na representação desses trabalhadores, que por sua vez trabalham em variadas empresas. Percebemos aqui, a oposição entre um capital cada vez mais concentrado em conglomerados e grupos econômicos, e uma classe trabalhadora em contínua pulverização e fragmentação, não só em termos de espaço, mas de identidade de classe.

Na região da capital, em São Paulo, identificamos os seguintes sindicatos: Sindpd (Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Tecnologia da Informação do Estado de São Paulo), Sintetel – SP (Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações no Estado de São Paulo), Sinratel (Sindicato dos Trabalhadores em Telemarketing), Sindeepres (Sindicato dos Empregados em Empresas Prestadoras de Serviços a Terceiros), Sindicato dos Comerciantes e o Sindicato (Sindicato dos Empregados de Agentes Autônomos do Comércio e da Administração de Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e de Empresas de Serviços Contábeis no Estado de São Paulo). Como nos mostra a pesquisa de Ana Tércia Sanches, o prejuízo da existência de tantos sindicatos já começa na disputa entre os dirigentes sindicais pela representação desses trabalhadores, com vistas à ampliação de sua base para o recebimento do imposto sindical.

Com representação pulverizada, os trabalhadores terceirizados ficam enfraquecidos em termos de luta coletiva. O Sindicato dos Bancários de São Paulo assume, nesse sentido, um protagonismo na defesa dos direitos desses trabalhadores já em 1990, fazendo constar da minuta de reivindicações da categoria bancária uma cláusula de vedação à interposição de mão de obra. Em 1993, por força de polêmicas referentes à fragilidade do sigilo bancário frente ao tra-

balho terceirizado, a Fenaban assina a Carta Compromisso, onde estende os direitos previstos na CCT aos trabalhadores terceirizados da Compensação. Este acordo, entretanto, foi repetidamente descumprido pelas empresas terceirizadas, que não participaram de sua elaboração. Já em 1995 os bancos cederam na inclusão de uma cláusula na Convenção Coletiva de Trabalho que criava Comissão Paritária sobre Terceirização, que tempos depois será chamada de Mesa Temática.

Muito além de uma luta no plano institucional da negociação coletiva, o Sindicato dos Bancários de São Paulo protagonizou importantes práticas de resistência ao lado dos trabalhadores terceirizados. Sobre a luta política nesse sentido, explica-nos Ana Tércia Sanches:

“O processo de resistência no movimento sindical bancário se estruturou com base no cumprimento da Carta Compromisso, na busca pela igualdade de direitos entre terceirizados e bancários, como também derivou dos demais problemas relacionados às relações de emprego e às condições de trabalho que envolviam os trabalhadores terceirizados no dia-a-dia. A partir desses elementos desencadeadores, geraram-se diversas paralisações nas empresas terceirizadas”<sup>84</sup>.

Ana Tércia destaca o valor das paralisações em termos de efetividade na pressão aos empregadores. Segundo sua pesquisa, foram detectadas 25 paralisações entre 1990 e 2002 em empresas terceirizadas. A prática da luta política, dificultada pelo maior poder relativo dos empregadores das empresas terceirizadas sobre seu contingente de trabalhadores (consubstanciado pelas constantes ameaças – muitas vezes efetivadas – de demissão, transferência de local de trabalho etc), precisou ser diversificada, sempre com vistas a surpreender as empresas e evitar retaliações aos trabalhadores, incrementando seu nível de adesão destes e consequentemente sua eficácia em termos de pres-

são. Dentre essas novas formas de luta coletiva, Ana Tércia nos conta sobre as Operações

“Kinder-Ovo”, paralisações surpresa:

“Na dinâmica da construção das paralisações, era combinado dia, hora e local ou até mesmo em quais locais os serviços seriam paralisados. A surpresa era um elemento a favor dos manifestantes, pois, ao escolher os dias de pico, marcados pelo grande volume de trabalho, faziam com que os donos das empresas terceirizadas se desesperassem para cumprir os horários previstos nos contratos firmados com os bancos, e isso era o que fazia que estes respondessem a algumas demandas colocadas e/ou agendassem negociação para resolver os problemas apresentados”<sup>85</sup>.

Dificuldades eram impostas à luta dos trabalhadores de forma constante, através de práticas patronais – truculência e repressão policial à organização de manifestantes -, e pela recusa de aceitar o Sindicato dos Bancários como interlocutor político, por não ser representante legal daqueles trabalhadores. A resistência foi marcada por demissões, que por sua vez desencadearam protestos por toda a cidade de São Paulo, congregando bancários e terceirizados – protestos marcados por humor e um espírito lúdico, com vistas à adesão também da população.

81. ROMITA, Arion Sayão. Op. Cit., p. 63

84. SANCHES, Ana Tércia. Op. Cit., p. 106

85. SANCHES, Ana Tércia. Op. Cit., p. 108

#### 4. A DICOTOMIA COMBATE VERSUS REGULAMENTAÇÃO

A luta contra a terceirização tem fundamento na luta primária da classe trabalhadora contra a espoliação do capital. A linha a ligar terceirização e precarização é direta, o que faz desse fenômeno um dos mais importantes focos de resistência dos trabalhadores no capitalismo atual, por constituir prática de fragmentação bastante efetiva, não só ao conjunto de direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo de muitos anos no Brasil, mas principalmente à identidade destes enquanto classe.

Assim, a disputa pelo protagonismo na determinação do futuro do fenômeno passa a ser decisiva, sendo encampada, não só no âmbito da política, mas também no do Direito. A articulação desses dois espaços é necessária para qualquer atuação que se pretenda perene. A classe trabalhadora, pretendendo assumir a frente desse processo, trava agora o debate sobre as formas de ação, a partir de uma discussão elementar à própria esquerda: combater para eliminar ou regulamentar para amenizar? Existiria mesmo essa dicotomia?

#### 4.1 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO: OCUPANDO O DIREITO

A regulamentação da terceirização, para parte da classe trabalhadora organizada, não só é maneira de combatê-la, mas necessidade. A luta contra a terceirização se mostra, primeiro, como uma disputa sobre seus conceitos e seu alcance, cuja orientação precisa ser dada por aqueles que mais sofrem suas nefastas consequências: os trabalhadores. Para esta vertente de pensamento, parte-se do pressuposto de que seria possível, mesmo no espaço capitalista, a constituição de bases igualitárias em nossa sociedade. A terceirização, nesse sentido, está no centro dessa disputa.

A velocidade das mudanças impostas pelo capital a ele mesmo, e a complexidade dos fenômenos em curso, comprometem sobremaneira a qualidade de nossa compreensão sobre eles, e como consequência podemos perder referências importantes na orientação das disputas sociais travadas.

A referência central é a de uma luta

**distributiva**, que depende de marcos regulatórios gerais que possibilitem avanços a padrões diferenciados de relações de trabalho<sup>14</sup>. O processo de regulamentação está, portanto, no foco da disputa, ao observarmos as condições precarizantes a que estão expostos os trabalhadores e do ponto de vista da centralidade do fenômeno na organização capitalista. Essa proposta tem como condição, entretanto, a capacidade de converter a estrutura institucional em prol dessa referência. Será preciso ocupar o direito através da política.

No entanto, estaria a regulamentação (aqui entendida, naturalmente, como a regulamentação orientada pelos interesses dos trabalhadores) não só como um parâmetro desejável, mas como um posicionamento necessário na atual conjuntura, para que se evite o retrocesso no padrão das relações e condições de trabalho no Brasil, em detrimento das importantes lutas e conquistas da classe na história recente. A possibilidade desse retrocesso se desenha de forma real, a medida que o capital já se organiza para essa disputa.

As conquistas recentes da classe trabalhadora criaram uma situação extremamente incômoda para as empresas a tal ponto que, paradoxalmente, a elas interessa uma regulamentação da terceirização. É importante que isso seja reconhecido, pois esse interesse não só as faz atuar no sentido de criar obstáculos, mas também atuar de modo **propositivo**<sup>86</sup>, buscando uma regulamentação que defenda seus interesses, de forma a engessar no plano institucional as mudanças precarizantes que o capital enquanto classe não foi capaz de fazer através das tentativas de flexibilização da CLT no últimos anos. A luta, para o empresariado, passa a ser à margem da CLT, mas não menos destrutiva para os direitos dos trabalhadores. Assim, tendo em vista que o capital já ocupa sua posição no jogo da disputa político-institu-

86. LUCIO, Clemente Ganz. Seminário Acadêmico do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/index.php/component/content/article/238>>. Acesso em 18.09.2012

cional pelo marco regulatório, a formulação estratégica da classe trabalhadora se torna bastante complexa.

A terceirização, dessa forma, exemplifica a maneira da transformação social na democracia capitalista. Dado o problema e dada a possibilidade da mudança no padrão regulatório, ele terá de ser feito pelas regras do jogo constituídas na sociedade brasileira. Todo um processo de constituição de uma base no Legislativo – composto em grande parte por representantes da classe empresarial -, de uma articulação do Executivo - bastante comprometido com a classe empresarial que o financia -, e do Judiciário – historicamente conservador -, é o caminho a ser percorrido para a constituição do marco regulatório orientado pelos interesses dos trabalhadores, e esse é a maneira de construir mudanças dentro da democracia capitalista.

Para fins de uma regulamentação benéfica aos trabalhadores, a definição de atividade-fim e atividade-meio e a determinação da forma da responsabilidade – solidária ou subsidiária -, são temas centrais. Entretanto, há grandes dificuldades no debate do primeiro tópico, cujas consequências na realidade das relações de trabalho, entretanto, podem ser enfrentadas pela determinação da solidariedade. Assim, de forma a inibir atividades predatórias de terceirização, destacam-se as seguintes diretrizes:

Proibição de atividade econômica de alocação de mão-de-obra

Desenvolvimento de um sistema de cadastro que discriminasse de forma mais clara a atividade econômica, os sócios das empresas e o regime em que elas operam. O sistema viria para coibir uma prática bastante comum em empresas terceirizadas, de rápido nascimento e morte sem rodar o quadro de funcionários, em clara burla à legislação tributária e trabalhista.

Definição da finalidade das empresas. Importante para assunção de responsabilidades, não só com base na legislação do setor a que pertence, mas do setor para o qual preste serviços. Indispensável no que diz respeito a normas de segurança e saúde, bem como direitos de categorias especiais.

Mudanças na organização sindical, com vistas ao enquadramento sindical

dos terceirizados ao sindicato da categoria predominante, independentemente de atividade-fim ou meio.

#### 4.2 PELO FIM DA TERCEIRIZAÇÃO: NÃO HÁ COMO HUMANIZAR A EXPLORAÇÃO

A dificuldade da postura pró-regulamentação é a de que se assume a existência válida de um contrato de trabalho estranho às conquistas do emprego formal representadas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Confundem-se conceitos basilares ao que se entende hoje por Direito do Trabalho, obscurecendo-o, negando-o, abrindo caminhos válidos de desvio. A CLT é flexibilizada por ser ignorada.

A terceirização é um desrespeito à dignidade do trabalho e do trabalhador. Aprofunda uma lógica história de extração da mais-valia, atingindo níveis de sofisticação que fogem dos padrões ligados à proteção dos direitos dos trabalhadores, escapando a ela. Mas, para além da fuga aos direitos, a terceirização representa **segregação**, a criação de uma subclasse, em que a exploração se baseia numa concorrência entre os trabalhadores: forma-se um sistema em que o mais explorado forma a base de sustentação do menos explorado<sup>87</sup>.

A tentativa de humanizar a terceirização é impossível. É necessário que se produzam raciocínios emancipatórios da condição humana dentro de uma sociedade capitalista. Assim, assumir uma postura contrária à terceirização é pressuposto básico para que se assumam um ponto de vista crítico da sociedade em que vivemos.

A terceirização, hoje, é representação de um modelo de produção que não está só na fábrica, mas que impõe um modo de vida, um modo de ser, de coabitar e de existir<sup>88</sup>. Uma regulamentação que pautada na perspectiva de uma lógica de que todos os direitos

87. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Seminário Acadêmico do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/index.php/component/content/article/238>>. Acesso em 18.09.2012

88. SOUTO MAIOR. Op. Cit

devem ser **pagos**, deixa de lado a discussão sobre os valores que se pretende para essa sociedade. O terceirizado continua sendo terceirizado, os valores embutidos na lógica da terceirização se preservam. Pode-se trabalhar no sentido de diminuir sua perversidade, mas o debate precisa ser estendido para o que representa a terceirização, de forma a impedir que os valores ali impregnados sejam vencedores, sobretudo o valor do **desvínculo**, da transformação de tudo em mercadoria.

#### 4.3 A ATUAL CONJUNTURA

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional diversos Projetos de Lei direcionados à regulamentação da terceirização. Dois são os principais a representar os interesses da classe empresarial: o PL nº 4302-C, do Executivo, apresentado em 1998 pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, com substitutivos e o PL nº 4330/04 que, com o substitutivo do Deputado Roberto Santiago, representa o principal projeto patronal em andamento. Em contrapartida, o projeto do Deputado Vicentinho (PL 1621/07) traz muitas das reivindicações dos trabalhadores para a regulamentação da terceirização.

Em Outubro de 2011 o Tribunal Superior do Trabalho realiza sua primeira audiência pública para coleta dos elementos técnicos necessários à melhor compreensão socioeconômica do fenômeno da terceirização. Cerca de 40 especialistas foram ouvidos para que se estabelecessem os principais eixos da discussão sobre o tema, de modo a construir o futuro do posicionamento do Tribunal em face da questão, além de balizar politicamente as tendências relativas ao tema.

Após a audiência pública, foi idealizado o Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, que vem se movimentando no sentido de articular os setores da Academia comprometidos com a problematização do desenvolvimento econômico brasileiro e com o futuro do Direito do Trabalho, e o movimento sindical envolvido no combate aos resultados perversos da terceirização sobre os direitos e o dia-a-dia dos trabalhadores. O Fórum vem, em reuniões e seminários, anga-

riando apoio e recentemente construiu um manifesto com o intuito de pautar a discussão acerca da regulamentação da terceirização, a partir da análise de que o espaço político de disputa do tema deve ser ocupado. É o manifesto:

“Nos dias 4 e 5 de outubro deste ano foi realizada em Brasília a primeira Audiência Pública promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho,

TST, tendo como tema a “Terceirização da mão de obra”. Participaram do evento tanto representantes de empresas quanto dos trabalhadores, pesquisadores e estudiosos do tema e que apresentaram diferentes visões sobre a Terceirização. A iniciativa louvável demonstra a disposição do TST de proceder à interlocução com os agentes envolvidos com as questões judicializadas, que, especialmente no caso em questão, concernem e afetam o conjunto dos trabalhadores e da sociedade brasileira.

Como continuidade desse encontro e reunindo aqueles que se manifestaram criticamente à Terceirização em nosso país, dirigimo-nos às instituições de regulação do direito do trabalho, ao Poder Legislativo e à sociedade como um todo, com o objetivo de chamar a atenção e demandar ações imediatas e plenamente exequíveis para reduzir os gravíssimos problemas sociais provocados pela Terceirização do trabalho.

Pesquisas desenvolvidas por diversas instituições, nas últimas três décadas em todos os setores econômicos e regiões do País, evidenciam o crescimento sem controle da Terceirização e a tendência, já verificada em alguns setores, de redução do quadro de empregados efetivos invertendo o número de efetivos em relação aos subcontratados/terceirizados.

Revelam também, invariavelmente, a precarização das condições de trabalho, expressa nas situações de riscos, no número de acidentes e adoecimentos, bem como nos baixos níveis salariais, maiores jornadas de trabalho, maior rotatividade, desrespeito às normas de saúde e segurança, bem como no índice de inadimplência dos direitos traba-

lhistas. Uma precarização atestada pelos depoimentos dos sindicatos, das centrais sindicais, dos estudiosos do mundo do trabalho e, especialmente, pelos trabalhadores e trabalhadores que padecem cotidianamente o flagelo da Terceirização.

No plano subjetivo, os trabalhadores, tanto terceirizados, quanto diretamente contratados, sofrem com os empecilhos à criação de identidades coletivas nos locais de trabalho. Os subcontratados, em especial, têm dificuldades para construir laços de pertencimento nos espaços onde passam a maior parte da vida e onde têm sido discriminados e tratados como de “segunda categoria”. A regulamentação das relações de trabalho no nosso país, por conseguinte, se enfraquece com a fragilização da capacidade de organização coletiva dos trabalhadores e de seus sindicatos.

Ao contrário do que é cinicamente propalado por agentes diretamente interessados, a Terceirização não gera (nem pode gerar) empregos, na medida em que não é no mercado de trabalho que se encontram as soluções para o crescimento econômico que impulsiona a criação de postos de trabalho. Ainda, é falacioso o discurso a respeito da necessidade da Terceirização para a alocação de mão de obra especializada tecnicamente, tão ou mais subordinada estruturalmente ao comando empresarial da Tomadora. Ademais, a Terceirização cria o fetiche de que na venda da força de trabalho a outrem não há subordinação, como se não operasse um deslocamento da exploração, com trabalhadores subordinados passando à estranha condição de empreendedores, empresários, parceiros, cooperativados, etc..

Por outro lado, o que se percebe é que a Terceirização, de fato, diminui o número de postos de trabalho na economia, porque os trabalhadores subcontratados são obrigados a realizar jornadas de trabalho mais longas, estreitando as contratações no conjunto do mercado de trabalho.

Atualmente ocorre a transfe-

rência dos riscos dos negócios que envolvem tomadoras de serviços e empresas terceirizadas para os trabalhadores. Tanto a tomadora quanto a terceira contratada beneficiam-se diretamente do trabalho dos subcontratados e da intensidade de sua exploração, engendrando relações de riscos empresariais mútuos, seja do não pagamento das faturas às contratadas pelas contratantes, seja do não cumprimento de cláusulas contratuais pelas contratadas. Contudo, qualquer que seja a parte empresarial inadimplente, os trabalhadores terceirizados são os que sofrem os prejuízos, tendo seus direitos violados, em frontal contradição aos princípios elementares da ordem jurídica trabalhista.

Em síntese, são esses os resultados da Terceirização para os trabalhadores: precarização, sofrimento, adoecimento e morte. Do ponto de vista da representação sindical, uma classe trabalhadora ainda mais cindida, fragilizada. Esses efeitos já foram disseminados e produzidos. O futuro, contudo, podemos mudar.

Projetos de lei que tramitam no Congresso brasileiro, como é o caso do PL nº 4302-C, do Executivo, apresentado em 1998, com substitutivos, e o PL nº 4330/04 e, mais recentemente, o substitutivo do Relator, Deputado Roberto Santiago, se aprovados mais agravarão esse estado de coisas. Assim, denunciados o fato objetivo de que esses projetos de lei, além de liberarem a Terceirização para todas as atividades, inclusive quando essenciais à Tomadora, fazendo da exceção a regra, não definem como solidária a responsabilidade das empresas envolvidas na Terceirização e não garantem efetiva isonomia das condições de trabalho e de direitos, contribuindo para a fragilização da organização sindical. Rejeitá-los coloca-se como essencial à defesa da sociedade como um todo e da ordem jurídica do nosso país.

Na verdade, o que está em jogo é o reequilíbrio de uma ordem jurídica maculada pela Terceirização do tra-

balho na contramão dos princípios constitucionais da dignidade humana e do valor social do trabalho.

Por isso, conclamamos a todos os poderes públicos deste País, ao Congresso Nacional, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério do Trabalho, ao Ministério da Justiça, às Centrais Sindicais, as Entidades Representativas de estudiosos e pesquisadores do mundo do trabalho, ao conjunto da sociedade, para que assumamos nossas responsabilidades para, conjuntamente, avançarmos no sentido da eliminação dessa epidemia de desrespeito aos direitos trabalhistas representada pela Terceirização que agride a dignidade do trabalho!

E, a respeito dos projetos de lei em andamento no Parlamento brasileiro ou em construção em outros espaços institucionais, que se lute para que toda e qualquer regulamentação que venha a ser aprovada esteja necessariamente alicerçada nos seguintes pilares:

Que vede a locação de trabalhadores e trabalhadoras!

Que imediatamente profíba a Terceirização nas atividades permanentemente necessárias à Tomadora;

Que imediatamente assegure a responsabilidade solidária das empresas envolvidas na Terceirização, tanto no setor privado quanto no público!

Que garanta plena igualdade de direitos e condições de trabalho entre empregados diretamente contratados e trabalhadores terceirizados, com inclusão de mecanismos que impossibilitem a fraude a direitos!

Que assegure a prevalência da norma mais favorável entre os instrumentos coletivos de trabalho que incidam sobre uma mesma empresa!

Que assegure a representação sindical pelo sindicato preponderante!

São Paulo, 1º de novembro de 2011”.

## CONCLUSÃO

O Brasil e todos os representantes da camada emergente da periferia da economia, antes aliados da dinâmica da economia mundial, são nela inseridos, não só como produtores mas agora do ponto de vista da demanda. O padrão de crescimento nessa nova dinâmica mudou, muito embora não precise ele se sustentar sobre uma inserção internacional baseada numa demanda externa. Foi o inverso desse paradigma que vimos ser implantado no Brasil na década de 1990 sob os governos Collor e Cardoso, onde o choque de competitividade internacional determinou o desmonte da rede de proteção social, políticas de austeridade, flexibilização dos direitos trabalhistas, privatizações. A década representou um grande retrocesso nas conquistas da classe trabalhadora em termos de direitos e fortalecimento na correlação de forças e abriu caminho para que movimentos de precarização do trabalho fossem implantados e continuem a operar até os dias de hoje, mesmo sob um governo de orientação popular.

Vemos hoje um temerário processo de desconstrução do Direito do Trabalho, cujo eixo pode ser situado no fenômeno da terceirização. Largamente utilizada como forma eficiente de redução de custos da produção pela via da precarização do trabalho, a terceirização representa a fuga aos conceitos fundamentais do Direito do Trabalho, pilar indispensável do arcabouço de Direitos Humanos e Sociais no Brasil. Ao desviar de seus conceitos, desvia dos princípios constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade humana, da proteção ao trabalhador. A cristalização institucional da terceirização como a conhecemos pode significar o rompimento com as bases constitucionais representadas pelo Direito do Trabalho.

O exemplo da terceirização nos bancos é a imagem da precarização. A comparação da remuneração, das condições de trabalho e saúde, da organização sindical e da consequente força política dos terceirizados em relação aos bancários efetivos é vergonhosa. As intenções de fragmentação da categoria historicamente organizada e vitoriosa dos bancários, de obstaculizar o instrumento democrático da greve, de reduzir custos a partir do prolongamento, da intensificação e da menor remuneração do trabalho, todas consubstanciadas no movimento de expansão da terceirização no setor bancário, são de clareza solar.

O advento dos correspondentes bancários enquanto for-

ma de terceirização externa é demonstração da infinitude de possibilidades que o capital apresenta a si mesmo em seu processo de atropelamento dos direitos sociais. A rede de correspondentes, orientada no atendimento à camada mais pobre da clientela dos bancos, promove estratificação social e acentuação das desigualdades, não só pelo tratamento diferenciado por critério de renda de seus clientes, mas também pelo desrespeito aos direitos historicamente conquistados pela categoria bancária, então negados aos trabalhadores das empresas terceirizadas correspondentes – trabalhadores enquadrados em categorias das mais diversas, embora executem trabalho tipicamente bancário.

É de se destacar importância de se apontar o Estado como vetor das mudanças desejadas pela classe empresarial para distorcer as bases de sustentação de nosso arcabouço jurídico protetivo: ao abrir as portas para as políticas de cunho neoliberal, ao promover alterações políticas, econômicas e institucionais que recepcionem esse ideário. No caso da terceirização nos bancos, o papel do Banco Central é fundamental para a expansão do modelo e precisa ser urgentemente revisto.

A terceirização precisa ser encarada como movimento predatório que é, com horizonte em sua extinção, na medida em que ela representa o aprofundamento da lógica essencial do capitalismo, em formas refinadas e de singular perversidade. Mesmo que a conjuntura política crie a necessidade de se ocupar espaços político-institucionais para travar o avanço das investidas do empresariado sobre a classe trabalhadora – momento consubstanciado na disputa pela regulamentação – a finalidade deve ser sempre a de neutralizar não só suas consequências mas sua própria viabilidade.

A luta contra a terceirização é necessária para a construção de bases igualitárias dentro do capitalismo, quicá a superação deste. Mas ainda dentro de suas determinações, com o olhar voltado para o mercado doméstico, para o fortalecimento da economia através do salário e do trabalho decente, é possível promover qualidade de vida e justiça social, é possível promover o crescimento com inclusão, pela superação da desigualdade social. Para que isso se concretize, é necessária a plena realização do Direito do Trabalho enquanto direito social, a partir do reconhecimento da conquista de uma toda uma classe que ele representa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Giovanni. Do “novo sindicalismo” à “concertação social”: ascensão (e crise) do sindicalismo no Brasil (1978-1998). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº 15, p.111-124, Nov 2000. Disponível: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782000000200008>>. Acesso em 01 set. 2011.
- \_\_\_\_\_. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- \_\_\_\_\_. Trabalho e sindicalismo no Brasil: um balanço crítico da “década neoliberal” (1990-2000). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, nº 19, p. 71-94, Nov. 2002. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01044782002000200006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01044782002000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 01 set. 2011.
- BIAVASCHI, Magda Barros e DROPPA, Alisson. A História da Súmula 331 no Tribunal Superior do Trabalho. *Mediações Revista de Ciências Sociais*, v. 16, n.1, p. 124-141, Jan./Jun. 2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 4302, de 1998. Dispõe sobre as relações de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviço a terceiros, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 24 mar. 1998. Disponível em:<[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodigoColecaoCsv=D&DataIn=24/03/1998&txpagina=7388&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodigoColecaoCsv=D&DataIn=24/03/1998&txpagina=7388&altura=650&largura=800)>. Acesso em: 01 set. 2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 4330, de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004)>. Acesso em 01 set. 2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 1621, de 2007. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=483435&filename=PL+1621/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=483435&filename=PL+1621/2007)>. Acesso em 01 set. 2011.
- CATHARINO, Patrícia. *As instituições financeiras e a terceirização*. São Paulo: Textonovo, 2005.
- CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise do sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- CHAVES, Luciano Athayde. *Trabalho, tecnologia e ação sindical – a condição bancária no panorama da acumulação flexível*. São Paulo: Annablume, 2006.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2010.
- DA SILVA, Rafael Alves. A Exaustão de Sísifo: gestão produtiva, trabalhador contemporâneo e novas formas de controle. *Mediações Revista de Ciências Sociais*, v. 11, N. 1, p. 47-162, Jan. /Jun. 2006.
- DAU, Denise Motta (Org.); RODRIGUES, Iram Jácome (Org.) e CONCEIÇÃO, Jefferson José (Org.) *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume. CUT, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília*, ano XVI, n. 31, mar. 2006.
- DIEESE. Relatório Técnico “O processo de Terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil”. Convênio SE/MTE n. 04/2003 - SACC/TEM
- DIEESE. Reestruturação produtiva reduz emprego nos bancos. *Boletim. DIEESE*, nº 196, julho 1997.
- DIOGUARDI, Gianfranco. *Network Enterprises: Innovation, Technology, and Knowledge Management*. New York: Springer, 2010.
- DUBAR, Claude. *A crise das identidades: a interpretação de uma mutação*. São Paulo: Edusp, 2009.
- FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica, um estudo do complexo petroquímico da Bahia*. 1995. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995.
- FAUSTO, Ruy. *Marx: Lógica e Política: investigações para uma reconstituição do sentido da dialética (tomo III)*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- FRANCO, Tânia (Org.); DRUCK, Graça (Org.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- \_\_\_\_\_. A terceirização no Brasil: velho e novo fenômeno. *Laboreal*, Porto, Portugal, vol IV, nº 2, p. 88-99, 2008. Disponível em: <<http://laboreal.up.pt/media/artigos/198/83-94pt.pdf>>. Acesso em 01 set. 2011.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- JINKINGS, Nise Maria Tavares. *Trabalho e Resistência na “Fonte Misteriosa”: Os Bancários em Face da Reestruturação Capitalista*. 2000. 384 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.
- \_\_\_\_\_. Os trabalhadores bancários em face da reestruturação capitalista contemporânea. *Cadernos de Pesquisa – PPGSP – UFSC*, Florianópolis, nº28, Ago 2001. Disponível em: <<http://www.sociologia.ufsc.br/cadernos/Cadernos%20PPGSP2028.pdf>>. Acesso em 01 set. 2011.
- LINHART, Danièle. *Le torticolis de l'autruche : l'éternelle modernisation des entreprises françaises*, Paris: Ed. du Seuil, coll. Sociologie, 1991.
- LÓPEZ-RUIZ, Osvaldo. *Os executivos das transnacionais e o espírito do capitalismo: Capital humano e empreendedorismo como valores sociais*. Rio de Janeiro: Azougue, 2007 b.
- LUCIO, Clemente Ganz. Seminário Acadêmico do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/index.php/component/content/article/238>>. Acesso em 18.09.2012.
- MARTINS, Heloisa de Souza (Org.); RAMALHO, José Ricardo. *Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Hucitec/ Cedi Nets, 1994.
- MARX, Karl. *O Capital*. Livro 1. V. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- NICHOLSON, Walter. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 8th Edition, South-Western Thomson Learning, 2002.
- NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei Nogueira. *Transformações organizacionais no sistema financeiro e os impactos no trabalho*.
- OHNO, Taiichi. *O sistema toyota de produção: além da produção em larga escala*. Porto Alegre: Bookman Companhia Ed., 1997.
- RODRIGUES, Iram Jácome (Org.) *O novo sindicalismo: vinte anos depois*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ROMITA, Arion Sayão. *O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANCHES, Ana Tercia. *Terceirização e terceirizados no setor bancário: relações de emprego, condições de trabalho e ação sindical*. 2006. 156 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. A terceirização diante da noção de trabalhador coletivo em Marx. SIMPÓSIO LUTAS SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA, 3., 2008, Londrina, PR. Anais. Londrina. GEPAL, 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/anatercia.pdf>>. Acesso em 01 set. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Dimensões da difusão tecnológica no setor bancário e a nova divisão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.28deagosto.com.br/news/dimens%C3%B5es%20da%20difus%C3%A3o%20tecnologica%20no%20setor%20bancario%20e%20a%20nova%20divis%C3%A3o%20do%20trabalho/>>. Acesso em 09 de 2012.
- SANCHES, Ana Tercia; DAVANÇO, Ana Carolina Tosetti. A economia política das holdings financeiras no Brasil. MARCOLINO, Luiz Cláudio (Org.); CARNEIRO, Ricardo (Org.). *Sistema financeiro e desenvolvimento no Brasil: do Plano Real à crise financeira*. São Paulo: Publisher Brasil e Editora Gráfica Atitude Ltda., 2010.
- SEGNINI, Lilians Rolfsen Petrilli. Reestruturação nos bancos no Brasil: Desemprego, subcontratação e intensificação do trabalho. *Revista Educação e Sociedade*, ano XX, nº 68, Agosto/99
- SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 70, nº 1, Jan/Jul 2004.
- \_\_\_\_\_. Seminário Acadêmico do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/index.php/component/content/article/238>>. Acesso em 18.09.2012.
- TERCEIRIZAÇÃO no setor bancário. Realizado por Instituto Observatório Social (IOS). São Paulo, 2010. DVD-R.
- VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito*. Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUC Minas, 2006.



3º Colocado  
1º CONCURSO DE  
MONOGRAFIAS  
DA AMATRA-2

VANESSA ANITABLIAN BALTAZAR  
Juíza do Trabalho Substituta da 2ª Região  
Especialista em Direito do Trabalho pela FADISP  
Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP

## TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

### I. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

#### 1. PRIMEIRA ABORDAGEM DA FLEXIBILIZAÇÃO: GARANTIAS TRABALHISTAS X NOVA REALIDADE POLÍTICO-ECONÔMICA

Muito embora o princípio da proteção ao trabalhador seja um dos principais pilares de sustentação do regime trabalhista, não podemos nos apartar da inevitável influência dos fatores sócio-econômicos no universo jurídico.

Referimo-nos aqui à uma 'inevitável influência', mas não queremos, com isso, concluir pela condução do ordenamento trabalhista conforme ditames político-econômicos.

Concernente a essa influência, portanto, vale lembrar das próprias mutações constitucionais que são formas de expressão do Poder Constituinte Difuso e se referem ao caráter dinâmico e de prospecção das normas constitucionais diante do verdadeiro poder de fato.

Pedro Lenzá<sup>1</sup> cita, como manifestação do papel do hermeneuta, a alteração feita pela Emenda Constitucional 45/2004 que alterou a competência para julgar ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho.

A Carta Magna, em seu art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, prevêem evidentes hipóteses de flexibilização de regras protecionistas ao permitir, respectivamente, a redução salarial mediante convenção ou acordo coletivo, a alteração da duração normal de trabalho por acordo ou convenção coletiva e a majoração da jornada prevista para turnos ininterruptos de revezamento.

À parte do âmbito constitucional, a flexibilização das normas trabalhistas teve seu início na seara infraconstitucio-

nal na década de 70, momento em que o mercado interno começa a sentir necessidade de mudanças para se adaptar a novas realidades.

#### **2. FATORES RESPONSÁVEIS E CONSEQUÊNCIAS NO MUNDO JURÍDICO**

Os fatores responsáveis pela flexibilização têm como protagonistas a globalização, a financeirização da economia, o avanço tecnológico e o desemprego estrutural, estes umbilicalmente ligados.

Isso porque a globalização nada mais é do que uma nova fase da economia mundial, em que as economias nacionais decompõem-se e depois rearticulam-se em um novo sistema internacional. Neste processo, é radicalmente alterado o funcionamento das empresas, já que passou a existir uma concorrência internacional predatória.

O professor Jorge Eduardo Levi Mattoso<sup>2</sup>, explica, de modo escorreito, que ampliou-se um conjunto de inseguranças no mundo do trabalho, o que caracterizou uma verdadeira desordem do trabalho desde o início da década de 80.

Destacamos a insegurança no trabalho e do emprego em razão do desemprego estrutural causado pelos constantes avanços tecnológicos, a insegurança da renda, a insegurança na contratação e a insegurança na representação do trabalho.

Em frase célebre o professor e pesquisador Claudio Dedecca<sup>3</sup> resume a idéia a uma assertiva: "O trabalhador que consegue manter o posto de trabalho está, de maneira permanente, com o revólver do desemprego na cabeça".

Sem pretensão de esgotar a matéria,

podemos enunciar institutos flexibilizatórios criados ao longo do tempo que estimularam essa situação, tais sejam a Lei 6019/1974, que instituiu o trabalho temporário, a possibilidade de compensação de horários, a participação nos lucros desvinculada da remuneração, a eliminação de algumas proteções do trabalho da mulher, a edição da Súmula 331 do TST como revisora da Súmula 256 do mesmo Tribunal, a desindexação dos salários, transferindo os reajustes para a negociação coletiva, o surgimento do regime de tempo parcial, o sistema de banco de horas, entre outros.

#### **3. BREVE CONCEITUAÇÃO DE FLEXIBILIZAÇÃO**

Oportuno frisar, antes de alvitrar uma definição ao vocábulo, que a flexibilização não se confunde com desregulamentação, que poderia ser classificada como o ângulo nefasto da flexibilização.

Em outras palavras, a desregulamentação pode ser conceituada como a "flexibilização de desregramento", termo desenvolvido pelo renomado jurista francês Jean-Claude Javillier<sup>4</sup> e bastante preciso ao se referir à quebra da rigidez da legislação do trabalho por via legal.

Vale ressaltar a precisa diferenciação feita pelo ilustre professor Arnaldo Lopes Sussekund<sup>5</sup> que define que na desregulamentação o Estado se omite tanto quanto possível (*laissez faire*), a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, preponderantemente, pela autonomia privada, segundo as leis do mercado; na flexibilização, o Estado impõe algumas normas de ordem pública, admitindo, em relação a diversas regras gerais, sua adaptação ou complementa-

1. *Direito Constitucional Esquemático*, p. 90.

2. *A desordem do trabalho*.

3. As mudanças no sistema das relações de trabalho. *Le Monde Diplomatique*, n. 01, set. 2000, p. 5

4. *Manual de Direito do Trabalho*, p. 55-58.

5. Flexibilização do direito do trabalho: alcance e objetivo. *Síntese Trabalhista*, n. 126, p. 6.

ção pela autonomia privada, especialmente por meio da negociação coletiva.

Luiz Carlos Amorim Robortella<sup>6</sup> nos ensina que:

“Flexibilização trabalhista é o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento e o progresso social.”

Inferir-se desse conceito a necessidade de equalizar a demanda empresarial com as garantias trabalhistas. Ou seja, usada como meio encontrado para acomodar os direitos sociais às contingências empresariais, a flexibilização não poderia justificar abalo no princípio protetor, a essência do Direito do Trabalho.

Devemos atentar para a análise de até onde a flexibilização surgiu como solução para os problemas econômicos e sociais e até onde foi uma tentativa de dumping social, transferindo o ônus dos direitos trabalhistas ao mercado de consumo.

Afinal, para o sempre citado José Afonso Dallegrave Neto<sup>7</sup> “em nossa opinião, o problema do desemprego não se combate com flexibilização ou precarização das relações de trabalho, mas antes pelo aquecimento da economia e por uma política que reduza os encargos previdenciários e fiscais sobre a folha de pagamento.”

Realmente, a propalada teoria da necessidade da revisão e flexibilização da legislação laboral como instrumento fundamental da competitividade das empresas e aumento na empregabilidade não possui fundamentos consistentes.

No entanto, considerando as mudanças constitucionais (reforma informal), os dispositivos mencionados do art. 7º da Carta Maior, as introduções feitas por normas infraconstitucionais trabalhistas e, até mesmo, de outras maté-

rias, a exemplo da Lei 11101/2005, que procuraram manter as garantias mínimas aos trabalhadores, há condições legais de flexibilização sem importar na capitulação dos direitos sociais relativos ao trabalho, desde que seja feita observando a realidade social de cada país, sob pena de não alcançarmos o objetivo almejado.

#### 4. DO MODELO DA ‘FLEXISSEGURANÇA’

Luiz Salvador<sup>8</sup>, presidente da ABRAT – Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (gestão 2008 a 2010), em artigo intitulado “Desempregabilidade e seus reflexos na actividade económica e nos direitos sociais” define, com propriedade a ‘flexissegurança’ ao definir que ela aborda “duas idéias: flexibilizar, com a conseqüente precarização das relações de trabalho e compensar, simultaneamente, com maior proteção no desemprego e maior formação profissional que permita a reconversão profissional e mais fácil e mais rápida (re) integração no mercado de trabalho.”

A flexissegurança tem como fim precípua pôr em boa harmonia as mudanças do mercado de trabalho no que concerne aos direitos trabalhistas e a manutenção da proteção aos trabalhadores.

À guisa de exemplo, o modelo dinamizador de ‘flexissegurança’, que pode parecer a solução para o problema do desemprego, no Brasil não tem a mesma aplicabilidade.

Na expressão feliz de José Afonso Dallegrave Netto<sup>9</sup>:

“O que combate o desemprego não é a flexibilização da lei trabalhista nem o endividamento do Estado com o aumento de quotas do Seguro-Desemprego, mas o aquecimento da economia propiciado pelo alargamento de crédito pessoal com juros baixos e a elevação do consumo aliada a uma política de desoneração previdenciária e fiscal da folha de pagamento. Logo, ao nosso crivo, estará fadada ao insucesso a

eventual migração para terras brasileiras da proposta europeia de ‘flexissegurança’ nas relações de trabalho.”

Com relação à aplicação dessa modalidade de flexibilização europeia em Portugal, por exemplo, explica José Augusto Ferreira da Silva<sup>10</sup>, ex-presidente da JUTRA – Associação Luso-Brasileira dos Advogados Trabalhistas, que:

“Agora aparece uma nova panacéia que se chama “flexissegurança”. Idéia importada da Dinamarca, país com condições socioeconômicas completamente diversas das de Portugal e que, manifestamente, não terá qualquer êxito em Portugal, onde só servirá para ‘flexibilizar’ cada vez mais as leis laborais, sem qualquer contrapartida na ‘segurança’ para os desempregados.”

Em 2009, Portugal aprovou o seu Código do Trabalho, através da Lei nº 07/2009. O novo regramento tem como escopo adequar às necessidades dos trabalhadores à realidades das empresas, de modo a aumentar a competitividade da economia e o conseqüente crescimento do emprego.

Tanto a flexibilização não é o ponto crucial de mudanças a serem efetuadas que, em Portugal, os índices de desemprego atingiram 5% da PEA – População Economicamente Ativa ao tempo em que fora editado o Código do Trabalho de 2003.

E, atualmente, o índice de desemprego, não obstante a adoção de alguns modelos flexibilizadores das relações laborais, aumentou para 10,4% da PEA, consoante publicou, em janeiro de 2010, o Gabinete de Estatísticas da União Europeia (Eurostat), atingindo, em agosto de 2014, a assombrosa marca de 14%<sup>11</sup>.

10. *Empregabilidade em crise, dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal*. Disponível em [www.fazer.com.br/a2\\_default2.as?cod\\_materia=2398](http://www.fazer.com.br/a2_default2.as?cod_materia=2398) Acesso em 11.09.2014.

11. Disponível em <http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Desemprego-em-Portugal-aumenta-para-os-104-porcento.rtp&article=314736&visual=3&layout=10&tm=6> Acesso em 10.09.2014. Disponível em <http://>

## II. DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

### 1. TERMINOLOGIAS SEMELHANTES E SUAS DIFERENCIAÇÕES

A sua conceituação pode ser feita sob o enfoque de ordem empresarial (externalização de atividades como forma de modernização estrutural) e jurídica (subcontratação de mão-de-obra).

Afirma o magistrado Dárcio Guimarães de Andrade<sup>12</sup> ser a terceirização o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos fins sociais da empresa), para que esta a realize habitualmente.

No dizer de Amauri Mascaro Nascimento<sup>13</sup>, o termo “terceirização” pertence mais à linguagem da administração empresarial e seu equivalente seria contrato de fornecimento ou subcontratação.

Vale ressaltar outros termos correlatos comumente usados no mesmo contexto, tais sejam ‘focalização’, outsourcing (partnership) e desintegração vertical (horizontalização).

A focalização é um termo que equivaleria mais propriamente ao fundamento da terceirização, sendo a concentração de esforços das empresas em seus negócios principais, repassando a terceiros de atividades acessórias.

O outsourcing é uma expressão de origem norte-americana muito usada atualmente para designar a terceirização porque sua origem é justamente a opção pela compra de produtos prontos e/ou serviços de terceiros, ao invés de produzi-los internamente. E, o que no passado era tratado como uma exceção à regra geral, tornou-se a primeira opção, pois a lógica prevalente é a de produzir internamente tão somente o que for impossível delegar a terceiros.

O sociólogo Ricardo Antunes<sup>14</sup> ex-

economico.sapo.pt/noticias/desemprego-em-portugal-regista-maior-queda-na-ue\_200433.html Acesso em 24.09.2014.

12. *Atividade-fim e atividade-meio (Enunciado n. 331, TST)*. Suplemento Trabalhista n. 172, p. 931.

13. *Subcontratação ou terceirização*. Revista de Direito do Trabalho, n. 83, p. 20.

14. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as me-*

plica a horizontalização ao mencionar que à medida que as montadoras ampliaram as áreas de atuação produtiva, a tendência foi a redução do âmbito da produção da montadora, estendendo-se às subcontratadas a produção de elementos básicos outrora atribuídos às montadoras.

Há quem entenda, como Haroldo Malleiros Duclerc Verçosa<sup>15</sup>, que a terceirização é um processo de horizontalização da atividade econômica, através da qual as empresas transferem a outras funções dantes exercidas diretamente por elas, reduzindo o nicho de atividade de uma empresa.

### 2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

#### 2.1 ASPECTOS POSITIVOS

A terceirização vem ganhando dimensão desde a crise do fordismo na década de 70. A partir daí, o sistema japonês de manufatura (toyotismo) passou a se tornar referência mundial, tendo em vista o ganho de produtividade superior ao obtido pelo modelo fordista de organização da produção.

No ano de 1980, por exemplo, a Toyota havia produzido cerca de 4,5 milhões de automóveis com 65 mil empregados diretamente contratados (69 carros por trabalhador), enquanto a General Motors tinha produzido 8 milhões de automóveis com 750 mil empregados diretamente contratados (9 carros por trabalhador).

O economista Márcio Pochmann<sup>16</sup> alerta que:

“O diferencial de quase oito vezes na produtividade do trabalho estava diretamente relacionado à terceirização. Nesse sentido, a terceirização difundiu-se como elemento de modernização nas estratégias das empresas, especialmente nas de grande porte, voltadas à maximização da produtividade e da eficiência

econômica no uso dos recursos produtivos”.

Segundo as mais variadas fontes, as principais vantagens da terceirização seriam o aumento da especialização da produção, a competitividade de mercado, busca de qualidade total, otimização da utilização de espaço, agilidade das decisões pela redução de níveis hierárquicos, menor custo, menor investimento em atividade meio, melhor administração do tempo da empresa e como forma de evitar sucateamento de equipamento.

Pedro Vidal Neto<sup>17</sup> afirma que a terceirização pode aplicar-se quer à “produção de componentes do produto final, quer à execução de serviços, mas somente se caracteriza quando inserida como etapa regular no processo de produção de uma empresa, poupando-a de obtê-los com a utilização de seus próprios equipamentos e de seu próprio pessoal”.

Para o sempre citado Desembargador Eduardo de Azevedo Silva<sup>18</sup>, “terceirizar serviços, para apenas livrar-se ou reduzir custos, sem assumir a contratante a sua responsabilidade social é, não só, ignorar a função social da empresa e a dimensão do seu papel na sociedade, como também, e acima de tudo, uma ofensa à dignidade do trabalhador”.

Tendo como parâmetro a terceirização usada de forma válida consoante os parâmetros jurídicos de cada país, sem extinção de direitos trabalhistas mínimos, os próprios direitos dos trabalhadores estariam assegurados ao mesmo tempo em que proporcionaria vantagens de mercado ao empregador, sendo isso, quase que um braço da ‘flexissegurança’, instituto de aplicação mitigada no Brasil por conta do mau uso da terceirização por algumas empresas.

17. A terceirização perante o Direito do Trabalho. *Direito e processo do trabalho: Estudos em homenagem a Octávio Bueno Magano*, p. 91.

18. TRT/SP - 00443200808902000 - RO - Ac. 11ªT 20090655987 - Rel. Eduardo de Azevedo Silva - DOE 01/09/2009. Disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br). Acesso em 20.09.2014.

6. *O Moderno Direito do Trabalho*, p. 97.

7. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? *Revista Trabalhista Direita e Processo* n. 25, p. 49.

8. Disponível em [www.jutra.org](http://www.jutra.org). Acesso em 11.09.2014.

9. *Op. cit.*, p. 52-53.

*tamorfozes e a centralidade do mundo do trabalho*, p. 27.

15. *O direito e a terceirização da economia*, p. 27-37.

16. *A superterceirização do trabalho*, p. 39.

## 2.2 Aspectos negativos

A terceirização é uma das formas de flexibilização das regras tradicionais que a realidade está impondo ao direito.

Em outras palavras, o modelo tradicional de trabalho está sendo colocado em xeque pelo surgimento de circunstâncias que não se amoldam aos critérios clássicos do Direito do Trabalho, mas, sim, caminham no sentido de sua transformação.

Por conta disso, o sentido da terceirização vem se revelando um processo de reestruturação produtiva defensiva, mais caracterizada pela minimização de custos e adoção de estratégias empresariais de resistência (sobrevivência). Diante do contexto macroeconômico desfavorável e não isonômico à competição intercapitalista, os resultados da terceirização dos contratos indicam modalidades distintas de ajustes no padrão de emprego formal.<sup>19</sup>

Neste sentido, insta demonstrar o que, para os críticos da terceirização, tais transformações ocasionaram:

(I) No plano do direito individual: a terceirização como meio de fraude aos direitos trabalhistas por meio da falsa terceirização; a contratação de serviços terceirizados com empresas prestadoras inidôneas que não respondem pelos direitos regularmente assegurados; o rebaixamento do padrão salarial e de benefícios quando comparados os empregados de empresas tomadoras e empresas prestadoras; a inobservância das normas de segurança do trabalho pelas empresas prestadoras; a terceirização com o objetivo fraudulento de transferência de passivos trabalhistas por meio de falsa sucessão de empregadores ou ainda a transferência de riscos do negócio ao terceiro contratado.

(II) No âmbito das relações coletivas: limita e pulveriza a ação sindical, reduz o número de empregos; dificulta a organização sindical por não possibilitar identidade de classe; obstaculiza a ação direta, sobretudo os movimentos grevistas; cria embaraços às coalizões; os coletivos tornam-se menores e com maior dificuldade de organização; dificulta as reivindicações e as negociações, face

a existência de vários padrões e de nenhum ao mesmo tempo, ou seja, a identidade padrão e empregado; traduz, por fim, na perda de benefícios garantidos por normas coletivas.

Não se deve olvidar as várias possibilidades de discriminação (cor de uniformes diferentes, alas diferentes em refeitórios, vestiários próprios) sofrida pela maioria dos empregados terceirizados, gerando um clima desconfortável e humilhante no ambiente de trabalho.

Na expressão feliz de Américo Plá Rodríguez<sup>20</sup>:

“Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações. Mas juntamente com esses casos em que não há dúvida de que se trata de empresas independentes que contratam entre si para desenvolver uma atividade econômica concertada, há outros nos quais simplesmente o empregador procura elidir ou negligenciar suas responsabilidades trabalhistas ou de previdência social, promovendo artificialmente a ficção de uma empresa que figura em nome de uma pessoa (geralmente um ex-empregado) que aparece como contratando outros trabalhadores, mas que, na realidade, atua como simples intermediário da empresa principal, que é a autêntica empregadora tanto do que figura como intermediário como de seus empregados.”

Deve-se evitar a formação de duas figuras pouco desejáveis: uma oportunista (a do empresariado) e outra denunciada (a dos críticos da terceirização), para que, no contexto brasileiro, possamos chegar em um possível consenso sobre a forma adequada do uso dessa

exceção à regra da bilateralidade dos contratos de trabalho.

## 3. A TERCEIRIZAÇÃO AOS OLHOS DA OIT

A Organização Internacional do Trabalho, sujeito de direito internacional, criada pelo Tratado de Versalhes em 1919, tem como finalidade precípua, consoante art. 1º de sua Constituição, trabalhar pela realização do programa exposto em seu preâmbulo e na Declaração referente a seus fins e objetivos, adotada na Filadélfia em 1944.

A organização estrutural da OIT é formada por três órgãos, tais sejam a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

No que tange à formulação das normas internacionais, em regra as Convenções e Recomendações, editadas pela OIT, devem ser aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, que se traduz em uma Assembléia Geral dos Representantes dos Estados-Membros reunida anualmente para adotar as providências que entender cabíveis.

A OIT não tem, até o momento, qualquer convenção ou recomendação que trate de modo específico da terceirização.

No entanto, as Convenções Internacionais n. 34, de 1933, revisada pela Convenção n. 96, de 1949 e a n. 88, de 1948, preconizam, respectivamente, a supressão progressiva das agências remuneradas de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos e o estímulo à criação de serviços públicos gratuitos com esse fim.<sup>21</sup>

A Convenção n. 96, fruto da revisão da Convenção n. 34, foi ratificada pelo Brasil em 1968, sendo por este denunciada em 1972, através do Decreto n. 70224, por ter se entendido esta ser incompatível com a consagração, através da legislação editada, da atividade de serviços de emprego de entidades públicas e privadas.<sup>22</sup>

21. GIGLIO, Wagner D. *OIT e convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil*, p. 60.

22. LEAL, Carla Reita Faria. *Terceirização no Brasil sob a ótica das empresas fornecedoras de mão-de-obra*, p. 63-64.

A Convenção n. 88 passou a ter vigência no Brasil a partir de 1958, data a partir da qual o país passou a assumir o dever de organizar os serviços de colocação.<sup>23</sup>

Prevê em seu artigo 1º: “Cada Membro da Organização Internacional do Trabalho para a qual a presente Convenção está em vigor deve manter e cuidar de que seja mantido um serviço público e gratuito de emprego.”

A Recomendação 193, de conteúdo sugerido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que trata da Promoção de Cooperativas, adotada pela Conferência em sua 90ª Reunião em Genebra, em 2002, dispõe sobre as cooperativas de trabalho:

“8. (1) As políticas nacionais deveriam sobretudo:

(a) promover as normas fundamentais da OIT sobre trabalho e sua Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho para todos os trabalhadores em cooperativas, sem qualquer distinção;

(b) assegurar que não se formem ou sejam usadas cooperativas para escapar à observância das leis trabalhistas ou usadas para mascarar relações de emprego, e combater falsas cooperativas que violam direitos trabalhistas, garantindo a aplicação da legislação trabalhista em todas as empresas.”

Ao fim e ao cabo, vale mencionar a Convenção n. 122, que passou a ter vigência nacional em 1970, e dispõe sobre a política de emprego. Ela tem como cerne a execução de programas de que resulte o pleno emprego e a elevação dos níveis de vida.

O diretor do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT, Jean Claude Javillier, afirmou, em palestra durante o Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais na sede do TST, que a implementação de normas internacionais de trabalho, principalmente no mundo globalizado

23. *Op. cit.*, p. 63.

de hoje, é imprescindível para garantir a paz e o bem-estar social. “Sabemos que o custo da ausência de direito e de normas internacionais é a pobreza, a exclusão, a corrupção, a guerra e a morte”, alertou.

A ratificação das normas internacionais da OIT pelas Nações é, na opinião de Javillier, a melhor forma de implementação. “A ratificação é importante porque mostra a vontade do Estado de compartilhar valores, de ter um papel ativo. É um ato simbólico internacional que gera frutos”, ressaltou. A OIT tem um mecanismo de controle sobre a aplicação de suas normas em nível internacional.<sup>24</sup>

Reconhecendo a importância do regimento internacional, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho editou o Enunciado n. 03<sup>25</sup>, com o seguinte teor:

I – Fontes do Direito do Trabalho. Direito Comparado. Convenções da OIT não ratificadas pelo Brasil. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II – Fontes do Direito do Trabalho. Direito Comparado. Convenções e Recomendações da OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT,

24. Javillier alerta que falta de normas pode gerar grandes desastres. Disponível em <http://www.jornaljurid.com.br/noticias/javillier-alerta-que-falta-normas-pode-gerar-grandes-desastres>. Acesso em 29.09.2014.

25. MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges; ELY, Leonardo (coords.). *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, p. 35.

como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

Com relação à aplicabilidade das Convenções e Recomendações, a Organização Internacional do Trabalho exerce um papel extremamente importante no que concerne às normas de proteção do trabalho e, conseqüentemente, valorização dos trabalhadores como seres humanos.

## 4. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 INTRODUÇÃO E EVOLUÇÃO DESSA FORMA DE CONTRATAÇÃO NO BRASIL.

Aos olhos do economista Márcio Pochmann<sup>26</sup>, presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a terceirização, como foi inserida no Brasil, implica considerar os três fatores que a tornaram desfavorável ao trabalhador.

O primeiro fator diz respeito ao ambiente nacional de semi-estagnação da economia que prevalece desde a década de 80, caracterizada por uma inserção passiva e subordinada na globalização.

O segundo fator refere-se à ausência de uma especial regulação pública do trabalho terceirizado em expansão.

Por fim, o terceiro fator indica a atuação sindical ainda contida no processo mais abrangente da negociação coletiva em torno da temática da terceirização dos contratos de trabalho.

Entre os fenômenos da flexibilização desumana, Süsskind<sup>27</sup> citou a terceirização no Brasil:

26. POCHMANN, Márcio. *Op. cit.*, p. 07-08.

27. Süsskind propõe CLT mais enxuta e controle na flexibilização. Disponível em [http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=3252&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceirizado](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3252&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceirizado). Acesso em 23.09.2014.

19. POCHMANN, Márcio. *Op. cit.*, p. 40.

20. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 259.

“As empresas terceirizadas não cuidam nem de prevenção de acidentes e nós estamos vendo aí exemplos de acidentes em grandes empresas, inclusive estatais, decorrente de serviço terceirizado feito por trabalhadores não-preparados”.

Ele citou estudo da Organização Internacional do Trabalho que demonstra que a produtividade aumenta, sobretudo, em países onde não há excessiva mobilidade da mão-de-obra. A mobilidade que existe no Brasil é muito acelerada e não favorece a economia nacional, afirmou.

O ilustre Desembargador Sérgio Winnik<sup>28</sup>, em acórdão proferido ressaltou:

“Muito embora a terceirização alastre-se pelo país, sob o benevolente olhar das autoridades, é necessário que se estabeleçam limites. O ordenamento jurídico pátrio permite expressamente a terceirização em caso de serviços temporários, segurança e transportes de valores. A jurisprudência a vem admitindo em atividades que não se insiram no objetivo da empresa, embora isso permita toda sorte de distorções e fraudes.”

À exemplo do que ocorre no Brasil, imperioso citar o modo muitas vezes utilizado para terceirizar os trabalhadores de uma empresa.

Baseado em fatos reais<sup>29</sup> apresentamos, para ilustração:

“Uma empresa de ‘prestação de serviços de logística’ acabava de fechar contrato com uma grande empresa do ramo metalúrgico e chegou à fábrica para explicar a ‘transição’.

Os trabalhadores, funcionários da empresa contratante, são todos

metalúrgicos, trabalham na linha de produção e usam macacões azuis. Isso agora vai mudar. Parte deles, daqui a quinze dias, não serão mais funcionários da empresa-mãe, embora continuem a trabalhar lá dentro, no mesmo lugar, não serão mais metalúrgicos, embora continuem fazendo o mesmo trabalho que faziam; e não usarão mais macacões azuis, para marcar a diferença.

Agora eles serão terceirizados. Agora eles usam macacões laranja. A horrenda ideologia da segregação entra em cena com todos os elementos.

O gerente da empresa contratada tenta explicar o inexplicável: eles serão “desligados” (não demitidos, não dispensados) da empresa-mãe e recontratados pela terceira. Não sofrerão prejuízos, diz. (Depois, reservadamente, confessa: isso é só para não atíçar a comissão de fábrica; daqui a alguns meses, quando já houver norma coletiva celebrada com o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Prestação de Serviços, serão demitidos “de verdade” e trocados por outros com piso salarial de “prestador de serviços”, não de metalúrgico). Chega a acenar com o benefício de ser desligado e poder sacar o FGTS – “você ainda vão levar um dinheiro, bem que eu queria”. Ninguém ri.”

Também cita exemplo valioso o magistrado Jorge Luiz Souto Maior<sup>30</sup>, em artigo intitulado “A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo”:

“Na formulação de névoas para negação da relação de emprego ou no desenvolvimento de teses jurídicas quanto a legitimação da terceirização muitas empresas estão cada vez mais criativas. A última que eu vi, foi a de um lava-carro que “alugava” parte do seu pátio para os lavadores, que, assim, eram considerados trabalhadores autônomos, trabalhando para pagar o aluguel e extrair como ganho a sobra mensal.”

30. Disponível em [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/jorge_luiz_souto_maior.pdf). Acesso em 29.09.2014.

A terceirização foi introduzida no direito brasileiro pelas empresas multinacionais, porque elas traziam de seus países de origem uma experiência eminentemente válida para o desenvolvimento de suas atividades, sem o comprometimento de setores que poderiam, perfeitamente, ser trabalhados fora dos seus ambientes, noutras empresas, tão autônomas quanto elas próprias.

Ela passou a despontar como uma estratégia econômica que transfere a terceiros o desempenho de atividades secundárias ou acessórias a fim de possibilitar a concentração na atividade-fim (core competence – em português, competência nuclear), tendo em vista a busca por competitividade e inserção na nova ordem globalizada.

Devemos atentar para não tomarmos o uso dessa forma de contratação em uma visão puramente empresarial, visando não abandonar seus reflexos no âmbito jurídico (feito de forma legítima) e social (não precarização das condições de trabalho).

Veruska Evanir Pereira<sup>31</sup> sintetiza bem o disparate do tipo de contratação feita no Brasil, em sua grande maioria, e aquelas realizadas em países como os europeus:

“O foco empresarial no Brasil, no que diz respeito à terceirização, ainda está no estágio conhecido como dumsourcing, ou seja, o estágio preliminar do processo onde as atividades se concentram nas mais tradicionais e mais fáceis de serem passadas para terceiros. Exemplificando: serviços administrativos gerais (refeitórios, segurança, manutenção, limpeza, algumas áreas tradicionais de recursos humanos, serviços médicos, jurídicos, etc).”

Acrescenta Veruska que fora do nosso país, a terceirização já se encontra num estágio bem mais avançado entendido como o *smartsourcing*, no qual a aliança estratégica é o objetivo, juntando-se os esforços e recursos tecnológicos para a manufatura de produtos com

31. *Uma contribuição ao estudo da técnica de terceirização – Uma visão global*, p. 22.

melhor qualidade, gerando a competitividade necessária para concorrer no mercado consumidor. No Brasil, neste momento, a terceirização começa a sair do estágio preliminar, muito lentamente, porque ainda prevalece o interesse exclusivo das empresas em terceirizar para economizar.

A década de 90 foi transformada pela generalização da terceirização, significando impulso para a precarização do mercado de trabalho, paradigma que urge ser modificado.

A terceirização, em si mesma, não tem como finalidade fraudar direitos trabalhistas. Os valores sócio-culturais de cada povo que transforma e adequa a cada realidade sua utilização, pelo que poder-se-ia concluir que, no Brasil, além regulamentação específica, faltaria a aplicação de forma a não prejudicar os direitos sociais assegurados aos trabalhadores.

## 4.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Acerca da jurisprudência, há algumas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho que foram editadas como as de número 239, 256 (cancelada pela Resolução 121/2003), 257 e 331. Passemos à análise de cada uma delas.

### 4.2.1 Súmula 239 do Tribunal Superior do Trabalho

Publicada no Diário da Justiça de 09.12.1985, possui a seguinte ementa:

“É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.

O pano de fundo que inspirou o texto sumulado era a fraude perpetrada pelas instituições financeiras, que criavam empresas de processamento de dados para lhes prestar serviços exclusivos, registrando esses empregados por essas empresas, excluindo-os, via de consequência, das benesses legais e normativas da categoria dos bancários.

Da linha de pensamento dos julgados extrai-se a conclusão de que entendiam ser o processamento de dados uma atividade bancária essencial que não poderia ser realizada por uma empresa interposta.

Com o passar do tempo o magistrado do TST, em alguns de seus julgados, seguiram o seguinte norte de raciocínio:

“Bancário. Processamento de dados. O Enunciado n. 239 não pode ser aplicado de forma genérica. Se a empregadora do reclamante não realizava serviços exclusivos para as entidades bancárias do Estado, mas também para terceiros, inaplicável a orientação do citado Enunciado.”<sup>32</sup>

Seguindo essa evolução, a Súmula teve sua redação alterada em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SDI-1 (Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005):

“É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.”

Realmente, da interpretação podem restar variadas conclusões, mas que não nos saia da mente que deve ser considerada a unidade dos fatos para, ao depois, apreciar se houve ou não fraude à lei trabalhista.

### 4.2.2 Súmula 256 x Súmula 331, ambas do Tribunal Superior do Trabalho

A Súmula 256 do TST, reflexo do incidente de uniformização de jurisprudência no Recurso de Revista 3442/1984, hoje cancelada pela Resolução 121/2003, possuía a seguinte redação (Resolução 4/1986, DJ 30.09.1986):

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhado-

32. TST-E-RR 4877/1988-000-00-00.7, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJ. 19.02.1992. Disponível em [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br). Acesso em 23.10.2009.

res por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Isso se deu, primordialmente, por influência direta da Convenção da OIT nº 122/1964, que dispõe sobre o estabelecimento de uma política ativa para promover o emprego estimulando o crescimento econômico e o aumento dos níveis de vida, e art. 160 da Constituição de 1967 que dispunha sobre a valorização do trabalho como condição da dignidade humana e repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A finalidade precípua da Súmula foi, ao que nos parece, combater a possível fraude na contratação de trabalhadores por empresas interpostas, partindo da premissa que toda e qualquer contratação desse modo efetivada, quer na atividade-meio, quer na atividade-fim, estaria burlando direitos laborais.

Observa-se que o texto não tratou de quaisquer ressalvas, a não ser pelos casos das Leis 6019/1974 e 7102/1983, que expressamente permitem o uso de mão-de-obra terceirizada pelo preenchimento de determinados requisitos, gerando a presunção *juris et de jure* de fraude nas relações com as empresas prestadoras de serviço, quando essa deveria ser a exceção, e não a regra.

Sendo assim, consideramos de grande valia os fins almejados com a edição desta Súmula, conquanto melhor se pudesse restringir a descrição de prática de terceirização ilícita àquelas empresas que aliciem trabalhadores com o fito de obter lucros indevidos sobre o seu trabalho, e não a toda e qualquer relação de trabalho terceirizada.

Tanto foi essa a linha mestra de pensamento que se sucedeu nos anos seguintes que em 1993, por meio da Resolução 23/1993 (DJ 21.12.1993), a Súmula 256 foi revista pelo texto da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispunha:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso

28. TRT/SP - 02562200702502008 - RO - Ac. 4<sup>ª</sup>T 20090642656 - Rel. Sérgio Winnik - DOE 28/08/2009. Disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br). Acesso em 15.09.2014.

29. ZOTTO, Tânia Christina. *A terceirização como instrumento de precarização do trabalho, passividade dos trabalhadores e apatia sindical*, p. 26.

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 de 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em 2000, por meio da Resolução 96/2000, publicada no Diário da Justiça em 18.09.2000, seu inciso IV passou a vigorar com a seguinte redação, incluindo os órgãos da Administração Pública como responsáveis subsidiários pelo inadimplemento das obrigações pelo empregador:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8666/1993).

Em 2003, como forma de firmar o entendimento majoritário da jurisprudência, a Súmula 256 foi cancelada na oportunidade em que foram examinadas e debatidas diversas propostas de revisão, cancelamento e restauração de

enunciados da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 121/2003, DJ 19.11.2003).

De conseguinte, no ano de 2011, por meio da Resolução 174/2011, foi conferida a nova redação ao inciso V e inseridos os incisos V e VI à Súmula 331:

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. (art. 71 da Lei nº 8666, de 21.06.1993). 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 nº 8666, 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.

A mola propulsora da mencionada alteração foi a decisão tomada no julgamento da ADC 16 pelo STF, em 24.11.2010, em que o governador do Distrito Federal questionava a Súmula 331 do TST que estaria contrariando o disposto no art. 71, §1º, da Lei 8666/93 (Lei de Licitações).

O STF, por sua maioria, entendeu pela constitucionalidade da sobredita norma legal, ressaltando que o TST não poderá responsabilizar o Estado sem antes proceder à verificação da causa da inadimplência pela empresa prestadora, ou seja, se houve, no caso em concreto, em se tratando de responsabilidade contratual, culpa in vigilando do ente público na fiscalização do correto cumprimento do contrato de trabalho pela prestadora.

De se notar a divergência apontada pelo ministro Ayres Britto que endossou parcialmente a decisão do Plenário.

Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas<sup>33</sup>.

No inciso VI, a intenção teria sido a de explicitar que na hipótese de reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, essa englobará todas as verbas decorrentes da condenação, incluindo multas e verbas indenizatórias, desde que limitada ao período da prestação laboral à tomadora.

Conclui-se do exposto que na terceirização de atividades-fim haverá presunção juris tantum de ilicitude e, conseqüentemente, o vínculo formar-se-á com o tomador de serviços, exceto se este for órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

E, na hipótese de terceirização em atividades-meio, somente seria ilícita se presentes a pessoalidade e a subordinação direta na prestação dos serviços ao tomador.

No entanto, é necessária uma análise mais apurada da adotada linha jurisprudencial sob alguns aspectos que serão mais a frente abordados, tendo em conta que, muito embora a adoção de Súmulas seja iniciativa louvável dos Tribunais Superiores, possui alguns problemas como a sua extensão indevida a hipóteses diversas das que deram origem à dita uniformização e a fossilização do entendimento dos Tribunais.

#### 5. HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO

Definidos assim os contornos do processo de terceirização, podemos partir para o exame dos principais modelos

jurídicos existentes para sua regular implementação.

A seguir serão capitulados exemplos de subcontratação de mão-de-obra em tese autorizados legalmente, mas que, se utilizados como estratégia empresarial na busca de recurso para transferir perdas em épocas de crise financeira aos trabalhadores, configurarão escancarada burla à legislação trabalhista.

#### 5.1 COOPERATIVAS DE TRABALHO

As sociedades cooperativas tiveram seu impulso inicial no começo do século XIX, tendo como inspiração o solidarismo. A solidariedade entre trabalhadores despontou com força principalmente em países como a França e a Inglaterra. Isso se deu como uma reação dos trabalhadores aos efeitos provocados pela Revolução Industrial.

As cooperativas de trabalho se utilizadas para o fim que se propõem, através da regulamentação dada pela Lei 5764/1971, são excelentes fontes de renda para seus associados, vez que são sistemas de ajuda mútua entre pessoas que tem um objetivo em comum e se associam para contribuir reciprocamente com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, sem fim lucrativo.

O que comumente ocorre é que muito embora se afilem em uma pretensa cooperativa, o pano de fundo é a sua admissão pela própria tomadora dos serviços, funcionando a filiação como condição à obtenção da vaga de trabalho na tomadora, contrariando art. 4º da Lei nº 5764/1971 que, em seu inciso I, menciona a adesão voluntária como requisito primordial à configuração de sua natureza jurídica.

Essa prática reprovável tomou grandes proporções a partir de 1994, quando a Lei nº 8949 acrescentou um parágrafo único ao art. 442 da CLT, que passou a ser interpretado de forma literal por empresas que visavam contratação de mão-de-obra barata, sem dispêndio com valores atinentes a um contrato de trabalho:

“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.”

Os trabalhadores geralmente são admitidos dentro da tomadora, sem receber as devidas informações sobre como funciona o sistema de cooperado, somente assinando os papéis que lhe apresentam, muitas vezes prometendo registro em CTPS, o que nunca se concretiza.

Não existindo a verdadeira affectio societatis, elemento imprescindível para a formação de uma sociedade de pessoas, não se afasta a subordinação jurídica, caracterizando, portanto, o real contrato de trabalho.

Em suma, o magistrado Alexandre Agra Belmonte<sup>34</sup> sustenta que a verdadeira cooperativa tem como escopo elevar e principal servir inicialmente o associado cooperado proporcionando ganhos diferenciados de acordo com a prestação de serviços, não havendo subordinação, devendo se fazer presente a affectio societatis.

Cumprido ressaltar, ainda, que não presentes os requisitos indispensáveis à configuração do trabalho cooperativo, tais sejam a dupla qualidade e a remuneração diferenciada, faz presumir a existência de vínculo empregatício diretamente com a tomadora e os direitos trabalhistas a este inerentes.

A propósito dos dois caracteres do cooperativismo, o ministro do TST Maurício Godinho Delgado<sup>35</sup> registra que a dupla qualidade diz respeito ao fato de o cooperado ser, ao mesmo tempo, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações e a retribuição pessoal diferenciada é relativa a uma remuneração superior a que obterá caso não estivesse associado, em virtude de sua atividade autônoma.

Conclui-se, portanto, que o cooperativismo deve ser analisado cuidadosamente, tendo em vista que pode ser utilizado com o escopo de fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas a que teria direito seus “cooperados”. Se utilizada de modo correto, a cooperativa de trabalho é uma excelente alternativa para a terceirização de mão-de-obra, gerando segurança legal e otimização operacional às empresas

#### 5.2 TRABALHO TEMPORÁRIO

Sabe-se que o trabalho temporário não trata exatamente de hipótese de terceirização, uma vez que, não só é permitido em atividades-fim, mas também admite a figura da subordinação, pois visa atender à necessidades transitórias de substituição de seu pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de serviços. Sem embargo, optou-se pela inclusão dessa hipótese no item que trata de modalidades de terceirização para fins meramente didáticos, dentro da estrutura do trabalho.

A Lei 6019/1974 trata do regime jurídico de trabalho temporário, conceituando, em seu art. 2º como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”.

Observados seus requisitos, a contratação, inclusive em atividade-fim da empresa tomadora, por meio de trabalhador temporário será perfeitamente lícita.

No entanto, há empresas que utilizam a mão-de-obra temporária com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista, no exemplo em que não haja qualquer comprovação de acréscimo extraordinário de serviços ou substituição de pessoal regular e permanente.

Outras hipóteses podem ser mencionadas como a sucessão de contratos temporários alterando tão-somente a empresa contratada e mantendo o mesmo funcionário ou, de outra forma, a elaboração de contratos temporários de forma sucessiva, também com o mesmo funcionário.

O Judiciário coíbe essa prática ilegal de contratação temporária. Ademais, o artigo 10 da Lei nº 6019/1974, que regula o trabalho temporário nas empresas urbanas, prevê expressamente que o contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente, com relação a um mesmo empregado só poderá exceder de 03 (três) meses se houver autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Recentemente, em 30/05/2014, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) expediu Portaria nº 789/2014 regulamentando o prazo de duração do contrato de trabalho temporário.

33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>. Acesso em 29.09.2014.

34. *Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista*, p. 1197.

35. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 329-331.

Na hipótese legal de acréscimo de serviços, o prazo do contrato permanece como dantes, qual seja: contratação por até 3 (três) meses prorrogáveis por igual período. Ele foi ampliado somente na hipótese de substituir funcionário do tomador que sai de férias ou entra em licença, hipótese em que poderá ser prorrogado por até 09 (nove) meses.

Consoante texto da Súmula nº 331, I, do TST “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”.

O texto da Súmula refere-se aos casos de contratação temporária consoante os ditames da Lei nº 6019/74, e não aos casos em que há prorrogação ilícita e/ou falta de motivo justificador, pelo que passam os contratos a serem disciplinados pelas regras gerais dos contratos de duração indeterminada.

A consequência natural da não observância das exigências legais é, no caso da falta de motivo justificador, o reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços e, na hipótese de prorrogação ilícita, a nulidade da cláusula que estipula o termo e a prevalência da sua duração por tempo indeterminado, de forma que, em ambos os casos, perdurem seus efeitos do contrato, só que passando a ser regido pelos ditames celetistas, e não mais por norma especial (Lei 6019/1974).

Explica-se. A energia gasta pelo obreiro em favor de seu empregador não pode ser devolvida, de forma que, sem a devida contraprestação mínima por seus serviços estaria ele executando trabalho escravo. Ademais, não poderia o empregador locupletar-se ilicitamente, o que ocorreria se fosse desonerado do pagamento de quaisquer direitos trabalhistas.

A teoria das nulidades em Direito do Trabalho deve ser sistematizada para sua efetiva aplicação, pois não se pode falar aqui em restituição ao statu quo ante, pois o patrão já se beneficiou da mão-de-obra de seu empregado, não sendo plausível a geração de efeitos extunc da nulidade, mas, sim, ex nunc, ou seja, a invalidade de atos praticados da decretação da nulidade em diante, viabilizando a manutenção do contrato de trabalho enquanto vigorou.

### 5.3 EMPREITADA

A empreitada ou locação de obra é contrato de natureza civil em que o empreiteiro obriga-se a realizar uma determinada obra, pessoalmente ou por terceiros, mediante remuneração devida pela outra parte, chamada comitente.

A locação de serviços difere da empreitada, pois, ao contrário dessa, a locação de serviços é o contrato em virtude do qual o locador se compromete a prestar certos serviços, que serão remunerados pelo locatário, levando em conta, portanto, o próprio serviço.

A exemplo da diferença, Orlando Gomes e Élon Gottschalk<sup>36</sup> citam:

“Cuidar de uma casa, cultivar um campo, conduzir um carro, a tanto por mês ou por ano, são casos típicos de locatio operarum; construir uma casa, conduzir tal navio a determinado lugar, por tal preço, são casos de locatio operis faciendi ou redemptor operis.”

Tecidas as devidas considerações, passemos a uma análise mais detida acerca da empreitada.

Regra geral, na empreitada, o dono da obra não responde, solidária ou subsidiariamente, nos casos em que a obra destina-se a aproveitamento próprio, ampliação ou reformas em unidade produtiva, quando não é este o cerne da atividade produtiva de uma empresa, e, com mais razão, nas obras de natureza residencial.

No mesmo sentido a OJ 191 da SDI 1 do TST, alterada pela Resolução 175/2011, que prenuncia que diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Os casos devem ser estudados individualmente a fim de que possa o julgador concluir pela natureza da obra e sua destinação, para, ao fim, decidir pela responsabilização ou não do dono da obra.

36. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 110-111.

Vale citar o acórdão abaixo transcrito:

“Dona da obra - Responsabilidade - OJ 191, TST - A relação jurídica existente entre o empreiteiro e o dono da obra é de natureza eminentemente civil e a que se estabelece entre o empreiteiro e seus empregados é regido pela legislação trabalhista. O dono da obra não é empregador dos trabalhadores que laboram para o empreiteiro e, em relação a estes não é titular de nenhum direito ou obrigação de cunho trabalhista. Ademais, a empresa que contrata outra empresa para executar serviços específicos (exemplo o de reforma do estabelecimento) não inseridos na sua atividade normal, atua na condição de dona da obra, circunstância que exclui a aplicação do art.455 da CLT. Também não há que se falar na aplicação da Súmula 331 do C. TST, visto que não se trata de contratação de trabalhadores por intermédio de empresa interposta, mas da contratação de um determinado serviço, cuja a finalidade é o resultado da obra, esgotando-se com a sua conclusão, característica que a diferencia da terceirização. Nesse sentido é a OJ 191 do C. TST.”<sup>37</sup>

Assim tem entendido a jurisprudência dominante, a exemplo das ementas abaixo transcritas:

“Terceirização. Obra. Responsabilidade subsidiária. I. A responsabilidade subsidiária da dona da obra só é afastada quando a obra é destinada exclusivamente à formação do seu patrimônio, ainda que útil e mesmo necessária aos seus objetivos. Não, porém, quando a obra é diretamente relacionada com a atividade-fim. II. A responsabilidade da empresa contratante, na terceirização de serviços que poderiam ser executados com mão-de-obra própria, é questão, simplesmente, de justiça e, mais que isso, impede a exploração do trabalho humano,

37. TRT/SP - 00572200502302004 - RO - Ac. 4ª T 20090647690 - Rel. Ivani Contini Bramante - DOE 28.08.2009. Disponível em www.trtsp.jus.br. Acesso em 22.09.2014.

atendendo, portanto, ao elevado princípio, universal e constitucional, que é o da dignidade humana. A terceirização não permite que a contratante lave as mãos diante da angústia daqueles que trabalharam em prol dos seus interesses, ainda que através de outro empregador, que em regra ou desaparece ou não tem como satisfazer as obrigações trabalhistas. Escolher bem e fiscalizar a satisfação dessas obrigações das empresas contratadas não só é uma exigência ética, como também uma decorrência da abrangente função social da empresa.”<sup>38</sup>

“Responsabilidade solidária. Atividade relacionada à construção civil. Dono da obra que não atua na incorporação ou na construção. Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-I do C. Tribunal Superior do Trabalho. A contratação de empreiteiro, por empresa que não se dedique à atividade relacionada à construção civil, não gera qualquer responsabilização desta, nos termos da Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-I do C. Tribunal Superior do Trabalho.”<sup>39</sup>

Em sentido contrário ao já exposto, há quem entenda que ainda que a dona da obra não exerça atividade econômica de construção ou incorporação, a obra contratada, quando intimamente relacionada com a consecução de seus fins econômicos (construção de unidade comercial), não se aplica a OJ 191 da SDI 1 do TST e responsabiliza a dona da obra, pois essa deveria se valer dos instrumentos contratuais para exercício do seu direito de fiscalização sobre o correto adimplemento das obrigações

38. TRT 2º R. Processo 00744200130102003 - RO - Ac. 3ªT 20040134339 - Rel. Eduardo de Azevedo Silva - DJ 06.04.2004. *Ementário de Jurisprudência do TRT/2ª Região SDCI e Turmas Equilíbrio*, n. 1, p. 344/345. Disponível em www.trtsp.jus.br. Acesso em 22.09.2014.

39. TRT/SP - 01208200731502003 - RO - Ac. 12ªT 20091050132 - Rel. Vânia Paranhos - DOE 18.12.2009. Disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Boletim/turmas/bol\_78\_09.pdf. Acesso em 22.09.2014.

trabalhistas da empreiteira (culpa in vigilando).

Em artigo cujo tema foi a análise crítica da OJ 191 da SDI 1 do TST, Manoel Carlos Toledo Filho<sup>40</sup> asseverou, com propriedade que:

“Os princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro, plasmados na Constituição Federal, impõem que todo aquele que tenha sido beneficiado pela consecução de um trabalho humano responda, em alguma medida, pela remuneração correspondente. A OJ 191 do Tribunal Superior do Trabalho, ao concretizar a integral exclusão do dono de uma obra da responsabilidade em questão – postura que tem sua origem dogmática em uma indevida exacerbação da teoria contratualista – está, por conseguinte, em manifesta contradição com o mais alto patamar do ordenamento nacional.”

Quando a obra da tomadora é destinada à realização de sua atividade-fim e, portanto, lucrativa, impor-se-ia a sua responsabilidade subsidiária pela condenação em verbas trabalhistas, uma vez que se beneficiou do trabalho do obreiro para a obtenção de lucros, não se tratando da hipótese prevista na OJ 191 da SDI 1 do TST, mas tão-somente do fato de ser beneficiária dos serviços, e competia-lhe fiscalizar o efetivo cumprimento do contrato, no que concerne ao adimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados contratados pela prestadora.

### 5.4 “PEJOTIZAÇÃO”

Fenômeno que, a nosso ver, infelizmente, vem sendo bastante difundido no mundo do trabalho, consiste, basicamente, na utilização fraudulenta de mão-de-obra de um empregado através de uma pessoa jurídica por ele criada, como se fosse mero prestador de serviços à empresa, quando, em verdade, mascara uma relação de emprego.

40. *A OJ 191 DA SBDI-1 do TST: uma estrambótica imunidade*. In *O mundo do trabalho*, vol. 01, p. 315.

Como informa Márcio Pochmann<sup>41</sup>, do ponto de vista da organização do trabalho, ganhou forte impulso a abertura de empreendimentos sem empregados, mais conhecidos por “PJs” que passaram a realizar atividades anteriormente desenvolvidas por empregados assalariados formais.

Assevera o autor que “em 2005, por exemplo, quase 1/3 das empresas de terceirização de mão-de-obra não tinham empregados, enquanto em 1985, menos de 5% do total dos empreendimentos eram constituídos por “PJs”. Ou seja, no prazo de 20 anos, o número de “PJs” aumentou mais de 174 vezes”.

Por conveniência, explora-se a mão-de-obra a um custo mais baixo, pois se não há vínculo de emprego formalmente anotado, os encargos sociais derivados do contrato de emprego deixam de ser recolhidos.

O trabalhador e a sociedade saem prejudicados; o primeiro por não contar com as garantias que um contrato de trabalho oferece (13º salário, férias + 1/3, seguro-desemprego, multa de 40% do FGTS, tempo de contribuição, entre outros) e a segunda, por não contar com os recursos que seriam endereçados à Previdência Social, já que a Seguridade Social é pautada pelos princípios da solidariedade e da universalidade da cobertura e do atendimento.

A professora Magda Barros Biavach<sup>42</sup>, nomeada para integrar a comissão legislativa com vista ao exame detalhado da preocupante proposta de reforma da CLT, em mensagem sobre o projeto em trâmite assevera que “o número de PJs contratados cresce vertiginosamente, suplantando o da contratação de “cooperativados”. Ainda em referência aos estudos que a Carta Social do Cesit/IE veicula, depois de 1995 o número de empresas “sem empregados” cresceu 40%. Em 2005, essas empresas já apresentavam um universo de 4,1 milhões de ‘patrões de si mesmos’.”

A contratação de ex-funcionários ou até contratados inicialmente como au-

41. *Op. cit.*, p. 61.

42. *Mensagem sobre o Projeto de Lei 1987/2007*. Disponível em www.fazer.com.br. Acesso em 18.09.2014.

tônomos para desenvolver atividade-fim poderá ser confundida com a locação de mão-de-obra, podendo não ser entendida como uma prestação de serviços, mas como relação de emprego.

Reputa-se flagrante o intuito de ocultar a relação de emprego quando, a despeito da intermediação da fictícia empresa, remanesce o labor sujeito às ordens e diretrizes emanadas dos superiores hierárquicos, com sujeição a horário e impossibilidade de se fazer substituir, o que não se coaduna, absolutamente, com a autonomia própria daquele tipo de vinculação.

O juiz Homero Batista Mateus da Silva<sup>43</sup> aborda a temática de forma bastante didática ao assumir que:

“O direito do trabalho não se sensibiliza com cláusula contratual ou disposição legal tendente a abolir a formação de uma relação de emprego, sempre que surgirem os elementos configuradores ou definidores desse tipo de contrato. Cuida-se de um ramo de direito privado, mas com forte ingerência estatal, a fim de promover e assegurar a dignidade do trabalhador e a devida retribuição à energia humana empreendida, independentemente da intenção original das partes ou de eventual desvirtuamento daquilo que inicialmente se concebeu.”

O desenvolvimento dessas atividades no foco do objetivo social, preenchidos os requisitos do artigo 3º da CLT, desnatura o trabalhador como autônomo, consoante, sob variadas fundamentações, se extrai de acórdãos abaixo transcritos:

“Vínculo de emprego. Trabalho autônomo. Funções ligadas à atividade-fim da empresa. Impossibilidade. O vínculo empregatício configura-se não pelo aspecto formal, mas pela realidade dos fatos, em observância ao princípio da primazia da realidade, que acarreta a descaracterização de uma relação civil de prestação de serviços, quando presentes os requi-

sitos da relação de emprego. A empresa não pode se utilizar de pseudo trabalhador autônomo para a consecução de seu objetivo social, pois tal conduta acarreta a transferência ilícita dos riscos de sua atividade econômica, caracterizando fraude à legislação trabalhista. Recurso Ordinário não provido.”<sup>44</sup>

“Vínculo de emprego – Autônomo - Não é autônomo o trabalhador que está inserido dentro da organização empresarial e da mesma recebe ordens.”<sup>45</sup>

“Vínculo de emprego no período sem anotação da CTPS – Fraude à legislação trabalhista – Constituição de pessoa jurídica para mascarar a verdadeira relação havida entre as partes – art. 9º da CLT – Princípio da primazia da realidade - A contratação de empregado condicionada à prévia constituição de pessoa jurídica com pactuação de contratos fictícios de prestação de serviços com empresas interpostas, visando tão-somente mascarar a verdadeira natureza do vínculo havido entre as partes, deve ser repudiada pelo ordenamento jurídico, em face do princípio da primazia da realidade, aplicando-se o art. 9º da CLT, que objetiva desconstituir os atos praticados com o intuito de desvirtuar e fraudar preceitos trabalhistas. Ativando-se o Reclamante como empregado da Reclamada mediante sujeição às ordens e diretrizes emanadas dos superiores hierárquicos, horários de trabalho, recebimento de salários e impossibilidade de se fazer substituir por outrem em sua prestação de serviços, deve ser reconhecida a existência de vínculo de emprego também no período sem anotação da CTPS, máxime quan-

do constatado que, após o registro, permaneceu desempenhando as mesmas atividades, relacionadas ao fim da empresa, sem solução de continuidade.”<sup>46</sup>

“Vínculo de emprego. Terceirização. Prestação de sérico por suposta pessoa jurídica. Princípio da primazia da realidade. A r. sentença recorrida bem decidiu reconhecer a existência de vínculo jurídico de emprego entre o instalador de linhas telefônicas e a empresa de serviços de telefonia, após constatar que o obreiro teve de constituir pessoa jurídica para firmar contrato de prestação de serviços com a empresa interposta na terceirização de serviços patrocinada pela empresa tomadora de serviços, cumprindo ordens de serviço, sem assumir riscos e custas do empreendimento, de forma pessoal e não eventual, diretamente subordinado à empresa interposta e sendo obrigado a utilizar uniforme dessa empresa interposta. O contrato de prestação de serviços entre a empresa interposta e a suposta pessoa jurídica constituída pelo prestador de serviço é, portanto, apenas instrumento de fraude trabalhista que sucumbiu diante do crivo do princípio da primazia da realidade.”<sup>47</sup>

A fraude se verifica quando se dá o dispêndio de esforço físico e intelectual para o desempenho do trabalho para um único cliente tomador dos seus serviços, justamente aquele que supervisiona e fiscaliza o trabalho, gerando uma única fonte de renda.

O preço fica estritamente condicionado à vontade do tomador, privando o prestador do seu poder de barganha ou negociação, pois estará numa posição hierarquicamente inferior em relação ao tomador.

Há casos, ainda, em que o empregado é compelido à emissão de notas fiscais fraudulentas, sem as quais o pagamento de salário é obstado.

Tem sido comum a prática de algumas empresas de passar a ex-empregados agora constituídos em microempresários, ou empresários individuais, as tarefas que desempenhavam quando eram empregados subordinados à empresa, que, agora, os contrata para fornecer ou prestar serviços. Também bastante difundida é a prática de obrigar o trabalhador a constituir pessoa jurídica como fator condicionante à própria admissão.

Essas atitudes não são vistas com bons olhos pelo Judiciário, pois tem como escopo tão-somente encobrir a verdadeira relação de emprego havida entre as partes.

#### 5.5 CONTRATO DE ESTÁGIO

No dia 25 de setembro de 2008 foi promulgada a Lei n. 11788, que revogou a Lei n. 6494/1977, trazendo novos dispositivos sobre a relação trilateral que existe entre o estagiário, tomador de serviço e a instituição de ensino.

A Lei em comento mantém algumas exigências trazidas pela lei anterior, como a necessidade do contrato de estágio ser expresso entre o tomador e estagiário e homologado pela instituição de ensino, bem como obrigatoriedade de identidade nas funções exercidas pelo estagiário quanto ao objeto do curso, fatos estes que se extraem da simples leitura dos incisos “II” e “III” do artigo 3º. da Lei, deixando claro sua preocupação na não ocorrência de “maquiagem” de vínculo empregatício.

O próprio art. 3º, em seu §2, esclarece que “o descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.”

Em suma, em regra, na relação triangular entre estagiário, parte concedente do estágio e instituição de ensino não há qualquer relação de emprego, desde que tenha como objetivo a formação profissional do estagiário.

A violação a qualquer aos requisitos formais (também impostos na legislação

revogada) desencadeia na formação do vínculo empregatício como relatou a Douta Desembargadora Relatora Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha, em acórdão recentemente proferido:

“No caso dos autos, não logrou a reclamada comprovar ter providenciado, à época própria, o termo de compromisso firmado com o reclamante e com a interveniência da instituição de ensino, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6494/77.

Ressalta-se que competia à reclamada, e não à reclamante, como entendeu a Origem, demonstrar a estrita observância às regularidades formais exigidas pela lei especial, sendo ainda certo que os documentos juntados em defesa, às fls. 34/42, em nada lhe auxiliam.

Atente-se que, já na inicial, o reclamante afirmou que a instituição de ensino recusou-se a assinar o contrato de estágio, alegando irregularidades. Ora, cabia à reclamada apresentar o termo de compromisso regularmente constituído, o que não fez, dando o passaporte para se concluir que a alegação do autor, no sentido de que o contrato de estágio seria nulo, é verdadeira.

Destarte, entendendo ser nulo o contrato de estágio, pois não preenchidos os formais requisitos legais, mais especificamente aquele contido no artigo 3º, da Lei nº. 6494/77, impõe-se o reconhecimento da relação de emprego havida entre as partes, devendo ser reformada a r. sentença de primeiro grau.

Nesta esteira, dou provimento ao recurso para declarar o vínculo empregatício havido entre as partes pelo período de 15.05.2007 a 21.01.2008, determinando a baixa dos autos para que sejam analisados os demais pedidos, como de direito.”<sup>48</sup>

Que não nos saia da mente, ainda, a redação do art. 15, que assinala que a manutenção de estagiários em desconformidade com a Lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins

da legislação trabalhista e previdenciária.

Ora, dessa forma, buscou a lei coibir práticas abusivas, inclusive quando prevê, em seu art. 15, §1º, penalidade de proibição de contratação de estagiário por 02 (dois) anos em caso de reincidência na prática de conduta irregular.

#### 6. ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA N. 331 DO TST

##### 6.1 ATIVIDADE FIM X ATIVIDADE MEIO: DIFICULDADE NA DISTINÇÃO

A Súmula 331 acabou, de modo geral, sendo uma resposta um tanto quanto cinzenta às críticas direcionadas à Súmula 256 quanto à ausência de tratamento diferenciado entre empresas que terceirizavam atividade-fim e aquelas que o faziam em atividade-meio. Regra geral a retrocitada Súmula considera ilícita a terceirização em atividade-fim da empresa.

A diferenciação entre os dois termos exige bastante cuidado do intérprete, vez que são conceitos indefinidos e variáveis dependendo da análise cuidadosa de cada caso concreto.

No mesmo sentido é o magistério de Luis Carlos Amorim Robortella<sup>49</sup> ao lecionar que:

“É possível vislumbrar-se, em tese, a diferenciação entre as atividades-fim e as atividades-meio da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Não há, entretanto, critério absolutamente seguro para a diferenciação dessas atividades, a tal ponto de o critério tornar-se determinante no que tange à responsabilização das empresas na intermediação de mão-de-obra. Na realidade, tais conceitos não são conceitos jurídico-trabalhistas. São conceitos inerentes à atividade empresarial, que hoje conta com uma especialização tecnológica em suas necessidades, praticamente alheia ao Direito e, em sua dinâmica, em questão de pouco tempo a ativida-

44. Acórdão 20090445672 12º T DJ 19/06/2009 Processo 20070843133 Relator: Davi Furtado Meirelles. Disponível em www.trtsp.jus.br. Acesso em 23.11.2009.

45. Acórdão: 20090328870 3º T DJ 26/05/2009 Processo: 20060020002 Relator: Jonas Santana de Brito. Disponível em www.trtsp.jus.br. Acesso em 23.11.2009.

46. Processo 00211200810803000 4º T DJ 17.08.2009 Rel: Luiz Otávio Linhares Renault. Disponível em www.mg.trt.gov.br. Acesso em 01.10.2014.

47. Processo 01086200810403000 3º T DJ 25.05.2009 Rel: Milton Vasques Thibau de Almeida. Disponível em www.mg.trt.gov.br. Acesso em 27.09.2014.

48. TRT/SP 00934200800502008 - RO - 1ªT - Certidão de Julgamento n. 20090387966 - DOE 09.06.2009. Disponível em www.trtsp.jus.br. Acesso em 21.09.2014.

49. Terceirização: Tendências em doutrina e jurisprudência. Revista do Trabalho & Doutrina, nº21, p. 32-37.

de-meio pode converte-se em atividade-fim e vice-versa.”

À primeira vista, essa diferenciação poderia ser analisada dentro do próprio contrato social da empresa, onde consta o objeto social ou finalidade para a qual a empresa foi criada, sendo, o restante, atividade-meio para o seu regular desenvolvimento.

No entanto, essa análise superficial demonstra-se insuficiente, pois tão-somente reserva às atividades de suporte um caráter residual nem sempre compatível com a realidade empresarial.

De início, podemos extrair esse conceito de uma averiguação do artigo 581, §2º, da CLT que prevê, ainda que com o objetivo de classificação sindical:

“Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades converjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.”

Maurício Godinho Delgado<sup>50</sup> define atividade-fim como:

“Aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu pertencimento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.”

Em momento seguinte, o mesmo autor conceitua atividade-meio como:

“Aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu pertencimento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades

periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei 5645/70 (transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas), assim como outras atividades de mero apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc).”

A competência nuclear de uma empresa designa as competências estratégicas, únicas e distintivas de uma organização que lhe conferem uma vantagem competitiva intrínseca e, por isso, constituem os fatores chave de diferenciação face aos concorrentes.

Para poder ser considerado como um core competence, é necessário que a competência contribua de forma determinante para o produto final e seja de difícil imitação pelos concorrentes.

Assim definida, uma competência nuclear poderá ser, por exemplo, um conhecimento técnico ou uma tecnologia específica que é susceptível de oferecer um valor único para os clientes e que distinga a empresa dos rivais.

Quanto à possibilidade de utilização da terceirização nas atividades-fim, manifesta-se Sérgio Pinto Martins<sup>51</sup> no sentido de que certas atividades-fim da empresa podem ser terceirizadas, inclusive as que envolvem a produção, como ocorre na indústria automobilística.

O autor cita como amparo legal de seu posicionamento o art. 25 da Lei 8987/1995 que permite a terceirização da atividade-fim na concessão de serviços de telefonia, que, inclusive foi objeto de discussão e julgamento no Tribunal Superior do Trabalho, consoante segue<sup>52</sup>:

“A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho deu provimento a recurso de revista da Telemar Nor-

te Leste S.A. e afastou o reconhecimento do vínculo de emprego de um técnico em telefonia da Telemont Engenharia de Telecomunicações S/A diretamente com a concessionária de telefonia. O relator, ministro João Batista Brito Pereira, fundamentou seu voto na Lei nº 9472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações, ou LGT) para reconhecer a licitude da terceirização efetuada pela Telemar.

O relator observou, ainda, que, no caso específico das telecomunicações, a lei ampliou o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípua, que é a transmissão, emissão ou emissão de dados. O artigo 94 da LGT, em seu inciso II, autoriza as concessionárias a “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”. Mesmo que se entenda que o cabista exerça atividade-fim, ainda assim a lei permitiria a terceirização. “A expressa disposição de lei impede, no caso, o reconhecimento da fraude”, concluiu (RR-1680/2006-140-03-00.3).”

Sobre o tem, em 17.06.2014, o ministro do STF Teori Zavascki, por meio do ARE 791932, reconheceu a repercussão geral da matéria acerca da validade de terceirização da atividade de call center nas concessionárias de telecomunicações e determinou o sobrestamento de todos os processos que discutam a questão em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, de forma que a controvérsia será, por fim, elidida.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>53</sup> reconhece que:

“As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas e em alguns casos assumem riscos extrapolando a área em que é possível terceirizar, que é a das atividades-meio, o que é inevitável dada a insuficiência do referido critério. É que há atividades coincidentes com os

fins principais da empresa que são altamente especializadas e, como tal, justificar-se-ia plenamente, nas mesmas também, a terceirização. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico.”

Na opinião de Eduardo de Azevedo Silva<sup>54</sup>, com a qual concordamos:

“Embora a distinção entre atividade-meio e atividade-fim venha sendo utilizada fracamente pela jurisprudência e pela doutrina minoritária como elemento decisivo para a determinação da licitude da terceirização, essa orientação não é merecedora de aplausos, pois, em determinados segmentos da Economia, a complexidade do processo produtivo chega a tal ponto que muitas vezes não é nada fácil identificar ou distinguir as atividades acessórias das principais.”

Em situações desse jaez, não se pode perder de vista que não só deve a atividade pertencer ou não à atividade-fim da empresa (critério, a nosso ver, pouco preciso), mas também que a prestação não pode ser pessoal nem subordinada à tomadora (salvo para os que entendem que já se presume a subordinação estrutural ao tomador).

## 6.2 DISCRIMINAÇÃO NA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO TÃO SOMENTE DE ATIVIDADES DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA

Uma pesquisa da Manager Assessoria de Recursos Humanos, realizada em 1993, publicada no jornal ‘Estado de São Paulo’, de 14.09.1993, revelou que a área com maior concentração de terceiros é a de limpeza e conservação de ambientes, com 76,7% das respostas positivas para a adoção de terceirização

54. *Fornecimento de serviços e de mão-de-obra*, p. 13-27.

nessa área, índice cuja tendência, mais de 15 anos depois, é aumentar.

A limpeza e conservação de suas dependências, na maioria das vezes, são essenciais à vida das empresas, tanto quanto as fases de produção que antecedem a fase em que é formado o produto final.

A Súmula 331 do TST, em seu inciso III, exclui, de forma explícita e sem qualquer fundamentação legal (o que os diferencia dos serviços de vigilância), os serviços de conservação e limpeza daqueles que eventualmente podem caracterizar vínculo com a tomadora, se preenchidos os requisitos da pessoalidade e subordinação.

Presumir de forma taxativa que as atividades de conservação e limpeza sejam, em qualquer hipótese, consideradas atividades passíveis de terceirização gera uma aparente discriminação quanto à atividade em foco, afrontando o artigo 7º, XXX, CF e artigo 3º, parágrafo único, da CLT, que proíbem distinção relativas à espécie de emprego.

Ora, não se trata de situação de tratar desigualmente os desiguais à evidência de que não há fator de desigualação.

Sobre o princípio da igualdade ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>55</sup> que:

“É preciso que se trate de desequiparação querida, desejada por lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis. Daí o haver-se afirmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se esse intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer.”

Maiores dificuldades apresentam-se na compreensão do verbete se considerarmos que nem sempre é possível de-

55. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 46.

terminar-se com precisão a validade dos critérios meio e fim, posto que são igualmente necessários ao objeto social.

À guisa de ilustração, como considerar atividade-meio a de conservação e limpeza em hospitais e clínicas de análises laboratoriais, locais onde o asseio e higienização são indispensáveis para a perfeita consecução de suas atividades?

## 6.3 SUBORDINAÇÃO DIRETA X SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

A fim de conceituar a subordinação direta a que se refere o inciso III da Súmula 331 do TST, imperioso distinguir a evolução da conceituação conferida ao termo ‘subordinação’.

Primeiramente, cabe distinguir a subordinação com possibilidade de punição disciplinar trabalhista daquela oriunda do dever de fiscalização do cumprimento ou não das normas trabalhistas.

Optar pela terceirização obrigou muitas empresas a contratar os serviços das quarteirizadas (quarto elemento na angularização empresarial), para fins de fiscalização das terceirizadas.

As próprias empresas contratantes ou as quarteirizadas devem manter constante vigilância sobre empresa contratada para que esta, por sua vez, mantenha durante a execução do contrato as mesmas condições de solvência.

Exige-se do prestador que mantenha nas dependências do tomador cópia dos contratos de trabalho dos seus empregados que ali trabalham e cumprir as determinações das Normas Regulamentadoras referentes à prevenção de acidentes no trabalho, como preparar o PCMSO (item 7.1.1 da NR 07), constituir a CIPA (item 5.1, especificamente itens 5.46 a 5.50, e Quadro I da NR 05) e o SESMET (item 4.1, mais precisamente item 4.5, e Quadro II da NR 04).

O tomador deve conferir as anotações da CTPS dos empregados do prestador e exigir do prestador a apresentação periódica das folhas de pagamento, guias de recolhimento de INSS, FGTS e de retenção de Imposto de Renda na fonte.

A empresa tomadora deve agir com cuidado na contratação de serviço terceirizado, ou, de outra forma, acaba por ser responsabilizada, sendo necessário que ela controle se a prestadora tem

50. *Op. cit.*, p. 134.

51. *Lei das Telecomunicações autoriza terceirização de cabistas*. Disponível em [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8401&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=telefonia](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8401&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=telefonia). Acesso em 25.08.2009.

52. *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 374.

53. Alcance da responsabilidade laboral nas diversas formas de prestação de serviços por terceiros”, *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, vol. VI, nº 31, p. 10.

cumprido com todas as suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Alerta o advogado Marcel Cordeiro<sup>56</sup> que:

“Algumas contratações, inclusive, fixam uma cláusula no contrato de prestação de serviços chamada de “cláusula de retenção”. Essa cláusula prevê que se a empresa contratada não apresentar toda a documentação que comprove o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas na data estabelecida - como o início de cada mês -, a tomadora de serviços pode suspender o pagamento da prestação e não poderá ser protestada por isso.”

Essa medida consegue mitigar o impacto dessas ações, já que há a comprovação de que a tomadora acompanhou os pagamentos da empresa.

Nesse diapasão, deve, ainda, a tomadora conferir as horas extras eventualmente laboradas e sua quitação correta, pagamento de férias concedidas, adicionais de insalubridade/periculosidade, dentre outros.

É um ônus que lhe impõe a lei (art. 186 do Código Civil), posto que é a receptora da força de trabalho do trabalhador.

Como é cediço na jurisprudência pátria, a negligência nesta parte acarreta a responsabilidade in vigilando:

“Terceirização de serviço. Direito de fiscalização. É perfeitamente natural que o titular de um negócio faça a terceirização de serviços para os quais não possui seus próprios profissionais, mantendo ao mesmo tempo o direito de exercer o controle de qualidade sobre os serviços prestados pelo terceiro contratado. O titular do negócio não só pode, como deve exercer esse controle direto, por si ou através de propostos. Nisso reside a culpa in eligendo ou in vigilando quando a pessoa se omite em exercer a fiscalização, funda-

mento básico do Enunciado 331, IV, do TST. O direito que o contratante tem de fiscalizar não se confunde com a subordinação jurídica prevista no artigo 3º da CLT.”<sup>57</sup>

Superada a fase dessa diferenciação, passemos ao conceito de subordinação usado para caracterizar ou não o vínculo empregatício.

Há uma corrente doutrinária que entende que a subordinação, somada à personalidade, são requisitos indispensáveis para a configuração do vínculo de emprego com a empresa cliente. Dessa forma, a subordinação pode ou não estar presente na relação que envolve terceirização de serviços.

No dizer de Gladston Mamede<sup>58</sup>, em uma terceirização lícita seria fundamental que:

“O terceirizante não esteja em posição hierárquica superior ao terceirizatório (desbordando os limites razoáveis de respeito pelo contratado aos interesses do contratante na execução dos serviços). Não pode, portanto, haver controle rígido de horário (habitualmente respeitados) ou sobre a forma em que os serviços são prestados, assim como é inconcebível a exigência de personalidade na prestação dos serviços (importa, apenas, que os mesmos sejam prestados por pessoa qualificada).”

De outra banda, há aqueles que inserem na subordinação um contexto mais dinâmico.

Mauricio Godinho Delgado<sup>59</sup> conceitua a subordinação de forma ampla propondo-a como a “inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços”. A subordinação estrutural está diretamente relacionada com a inserção do trabalhador na dinâmica

57. TRT 2º Reg. RO 22375 – Ac. 20030050701 9º T DJ 28.02.2003 Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira. Disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br). Acesso em 05.10.2014.

58. *Em defesa da terceirização*, p. 758.

59. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. In: Revista Legislação do Trabalho, p.667.

empresarial, sendo irrelevante se recebe ou não ordens diretas do tomador dos seus serviços.

Esta tese consta bem conceituada em acórdão proferido pelo mesmo autor:

“Subordinação Jurídica – Dimensões pertinentes (clássica, objetiva e estrutural) - A subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º, caput, CLT).”<sup>60</sup>

Ainda concernente a esse conceito de subordinação destaca-se a ementa a seguir transcrita, citada pelo magistrado Jorge Luiz Souto Maior<sup>61</sup>, em artigo já mencionado:

“1. Subordinação reticular’ – Terceirização – Externalização das atividades essenciais – Empresa-rede – Vínculo de emprego com banco – 1. A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a ‘reticular’. 2. O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive poder empregatício de ordenação

60. TRT 3º R. RO 00287-2007-106-03-00-2 1º T 24.08.2007 Rel. Mauricio José Godinho Delgado. Disponível em [www.mg.trt.gov.br](http://www.mg.trt.gov.br). Acesso em 19.09.2014.

61. *Op. cit.*, p. 41.

do fator-trabalho. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta.”<sup>62</sup>

Assevera Souto Maior, com propriedade, que:

“Basta lembrar que o art. 2º, da CLT, considera empregador a empresa que assume os riscos da atividade econômica. Ou seja, em palavras mais diretas: é empregador o capital e não a pessoa física ou jurídica que pura e simplesmente emite ordens ao trabalhador. Fosse assim, o chefe de seção, que aluga do supermercado a seção de frios, seria o empregador e não o supermercado. Lembrese, ainda, do § 2º, do mesmo artigo, que considera, para fins trabalhistas, solidariamente responsáveis a empresa principal e todas as demais que com ela se interliguem na forma de um grupo econômico.”

Zéu Palmeira Sobrinho<sup>63</sup> assevera, de forma consistente, que:

“O TST presume que na terceirização típica não é possível deduzir-se um quadro de subordinação do trabalhador terceirizado em relação ao tomador. Esse raciocínio leva a uma premissa genérica que se mostra “idealista” e “obscura”. A maior inconsistência estabelece-se quando se supõe que com a terceirização permanente é possível ao trabalhador prestar serviços sem se sujeitar minimamente às ordens da empresa

62. Processo n. 01251-2007-110-03-00-5, TRT 3ª. Região, 1ª. Turma, Relator José Eduardo de R. Chaves Jr.

63. *Terceirização e Reestruturação Produtiva*, p. 90.

tomadora. No setor de petróleo, por exemplo, a tomadora dirige, ordena e controla a força de trabalho terceirizada, reservando à empresa cedente – na maioria dos casos – as funções de efetuar os pagamentos das verbas salariais e de formalizar as sanções disciplinares.”

A subordinação se opera sobre a atividade exercida e não sobre o obreiro, pelo que mesmo que o trabalhador seja terceirizado ele está inserido no contexto laboral da empresa junto à qual atua diretamente, não se discutindo, nessa seara, a questão de ser a subordinação direta ou indireta, eis que sempre estaria presente.

## 6.4 RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA TOMADORA

### 6.4.1 Responsabilidade subsidiária

A lei é omissa quanto à responsabilidade das empresas tomadoras, no entanto, a Súmula 331, inciso IV, do TST deixa bem clara a defesa da responsabilização subsidiária do tomador de serviços, ainda que esse tomador seja órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, entes incluídos em 2000, por meio da Resolução 96/2000.

Tendo em conta a redação do verbete, pode-se assumir que a posição majoritária quanto à responsabilização pelo inadimplemento das verbas pela prestadora é no sentido de conferir à tomadora responsabilidade subsidiária, devendo, por isso, ser observada a ordem de preferência para exigência dos débitos.

À parte dessa argumentação, os defensores dessa tese sustentam a responsabilização subsidiária nos seguintes argumentos.

Deve a tomadora dos serviços honrar com os créditos trabalhistas reconhecidos como devidos, mesmo porque se a empresa contratante descumpriu as suas obrigações trabalhistas, a tomadora incorrerá, na hipótese, em culpa in eligendo e in vigilando pois que, como beneficiária da atividade desempenhada, deveria fiscalizar o cumprimento das obrigações por parte da contratada (arts. 186 e 927 do Código Civil).

No mesmo sentido é o acórdão transcrito:

“Responsabilidade subsidiária. Terceirização. Tomador e beneficiários dos serviços deve responder pelas obrigações trabalhistas. Inteligência do art. 1º da CF/88, arts. 186 e 187 do Código Civil e Súmula 331, IV do C. TST. Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de configurar comportamento omissivo e ser imputada a responsabilidade subsidiária, por culpa in vigilando e in eligendo (artigos 186 e 187 do Código Civil). É nesse sentido também a diretriz da jurisprudência dominante (Súmula 331, IV do C. TST). Frise-se que a responsabilidade subsidiária implica na observância do benefício de ordem e não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho que é um dos valores fundantes da República Brasileira - artigo 1º da CF/88.”<sup>64</sup>

Dessa mesma forma, extrai-se do artigo denominado “Responsabilidade subsidiária na terceirização”, de autoria do magistrado Otavio Amaral Calvet<sup>65</sup>, que:

“Se a pessoa contratada pelo tomador dos serviços se torna inadimplente, há de se concluir que agiu este em abuso do seu direito regular de delegação de poder patronal, ou seja, o tomador excede os estritos limites da possibilidade de realizar a terceirização – essa exceção à regra clássica do direito do trabalho -, restando nesse momento configurado o ato ilícito capaz de autorizar a res-

64. TRT 15 R. Processo 00010200703215002 1º T DJ 28.08.2009 Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. Disponível em [www.trt15.jus.br](http://www.trt15.jus.br). Acesso em 23.08.2014.

65. Disponível em <http://www.calvet.pro.br/index2.asp>. Acesso em 04.11.2009.

ponsabilização civil do tomador por causar prejuízo ao trabalhador, na forma do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186, Código Civil), responsabilidade esta extracontratual já que inexistente instrumento contratual entre obreiro e tomador capaz de autorizar tal atribuição de responsabilidade.”

Em outras palavras, o ato ilícito do tomador dos serviços constitui o abuso do direito de terceirizar, abuso este que fica caracterizado pela ocorrência de dano ao empregado da empresa de terceirização. Sendo o abuso do direito o exercício desviado de um direito, constitui tal abuso ato ilícito capaz de ensejar a responsabilização de seu agente, conforme interpretação em sentido contrário do art. 160, I do Código Civil de 1916 (atual art. 188, I, Código Civil).”

Nessa esteira o Magistrado concluiu pela responsabilização subsidiária porque o tomador dos serviços é apenas o agente mediato do dano, sendo que, esgotada a tentativa de se responsabilizar o agente direto do dano (empregador inadimplente), buscar-se-ia a responsabilização do agente indireto do dano (tomador dos serviços).

Os juristas que refutam a tese da solidariedade fundamentam-se principalmente na dicção do artigo 265 do Código Civil, aplicado subsidiariamente ao direito do trabalho (artigo 8º, parágrafo único, CLT), dispõe que “a responsabilidade não se presume; resulta de lei ou da vontade das partes”.

Nessa alheta, Sergio Pinto Martins<sup>66</sup> lembra que

“Acertadamente o TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogicamente, o artigo 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta de lei ou da vontade das partes (artigo 265 do Código Civil). O inciso IV da Súmula 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao se falar em responsabilidade subsidiária.”

66. *Op. cit.*, p.138.

Ressalta, ainda que “a responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. Nesse caso, o responsável subsidiário irá responder desde que tenha participado da relação processual e tenha havido o trânsito em julgado da decisão.”

Nesse íterim, cabe concluir, que, de forma majoritária, a jurisprudência tem entendido pela aplicação da responsabilidade subsidiária, com observância do benefício de ordem, a uma pela exigência legal de fiscalização que se impõe a todos aqueles que se valem de terceiros para obter trabalho humano, a duas pelo fato de que o trabalho fora desenvolvido em proveito da própria tomadora dos serviços.

#### 6.4.2 Responsabilidade solidária

No entanto, há uma crescente parte da doutrina prevendo a hipótese de responsabilidade solidária do tomador na terceirização de serviços.

Quando foi editada, em 1963, a Súmula 341 da Suprema Corte previa a presunção de culpa do patrão por ato culposo de empregado ou preposto.

Com a edição do Código Civil de 2002, a referida Súmula perdeu eficácia, já que, consoante o texto do seu artigo 932, III, o empregador ou comitente é civilmente responsável por ato de seus empregados, serviços e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

A partir dessa responsabilização objetiva conferida aos empregadores, pode-se inferir que visa, com isso, que o tomador deva responder pela proteção ao trabalhador, já que é beneficiário direto de sua mão-de-obra.

Partindo dessa premissa, que há, no mínimo, dois causadores do dano, tais sejam a prestadora e a tomadora, devem ambas responder de forma solidária pela expressa previsão nesse sentido no artigo 942 do Código Civil.

Partindo para a teoria de uma doutrina mais clássica, vale invocar o princípio da alienidade ou ajenidade, proposto pelo jurista espanhol Manuel Alonso Olea.

Esse princípio significa aquisição originária de trabalho por conta alheia. Como bem conceitua Hugo Gueiros

Bernardes<sup>67</sup>, se refere “a aquisições originárias do resultado do trabalho alheio: atribuição ab initio, ao terceiro, dos frutos do trabalho por conta alheia, desde o momento mesmo de sua produção”.

A alienidade permite identificar com clareza os responsáveis solidários pelas obrigações trabalhistas, já que parte do pressuposto de que seriam todos aqueles em proveito dos quais se realiza diretamente a prestação de trabalho, assumindo estes o risco do negócio.

Em outras palavras, a regra é que o contrato de trabalho tenha caráter sinalgmático, sendo clara a identificação do empregador. Na terceirização, como quem aufere os lucros e se beneficia diretamente da mão-de-obra é o empregador real, deve ele ser considerado responsável solidário pelos débitos junto ao empregador aparente.

O princípio da boa-fé, que pressupõe que todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético, moral, de confiança e lealdade que se espera de um homem comum, é outro valor que empresta supedâneo à responsabilização solidária.

Não por menos que o juiz Francisco Alberto Motta Peixoto Giordani<sup>68</sup>, de forma brilhante, afirma que

“Parece claro que o trabalhador, que eu não classificaria como terceiro, mas como segundo dada a sua ligação ou dependência com os contratantes, encontraria aqui sólido fundamento para reclamar, tanto de sua empregadora, como da empresa cliente, ambas solidárias, o pagamento de seu crédito, já que o ajuste por elas levado a efeito não pode, em atenção aos efeitos externos do contrato, fazer com que ele fique, passe a pobreza da locução, no prejuízo, mesmo porque, vale insistir, não são apenas os contratantes que devem ser protegidos contra atos de terceiros, estes também merecem receber proteção, para que não ve-

67. *Direito do Trabalho*, p. 144.

68. *Intermediação de mão-de-obra – Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços*, p.794.

nam a experimentar prejuízos em decorrência do que pactuado entre os contratantes, sentimento esse que deve, no caso que ora nos ocupa, estar muitíssimo vivo, recebendo os aportes doutrinários e jurisprudenciais necessários para robustecer-se cada vê mais, de modo a não permitir que o engenho e a arte de contratantes despedidos de boas intenções ou mesmo inaceitavelmente indiferentes para com a sorte daqueles que em seu benefício trabalharam, frustrem os escopos que justificam mesmo a existência do Direito do Trabalho.”

O art. 113, do Código Civil, aplicado ao Direito do Trabalho pelo disposto no art. 8º, parágrafo único, da CLT, enuncia acerca da obrigatoriedade de interpretação dos contratos conforme a boa-fé, explicitando sua função interpretativa.

O art. 187, do Código Civil traz a função de limitar abuso no exercício de um direito ao prenunciar ser abuso o titular do direito que age excedendo os limites impostos pela seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou bons costumes.

Ainda, o art. 422 do Código Civil, prevê a obrigação de agir de boa-fé tanto na execução quanto na conclusão do contrato firmado entre as partes, configurando a função integrativa da boa-fé. No entanto, a boa-fé deve incidir também na fase pré como na fase pós-contratual, não olvidando a conduta proba na sua formação, execução e conclusão.

Concorda com a acertada tese a douta magistrada Alice Monteiro de Barros<sup>69</sup>, quando afirma que “mais conveniente teria sido edição de lei atribuindo ao tomador dos serviços a responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva, para assegurar ao obreiro maior garantia, à semelhança do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (art. 42).”

Até a presente data, tudo o que temos são propostas legislativas que se propõem a regulamentar a terceirização. Dessa forma, poder-se-ia considerar insuficiente a responsabilização subsidiária da tomadora, se levarmos em conta

69. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 429.

a aplicação conjunta do art. 8º, CLT com o art. 942, do Código Civil.

#### 7. DESVIOS DE FINALIDADE

O desvio de finalidade no uso da terceirização pode ser considerado como a pedra de toque para caracterizá-la como legal ou ilegal, na medida em que cabe ao intérprete do caso concreto distinguir o que pode ser considerado desvio.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>70</sup>, de forma brilhante, conceitua o desvio de finalidade como “o uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria”.

Sabemos que não é toda e qualquer forma de terceirização que será reputada como abusiva, mas tão-somente as que ultrapassarem as barreiras da legalidade, deixando de atender seus fins precípuos.

Pelo que foi exposto, pode-se dizer que a simulação, num processo de terceirização, mostra-se evidente quando pretende-se ocultar os pressupostos do vínculo empregatício que se fazem presentes na relação contratual “tomador e prestador de serviço”.

Nesse caso, em evidência o vínculo empregatício, a interposição de qualquer entidade é ato simulado, e, portanto, nulo de pleno direito (art. 9º, CLT).

São essas ilegalidades que acabam por gerar a precarização das atividades laborais, diminuindo o nível de remuneração e perda de benefícios eventualmente concedidos por normatização coletiva de trabalho.

Não obstante admitido, o instituto deve ser analisado com reservas, tendo em vista a possibilidade de ser utilizado como forma de fraudar direitos trabalhistas, desvirtuando-se de seu real objetivo.

Assim, tais pactuações sucumbem em caso de fraude na contratação, considerando o princípio da primazia da realidade do contrato de trabalho (aplicação do art. 9º, da CLT).

#### 8. MEIOS DE CONTROLE: FISCAL DO TRABALHO E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Enquanto o número de reclamações judiciais impetradas na Justiça do Trabalho por ex-funcionários contratados

70. *Curso de Direito Administrativo*, p. 372.

por grandes empresas diminuiu em 21% nos últimos nove anos, as ações movidas por empregados terceirizados que pedem a responsabilização subsidiária da empresa tomadora do serviço cresceu 71% no mesmo período.

Os números fazem parte da “Pesquisa Brasileira em Gestão do Capital Humano”, realizada pela Sextante Brasil, empresa de estudos e pesquisas especializada em gestão de pessoas<sup>71</sup>.

A fiscalização do Trabalho, criada inicialmente pelo Decreto nº 55.481 de 1965, protege o trabalhador enquanto lhe incumbe inspecionar o cumprimento da legislação pelos empregadores. Hodiernamente regulado pelo art. 21 da Constituição Federal que delega competência exclusiva à União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, mantém sua função fiscalizatória e punitiva.

O próprio texto celetista impõe como competência do auditor-fiscal do trabalho a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho (art. 626), sob pena de responsabilidade administrativa (art. 628).

Em 1997, o Ministério do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 03, com o fito de direcionar o trabalho de fiscalização dos auditores fiscais do trabalho sobre a prática da terceirização.

O parágrafo único do artigo 5º da IN 03/1997 determina que:

“Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego entre a contratante e os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros ou desvio da função destes, lavrar-se-á, em desfavor da contratante, o competente auto de infração, pela caracterização do vínculo empregatício.”

Há críticas à essa delegação conferida ao âmbito administrativo de reconhecer o vínculo, função precipuamente judicial.

Partilhemos do que propugna Sérgio Pinto Martins<sup>72</sup>, quando afirma que:

71. *Op. cit.* Disponível em [http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=6213](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=6213). Acesso em 02.10.2014.

72. *Op. cit.*, p. 167.

“A fiscalização trabalhista não é competente para dizer sobre a existência da relação de emprego, que só compete à Justiça Obreira (artigo 114, I, da Constituição). Poderá configurar a relação de emprego a hipótese mencionada, mas cada caso deverá ser apreciado em particular, de acordo com as provas existentes no processo trabalhista, o que não poderá ser declarado pela fiscalização trabalhista.”

Ao revés, há quem opine no sentido de que sendo válidos e fundamentados, restando sobejamente comprovada no auto de infração, devem prevalecer os termos do auto, vez que o Auditor-Fiscal do Trabalho tem a precípua função de fiscalizar se há correta observância aos termos e disposições legais nos ambientes de trabalho vistoriados.

A empresa terá, sob pena de ferir os princípios da ampla defesa e do contraditório, oportunidade de apresentar sua defesa administrativa caso entenda que atendeu aos requisitos legais cujo fiscal interpretou não ter seguido.

O Ministério Público do Trabalho, conforme o art. 127 da Carta Maior consiste em uma instituição permanente, essencial à jurisdição do Estado, que tem como competência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mais precisamente o art. 129 do mesmo Diploma dispõe acerca de suas funções institucionais, sendo uma delas promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos.

Nessa esteira, entendo pertinente a citação de recente julgado relacionado ao tema, abaixo colacionado, em que a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos.

No caso analisado, os ministros negaram provimento ao recurso de revista da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Novacap), condenada nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho por contratação de mão-de-obra terceirizada irregular a partir de ação

iniciada pelo MPT, em junho de 2003<sup>73</sup>:

“Dessa forma, restou provado que a relação de trabalho se desenvolveu com os requisitos do art. 3º da CLT, e que o vínculo de emprego só não é declarado em virtude de vedação constitucional, devendo, portanto, as referidas relações jurídico-trabalhistas serem consideradas nulas de pleno direito, porque desenvolvidas com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto à ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.”

Vale trazer à baila outra ementa, no mesmo sentido, em que o Ministério Público do Trabalho foi considerado parte legítima para propor ação civil pública na qual intenta a proibição de contratação de empregados por cooperativa de trabalho fraudulenta<sup>74</sup>:

“Embargos em Recurso de Revista. Ação Civil Pública. Pedido de vedação de contratação, pela ré, de empregados por cooperativa de trabalho fraudulenta. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho. Caracterização.

Trata-se o presente feito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo de impedir a empresa ré de contratar trabalhadores de forma fraudulenta por meio de cooperati-

73. RR 588/2003-011-10-00.1, Rel.Min Aloysio Corrêa da Veiga, DJ. 26.06.2009. Disponível em <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4828998.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1#h0>. Acesso em 19.08.2009.

74. TST-E-RR-775.008/01.2, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ - 16.03.2007. Disponível em [http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(4162163.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(4162163.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1). Acesso em 19.08.2009.

vas de trabalho, limitando-se a controvérsia a saber se há ou não legitimidade do Parquet para tal ação. Com efeito, a pretensão diz respeito a direitos individuais homogêneos, como corretamente salientado pela e. 4ª Turma, sendo, portanto, legítimo o Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente ação civil pública. Recurso de embargos não conhecido.”

Em mais um passo rumo ao enfrentamento de situações desse jaez, em meados de 2014, o MPT obteve sucesso na condenação da Petrobras Transportes S.A. – Transpetro ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 200 mil, que será revertido em favor do Fundo de Direitos Difusos, do Ministério da Justiça, por ter contratado ilícitamente ex-empregados, por meio de terceirização, para realizar serviços referentes à sua atividade-fim, em detrimento de aprovados em concurso público.<sup>75</sup>

Assim, todos os cuidados devem ser tomados no momento de se decidir pela terceirização como forma de contratação.

#### 9. PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO

A idéia deste item final é elaborar propostas de legalização/legitimação da terceirização, com o fito de ser usada não como meio de fraude à direitos trabalhistas, mas de modo compatível com estes últimos.

No Brasil, a terceirização acabou assumindo contornos próprios, ficando marcado como um caminho apenas para redução de custos. Na verdade, apenas subcontratar sem adoção de qualquer justificativa razoável, o que precisa de urgente reforma.

Bem a propósito, é a lição do minis-

75. TST-RR-535800-85.2008.5.12.0036, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 15.08.2014. Disponível em <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscojsjt=&numeroTst=535800&digitoTst=85&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0036>. Acesso em 03.10.2014.

tro do TST Vantuil Abdala<sup>76</sup>, no sentido de que:

“Todos sofrem as conseqüências da total ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados: os trabalhadores, porque vítimas das fraudes por parte de prestadoras de serviço inidôneas; as prestadoras de serviços idôneas, pelas conseqüências à imagem negativa da sua atividade e ainda pela concorrência predatória; as tomadoras de serviços de boa fé, pela indefinição e insegurança jurídicas; e, por fim, o próprio Estado, vítima não só como tomador de serviços, mas também como arrecadador do que lhe é devido por contribuições fiscais e previdenciárias. Some-se a isto a questão grave relativa à saúde e à segurança na prestação de serviços terceirizados.”

Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: a terceirização não vai acabar. Ninguém razoavelmente imagina uma economia saudável no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de serviços determinados fosse impossibilitada.

Algumas propostas para formalização e legitimação da terceirização seriam a garantia da isonomia salarial entre terceirizados e efetivos, a responsabilidade solidária da tomadora de serviços pelos débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas, enquadramento sindical no formato dos contratados diretamente, com o escopo de, como afirma Mauricio Godinho Delgado, promover o ‘controle civilizatório da terceirização’.

#### **9.1 ISONOMIA SALARIAL**

O princípio da igualdade social inevitavelmente demonstra sua maior aplicabilidade como meio de concretizar a justiça social nos próprios direitos sociais em geral.

76. *Terceirização: Anomia inadmissível*. Disponível em [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8730&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceiriza%E7%E3o](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8730&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%E7%E3o). Acesso em 10.10.2014.

O art. 1º da Constituição Federal, reportando-se aos fundamentos da República Federativa do Brasil, enumera, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e a crença nos valores sociais do trabalho. Ao colocar os valores sociais do trabalho no rol dos direitos fundamentais, quis a Constituição salvaguardar os trabalhadores contra o poder econômico, apontando no sentido de que os meios de produção não podem sobrepor à proteção do trabalhador enquanto ser humano.

Extrai-se daí, sob pena de atingir um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que a promoção da igualdade social constitui um dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, esta fundamento da República.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais prega que seja feita uma interpretação que possa dar a maior efetividade principalmente aos direitos e garantias fundamentais.

Tanto é assim, que a Lei 6019/1974, em seu artigo 12, alínea a, assegura ao trabalhador temporário a remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária.

Não seria razoável admitir a diferenciação salarial para idênticas funções em um contrato duradouro, enquanto que em um contrato temporário não se admite essa desigualdade salarial.

Inclusive, há decisões do Tribunal Superior do Trabalho adotando a isonomia salarial entre os ditos efetivos e terceirizados que desempenham mesma função, como a que segue:

“Terceirização. Isonomia salarial. Empregados da empresa prestadora de serviços. Empregados da empresa da tomadora. O entendimento reiterado desta Corte é no sentido de conceder a equiparação salarial, a fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto

em termos de salário quanto às condições de trabalho. Por disciplina judiciária, ressalvo meu entendimento pessoal e adoto a diretriz da maioria. Recurso de Revista de que não se conhece.”<sup>77</sup>

Foi editada a OJ 383 pela SDI-1 do TST, com o seguinte conteúdo:

“Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, “a”, da Lei n. 6019, de 03.01.1974.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6019, de 03.01.1974.”

O reconhecimento do direito à igualdade salarial, derrubaria o verdadeiro, em que pese velado, motivo do alastramento das terceirizações irregulares. Mais precisamente, no caso da OJ 383, responsabiliza a contratante pela isonomia salarial, muito embora não reconheça a formação de vínculo com a tomadora ente da Administração Pública, que se responsabiliza tão somente de forma subsidiária.

Em relação à condição de trabalho expressa pela remuneração e pela rotatividade de postos de emprego terceirizado, verifica-se que a primeira é, em média, o equivalente à metade do salário do empregado não terceirizado e a taxa de rotatividade representa um índice 70,1% maior que a praticada pelo conjunto dos empregados formais em São Paulo, segundo pesquisa realizada no Estado.<sup>78</sup>

No que tange à terceirização, o arti-

77. Processo: RR - 17080/2002-006-09-00.1 DJ: 21/08/2009, 5º T, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira. Disponível em [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br). Acesso em 03.10.2014.

78. POCHMANN, Márcio. *A superterceirização do trabalho*, p. 77.

go 461 da CLT é um dos exemplos mais evidentes dessa efetivação e deve, na terceirização, ser usado em consonância com o artigo 5º, §1º, da Carta Maior, que vaticina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sobre o tema, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho editou o Enunciado n. 1679, abaixo transcrito, que, aprofundando os dizeres da OJ 383, defende a isonomia salarial também nas hipóteses de terceirização lícita:

I – Salário. Princípio da isonomia. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

II – Terceirização. Salário equitativo. Princípio da não-discriminação. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.”

A flexibilização não pode ser usada como justificativa plausível para diminuição de direitos trabalhistas, levando em conta essa diferenciação que cria situações menos favoráveis. Não se pode pensar em concretizar a flexibilização a despeito do princípio da igualdade, um dos grandes princípios informadores da justiça.

## 9.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Muito embora tenha sido tratado do tema responsabilidade solidária em con-

traposição à responsabilização subsidiária, urge lembrar que a legislação brasileira empresta supedâneo suficiente à adoção da responsabilidade solidária.

Segundo a proveitosa lição da Ilustre Desembargadora Ivani Contini Bramante<sup>80</sup> em acórdão unânime da 4ª Turma do TRT da 2ª Região:

“Terceirização. Relação de preposição entre a empresa tomadora e a empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 932, III, CC). Responsabilidade objetiva e solidária do tomador pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 937, 933 e 942, CC). 1. Por primeiro, não se olvide que a Constituição Federal traz os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho como epicentro dos fundamentos da República (art. 1º, III e IV da CF/88). 2. Some-se que o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6019/74), bem como para os fins de recolhimento do FGTS (artigos 15, parágrafo 1º e 23 da Lei 8036/90) e das contribuições previdenciárias art. 23 da Lei 8212/91) e, quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2). 3. Agregue-se que, em matéria de responsabilidade, o novo Código Civil alterou a sistemática. Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186) adotou, também, a responsabilidade objetiva, fundada nas teorias: do risco criado, do risco da atividade, do risco do empreendimento, do risco profissional e do risco proveito. Pela teoria do risco proveito ou risco benefício todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados não terceiriza as suas responsabilidades. 4. A relação estabelecida entre a empresa tomadora e a empresa

fornecedora de mão-de-obra configura uma relação de preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária. A primeira é a tomadora do serviço e a segunda é fornecedora que atua como preposta em relação ao trabalhador terceirizado que presta o serviço que é aproveitado. 5. O tomador de serviços ao fazer a opção pela terceirização assume a responsabilidade objetiva (art. 927, § único, CC) por fato de terceiro (art. 932, III, CC) de forma solidária (art. 933 e 942, CC) tendo em vista a teoria do risco do empreendimento e do risco proveito. Referidos dispositivos civílistas são aplicáveis à terceirização ex vi do art. 8º da CLT.”

No mesmo sentido, aduz a Desembargadora Relatora Regina Dirce Gago de Faria Monegatto<sup>81</sup> em acórdão proferido:

“Tomadora de serviço – Responsabilidade solidária - Após a vigência do atual Código Civil não resta dúvida de ser solidária a responsabilidade da empresa tomadora de serviço. A matéria é expressamente disciplinada pelo art. 942, parágrafo único do CC.

A responsabilidade da tomadora de serviços pela reparação civil tem por fundamento legal o art. 932, do CC. Não há como afastar a solidariedade, pois essa é atribuída, por força de lei, às pessoas designadas no art. 932. A aplicação ao processo do trabalho do disposto no art. 932, do CC implica, por necessidade lógica, a incidência das diretrizes estabelecidas no parágrafo único do art. 942, do mesmo diploma legal, pois este último estabelece a natureza da responsabilidade estabelecida no já apontado art. 932. Tal decisão não afronta ao disposto na Súmula 331, do C. TST, cuja última alteração na redação foi publicada em 18.09.2000, antes da vigência do atual Código Civil.”

No mesmo sentido vem a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho que editou o Enunciado n. 1082, abaixo transcrito:

81. TRT 15 R. Processo 01207200409615005 DJ 18.11.2005 Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. Disponível em [www.trt15.jus.br](http://www.trt15.jus.br). Acesso em 28.09.2014.

82. MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria

“Terceirização. Limites. Responsabilidade solidária. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.”

Muito embora a Súmula n. 331 do TST trate a matéria de forma diversa, responsabilizando a tomadora de forma subsidiária, é cediço que o efeito das Súmulas editadas pelo TST não atinge o Legislativo, podendo o mesmo legislar em sentido diverso inclusive de decisão vinculante do STF, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável petrificação da evolução social e incorreremos no fenômeno da fossilização das disposições legais.

## 9.3 ENQUADRAMENTO SINDICAL

Os trabalhadores terceirizados, consoante *Ciro Pereira da Silva*<sup>83</sup>, estão fragmentados em duas espécies, tais sejam os espalhados no interior das empresas tomadoras, prestando serviços de vigilância, transporte, manutenção, restaurantes, higiene e os concentrados em fornecedoras, pequenas e médias empresas em geral pulverizadas por regiões distintas.

Sendo assim, a estruturação e organização sindical desses terceiros serão lentas. Porém, o autor acredita que esta estrutura será formada, a organização acontecerá, e a conscientização sindical aparecerá trazendo reflexos que já pertenciam ao passado, se comparados com categorias hoje tidas como maduras.

O presidente da ICEM – Federação Internacional dos Sindicatos da Química, Energia, Mineração e Indústrias Diversas para América Latina e Caribe, Sergio Novais<sup>84</sup>, fala sobre a terceiriza-

de Fátima Coêlho Borges; ELY, Leonardo (coords.). *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, p. 38.

83. *A terceirização responsável*, p. 112

84. *Brasil – Terceirização*. Disponível em <http://www.adital.org.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=40636>. Acesso em 30.09.2014.

ção em entrevista concedida em 21 de agosto de 2009 que:

“O ideal seria que a terceirização desse lugar à ‘primeirização’ e acabasse como aconteceu recentemente no Equador. Na minha opinião, entre os textos que pretendem regulamentar a terceirização, o Projeto de Lei nº 1621/07, do deputado Vicentinho (PT-SP), cuja proposta proíbe a terceirização da atividade fim, estabelecendo que as empresas deverão notificar os sindicatos com seis meses de antecedência sobre os setores que se pretende terceirizar e prevendo a responsabilidade solidária é o mais completo sobre este tema. O projeto está tramitando.”

A marginalização sindical dos terceirizados é patente, cabendo, nesse sentido, transcrever interessante audiência de conciliação ocorrida no Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região em 26.06.2002, descrito por Tânia Christina Zotto:<sup>85</sup>

“A CEAGESP enfrentava uma greve por causa da indefinição das negociações de data-base. Na mesa, a empresa e o Sindicato dos Empregados em Centrais de Abastecimento do Estado de São Paulo. Indagado sobre se as atividades essenciais e inadiáveis – aquelas referentes ao abastecimento de perecíveis – estavam sendo atendidas, o presidente do sindicato responde: “Esse pessoal é terceirizado, não é nosso, não é responsabilidade nossa”.<sup>86</sup>

Configura patente afronta aos princípios do direito coletivo que os empregados que trabalham no abastecimento do

85. *Op. cit.*, p. 04.

86. Na ata constou a manifestação da seguinte forma: “...o setor operacional de armazenamento de grãos e outros alimentos perecíveis do estabelecimento da Suscitante não sofre e não sofrerá os alegados prejuízos, posto que cerca de metade das apontadas atividades se encontra terceirizada e os respectivos trabalhadores não suspenderam suas atividades, visto que componentes de outra categoria sindical” (Processo TRT 2ª Região DC 197/02-2, fls. 270).

CEAGESP sejam terceirizados e que o Sindicato dos Empregados em Centrais de Abastecimento não seja seu legítimo representante.

Não defendemos a criação de um Sindicato dos Terceirizados, pois isso além de arrostar o princípio da igualdade, pulveriza a força dos trabalhadores, afundando-os no conformismo ao abdicar de sua identidade.

A mesma autora<sup>87</sup> registra que “admitir que exista um ‘sindicato de terceirizados’ não é lutar contra a terceirização que degrada os trabalhadores. É autenticá-la. É fazer com que cresça e ganhe legitimidade.”

A nosso ver, a opção mais razoável seria o enquadramento sindical feito por categoria profissional, no qual vincula à atividade econômica do empregador (art. 511, §2º, CLT), permitindo o alargamento da atuação sindical em benefício dos empregados terceirizados, convergindo suas propostas e medidas para um mesmo feixe de interesses.

Cabe à atuação sindical legítima mostrar que não há trabalhadores supérfluos, que não há trabalhadores mais iguais que outros, agindo com a idéia de que poderá haver mudança para melhor.

Nessa esteira, cabe ao sindicato denunciar e combater toda forma de terceirização ilegal, ao exemplo de casos como desrespeito ao ordenamento jurídico vigente ou normas coletivas aplicáveis.

## 9.4 REGISTRO E ESPECIALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA PRESTADORA DE SERVIÇOS

A empresa fornecedora de mão-de-obra deve ser especializada na prestação de determinado serviço, já que sua finalidade precípua é contratação para prestação de serviço específico, e não para atender toda e qualquer necessidade da empresa cliente. Se assim fosse, não poderia ser caracterizada como fornecedora de mão-de-obra especializada.

No processo de identificação dos parceiros potenciais, é indispensável avaliar a indicação das qualidades e competência de que uma empresa especializada é portadora.

87. *Op. cit.*, p. 08.

A qualificação refere-se a uma atividade que requer uma determinada iniciação sistemática, aprimorada no acompanhamento das novas técnicas aplicadas e a competência denota a habilitação adquirida para o correto exercício de determinada atividade<sup>88</sup>.

No mesmo sentido prenuncia o art. 2º da Instrução Normativa n. 03/1997, do Ministério do Trabalho e Emprego, abaixo transcrito:

“Para os efeitos desta Instrução Normativa, considerando-se empresa de prestação de serviços a terceiros a 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.”

Ademais, para que possa haver maior garantia de que o objeto do contrato será efetuado na condição técnica desejada pelo contratante, necessário que a empresa contratada fosse registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho, assim como exige o art. 5º da Lei 6019/74, que regula o trabalho temporário nas empresas urbanas.

Sendo assim, o contratado deve estar estabelecido como empresa regular especializada, o que significa ter todas as licenças necessárias e exigidas pelas autoridades públicas, apresentando sua contabilidade antes da contratação.

O contrato firmado entre as empresas deve guardar coerência, sendo uma contratada para exercer sua atividade-fim na atividade-meio da outra. Deve haver contratação compatível na qual o fornecedor já tenha o know-how suficiente para oferecer seus serviços de forma independente, o que não significa que o cliente deva se abster de acompanhar a idoneidade da empresa com que contratou.

88. ROMANOSCHI, Paulo Otto. *Terceirizar sem planejar pode falhar*, p. 84-85.

## 10. MEDIDAS JUDICIAIS E LEGISLATIVAS EM TRÂNSITO

### 10.1 REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

Não obstante a cizânia instaurada, e propostas para um novo modelo, importante ressaltar que o STF, em 06.06.2014, reconheceu a repercussão geral da matéria terceirização de serviços para a consecução da atividade fim da empresa, nos autos ARE 713211, cujo relator é o Min. Luiz Fux, e que a decisão será determinante para o futuro do instituto no Brasil, tanto que há inúmeros pedidos de entidades para intervir como *amicus curiae* nos autos.

Ao ver do magistrado Guilherme Feliciano, a terceirização, como amiúde implementada no Brasil, foge do modelo toyotista clássico (em que basicamente se terceiram segmentos auxiliares de produção e não mera mão-de-obra barata) e também do continental-europeu (em que se terceirizam serviços especializados). Criou-se, na prática, uma vez que promove dumping social: o aumento das margens de lucro dos tomadores condiciona-se à terceirização das relações de emprego e à sonegação de direitos sociais. Se o STF admitir a terceirização em atividades meio, esse quadro agravar-se-á exponencialmente<sup>89</sup>.

De outra banda, há opiniões no sentido de que o artigo 170 da Constituição, que subsidia o exercício da livre iniciativa na economia brasileira, deve prevalecer como argumento para que o STF derrube a Súmula 331 do Tribunal do Superior do Trabalho (TST), regra válida atualmente, que traz restrições à contratação de terceiros. A Súmula 331, de 2011, que é uma revisão da Súmula 256, de 1993, libera a terceirização de chamadas atividades meio, mas proíbe no caso de atividades fim, que seriam as principais da empresa. O problema é que não há definição clara de quais atividades pertencem a qual grupo. “Quando súmula foi editada, as circunstâncias

89. FELICIANO, Guilherme. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/dirigentes-da-anamatra-ressaltam-importancia-do-seminario-a-terceirizacao-no-brasil-impactos-e-resistencia-e-lutas>. Acesso em 10.10.2014.

eram outras”, disse o ministro aposentado do Supremo, Carlos Velloso<sup>90</sup>.

O jornalista elucida, ainda, que se o argumento da livre iniciativa prevalecer, um posicionamento da Suprema Corte contra a súmula 331 poderia pressionar a Câmara dos Deputados a votar o Projeto de Lei de 4330/2004, que trata da terceirização, a seguir tratado de forma minuciosa.

A terceirização da forma que vem sendo usada já tem criado conseqüências desastrosas, motivo pelo qual sua generalização sem limites legais, sequer responsabilização legal do tomador, certamente será responsável pela afronta aos ditames mínimos da dignidade do trabalhador e estimulará a ascensão de empresas com o mínimo de empregados.

### 10.2 PROJETO DE LEI N. 4302/1998

Voltou a tramitar no regime de urgência na Câmara dos Deputados o famigerado Projeto de Lei n. 4302/1998, apresentado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que trata do tema e altera a legislação sobre trabalho temporário e regulamentação a prestação de serviços (terceirização).

Em 2003, Lula requereu o arquivamento dessa proposição considerada nociva aos trabalhadores. A mensagem presidencial até hoje não foi votada, o que permitiu que o projeto de lei voltasse à pauta.

O projeto já tramitou na Câmara e no Senado, onde teve algumas modificações, o que o levou novamente à Câmara.

O texto aprovado pelo Senado Federal modifica a Lei n. 6019, de 3 de janeiro de 1974, para introduzir alterações nas regras vigentes sobre o trabalho temporário e inserir, na mesma Lei, disposições sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público aprovou no ano de 2008 a proposta com alterações.

90. DUMKE, Roberto. Disponível em <http://contadores.cnt.br/portal/noticia.php?id=34028&Cat=1&html>. Acesso em 10.10.2014.

O texto aprovado foi o substitutivo do Senado, com modificações ao Projeto de Lei n. 4302/1998 do Executivo. Ele também resgata alguns dispositivos aprovados na Câmara em 2000 que tinham sido modificados pelos deputados federais, como o que estabelece a responsabilidade solidária da empresa contratante quanto aos direitos trabalhistas.

Após ser encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, está atualmente na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

O PL 4302/1998, dentre outros elementos, dispõe em seu art. 3º original sobre a possibilidade de trabalho temporário no meio rural, acrescendo como hipótese de trabalho temporário a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Em 2003, o então presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ex-ministro Francisco Fausto, afirmou que as relações de trabalho no país, sobretudo no meio rural, sofrerão um gravíssimo retrocesso se o Poder Legislativo aprovar o Projeto de Lei nº 4302/98.<sup>91</sup>

Nesse ínterim, a Comissão de Trabalho optou por aprovar o projeto deixando o termo genérico pessoa jurídica e alterando o cabimento das situações do labor temporário.

A redação proposta pelo Senado e aceita pela Comissão para o art. 2º da Lei conceitua o trabalho temporário como “aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (caput), considerando complementar “a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal” (§ 2º), sendo que o art. 4º define como empresa temporária a pessoa jurídica, devidamente

91. Fausto alerta para risco de retrocesso em projeto de lei. Disponível em [http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=2600&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceirizada](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=2600&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceirizada). Acesso em 05.10.2014.

registrada no Ministério do Trabalho e Emprego, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

O projeto original excluía a possibilidade de substituir trabalhadores em greve, no entanto, o substitutivo do Senado que ressaltou as hipóteses em que a própria lei de greve permite a substituição do quadro de funcionários, o que não fora aceito pela Comissão do Trabalho, que manteve o texto original, com o argumento de inexistir prejuízo à sociedade.

Ademais, amplia a duração do contrato temporário dos atuais 3 (três) meses, prorrogáveis por autorização do Ministério do Trabalho, para 270 dias, ou seja, 6 (seis) meses prorrogáveis por 3 (três) meses (art. 7º do PL).

O texto aprovado pela Comissão do Trabalho mantém a ampliação do prazo de duração do contrato de trabalho temporário dos atuais 03 (três) meses para 180 dias, consecutivos ou não, autorizada a prorrogação por até 90 dias, consecutivos ou não, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (§§ 1º e 2º). Acordo ou convenção coletiva de trabalho poderão alterar esses prazos (§ 3º).

Há quem diga que esta ampliação da duração do trabalho temporário se choça com o próprio conceito de trabalho temporário, que somente pode ser feito em situações de necessidade transitória de substituição ou acréscimo extraordinário de serviços, muito embora o MTE já tenha editado Portaria nesse sentido, a de n. 789/2014, ampliando somente na hipótese de substituir funcionário do tomador que sai de férias ou entra em licença, hipótese em que poderá ser prorrogado por até 09 (nove) meses.

Quanto à responsabilidade acerca das verbas inadimplidas pela empresa temporária, inicialmente, o projeto do Executivo previu no seu art. 21 que seria subsidiária, salvo se pertencentes ao mesmo grupo econômico.

No entanto, a Comissão do Trabalho não aprovou o texto substitutivo do Senado (§ 5º do art. 5º-B), e restabeleceu o art. 10 do texto da Câmara, dispondo em sentido da defesa da responsabilidade solidária entre as empresas tomadoras e prestadoras temporárias sobre

as obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que dá maior garantia de crédito aos trabalhadores, elo mais fraco da relação.

### 10.3 PROJETO DE LEI N. 4330/2004

Em 2004, foi apresentado o Projeto de Lei n. 4330 pelo Deputado Sandro Mabel (PL-GO), ao qual foram apenas o Projeto de Lei n. 5439/2005, bem como outros Projetos.

Hodiernamente, em 08.04.2015, fora aprovada a subemenda substitutiva global oferecida pelo Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania às Emendas de Plenário e ao Projeto de Lei n. 4330/2004.

De conseguinte, na data de 22.04.2015, foi aprovada a redação final assinada pelo Relator, Dep. Arthur Oliveira Maia e foi enviada a matéria ao Senado Federal, sendo que tramita em regime de urgência.

Na sua origem, em seu artigo 2º conceituava a empresa prestadora de serviços a terceiros como a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos, sendo a empresa prestadora de serviços quem contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

Exigia, em seu artigo 3º, e manteve em seu art. 6º da redação final, para a celebração do contrato de terceirização que a empresa de prestação de serviços a terceiros apresente prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), o registro na Junta Comercial e capital social compatível com o número de empregados. No entanto, destacamos que a atual redação acrescenta que esse capital social deve estar integralizado.

O § 2º do artigo 4º autorizava que o contrato de prestação de serviços versasse sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante, questão que gera grande discussão, pois não esclarece a real intenção do legislador, autorizar somente em atividade-fim ou em qualquer atividade da empresa.

Curioso notar a relevante alteração da questão fixada pelo §2º do art. 3º na

redação final cujo texto ficou da seguinte forma: “a terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original”, sem tratar da precisa conceituação de serviços técnicos especializados.

Outra questão abordada fora acerca da responsabilidade das prestadoras de serviço quanto às dívidas trabalhistas, sendo que em seu art. 10 do texto primórdio dispunha que “a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Em seu parágrafo único acrescia que “na ação regressiva de que trata o *caput*, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Na redação atual, por sua vez, o art. 15 acolhe a responsabilidade solidária da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada quanto às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 da Lei, o que se aplica também na hipótese de subcontratação de parcela específica da execução dos serviços objeto do contrato.

Diversamente do texto original que dispunha no art. 12 que nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas seria regulada pelo art. 71 da Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, o texto alterado explicitou, em seu art. 1o, §§1o e 2o, que o disposto na Lei aplica-se às empresas privadas, bem como que as disposições da Lei não se aplicam aos contratos de terceirização no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Extraí-se daí que os termos da lei seriam aplicados tão somente na iniciativa privada, de forma que na iniciativa pública fica excluída, nos termos dessa lei, a

abordagem do tema da responsabilização do ente público pelo inadimplemento de verbas trabalhistas pela prestadora de serviços.

Também será alvo de debates a previsão de autorização legal da permissão de sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva, o que foi previsto pelo art. 5o e mantido pelo art. 14 da redação final.

Vale registrar que a redação atual mantém a autorização, mas inclui direitos em benefício dos trabalhadores terceirizados, como, a exemplo, deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

#### 10.4 PROJETO DE LEI N. 1621/2007

Foi apresentado outro Projeto de Lei, autuado sob o n. 1621/2007, pelo Deputado Vicentinho (PT-SP), que dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista, tendo como justificativa principal a definição da terceirização, assegurando a dignidade no trabalho.

O artigo 3º proíbe a terceirização da atividade-fim da empresa, definida, no § 1º, como aquela que guarda estreita relação com a sua finalidade central, para a qual foi constituída, estruturada e organizada em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.

Prevê, ainda, o impedimento de contratação de pessoa jurídica para exercer tais atividades, que devem ser realizadas somente por trabalhadores contratados com vínculo empregatício.

Dispõe, outrossim, acerca das seguintes exigências: igualdade de condições de trabalho, de saúde e de segurança, bem como de salário, entre empregados da tomadora e da prestadora; responsabilização da tomadora no que se refere aos gastos com deslocamento e acomodações, quando necessários; manutenção do emprego do desempenho da atividade para o qual foi contratado; e inexistência de subordinação e pessoalidade com a empresa tomadora na prestação do serviço terceirizado.

O artigo 9º considera que a tomadora é solidariamente responsável, independentemente de culpa, pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato de prestação de serviços, inclusive nos casos de falência da prestadora.

Informações sobre o cumprimento de tais obrigações deverão ser fornecidas mensalmente pelos prestadores aos tomadores e aos sindicatos. Mais precisamente, existe a obrigatoriedade de informar ao sindicato sobre os projetos de terceirização, no mínimo, com seis meses de antecedência.

O referido projeto apresenta propostas bastante salutares no que pertine a manutenção dos direitos trabalhistas e a garantia de cumprimento dessas obrigações.

O projeto tramitava juntamente com o Projeto de Lei 4330/2004, em observância ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

No entanto, em 22.04.2015, seguido da aprovação da subemenda substitutiva global apresentada ao PL 4330/2004, foi determinada a desapensação automática dos PL apensos, entre eles o PL 1621/2007, em virtude da declaração de prejudicialidade destes.

#### 10.5 ANTEPROJETO DE LEI DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

O Poder Executivo, através do Ministério do Trabalho e Emprego, tomou a iniciativa de elaborar uma minuta de texto de um anteprojeto de lei, em 03 de outubro de 2008, para a regulamentação da contratação de serviços terceirizados tão somente no setor privado, diferenciando-o da terceirização de mão-de-obra. Ele considera pessoa jurídica especializada aquela que possua em seu objeto social atividades específicas relacionadas ao serviço contratado.

Adverte o magistrado Alexandre Agra Belmonte<sup>92</sup> que:

“O anteprojeto de terceirização do Ministério do Trabalho e Emprego elimina a distinção entre atividade-meio e atividade-fim como

pressuposto da licitude da terceirização. Altera, assim, a forma de proteção em relação à atual construção jurisprudencial, eis que busca evitar os efeitos de uma possível precarização por outros meios, ou seja, da concessão de igualdade de tratamento entre os trabalhadores da empresa tomadora e da empresa contratada e da variação da responsabilidade: solidária, na inobservância dos pressupostos que estabelece, e subsidiária, quando cumpre os ditames da lei, incluindo a fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas pela terceirizada.”

O artigo 5º prevê a responsabilização solidária pelo adimplemento das verbas e encargos trabalhistas durante o período e nos limites da execução do serviço contratado, inclusive se houver subcontratação de serviços, de forma que a responsabilidade poderá ser subsidiária se a contratante comprovar que na celebração e durante a vigência do contrato cumpriu o disposto nos arts. 2º, 3º e 7º do mesmo anteprojeto.

Prevê, ainda, mesmo enquadramento sindical aos empregados da empresa contratada, sendo assegurado a eles os direitos instituídos em dissídio coletivo ou convenção coletiva celebrados pelo sindicato representativo da categoria profissional respectiva.

O magistrado Luciano Athayde Chaves<sup>93</sup>, presidente da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (gestão 2009 a 2011), tece elogios a este dispositivo em artigo intitulado “Contra a precarização do trabalho” ao sustentar que:

“Essa medida, além de concretizar o princípio constitucional da isonomia, revela um mecanismo com grande potencial de reduzir as contratações precarizantes, pois, do ponto de vista meramente econômico, pode não ser mais vantajoso terceirizar atividades.”

Quanto ao teor integral do projeto o mesmo jurista arremata asseverando que:

93. Fonte: Folha de São Paulo. Edição: 06.02.2010.

92. *Op. cit.*, p. 1202

### III. CONCLUSÃO

Como já advertiu o famoso jurista George Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o direito”.

O Brasil é o país com uma das mais altas concentrações de riqueza e renda do mundo, uma das razões pelas quais as questões de equidade e justiça distributiva são importantes desafios a serem superados na evolução do mundo do trabalho e da economia contemporânea.

Tais normas, de caráter programático, sofrem certas dificuldades para surtir efeitos em nossa sociedade, que sofre as mazelas de uma deficitária distribuição de renda. A atual conjectura nacional reflete a crescente taxa de desemprego, aliada ao despreparo e à lenta adaptação do mercado de trabalho às novas tendências de um mundo globalizado e informatizado. Daí porque, urge o desenvolvimento de uma política realmente voltada para o incentivo ao trabalho, em qualquer forma, para que o homem possa realizar suas necessidades básicas.

A forma com que é tratada a subcontratação no nosso país chega a ser desumana, não contribuindo com a melhoria da condição social do trabalhador, garantia esta concedida em nível constitucional.

A terceirização, já compreendida como uma realidade inexistente, surgiu como uma das técnicas de flexibilização do modelo laboral, nesse sentido, devendo vir para colaborar com a manutenção de uma estabilidade na organização do trabalho.

Conquanto a terceirização tenha alcançado suma relevância no âmbito sócio-econômico, conquistando seu espaço, o aspecto jurídico ainda possui desfalques e entraves que torna penosa a atividade de entrega da prestação jurisdicional, devendo ser revista sua regulamentação.

Ainda que louvável o intento do Judiciário Trabalhista ao editar a Súmula n. 331, é fato que tornou-se alvo de inúmeras críticas ao que sua aplicação ficou relativamente distante das respostas que a sociedade necessitava, diante da realidade do mercado.

Urge sejam apresentadas soluções legais efetivas para as questões que a realidade empresarial já enfrenta, pois que causa grande impacto principalmente nas relações laborais,

impedindo, com isso, que a terceirização desenfreada acabe por desfalcar o núcleo dos princípios protetivos que informam o Direito Laboral.

O cenário atual conta com o que será decidido pelo STF acerca da terceirização de atividade-fim que será parâmetro para os futuros julgamentos acerca da terceirização, bem como com os atuais projetos de leis.

Não obstante, hodiernamente, a forma em que se encontra configurada a terceirização no Brasil pode ser, muitas vezes, sem maiores dificuldades, considerada um retrocesso aos trabalhadores. Esses, em algumas situações, até desconhecem a empresa prestadora de serviços que os contratam, pois, não raro, são constituídas tão-somente com o fito de colocar mão-de-obra a serviço de outra empresa, sem possuir verdadeira atividade empresarial especializada no ramo de serviço que irá fornecer.

Entendemos essencial para fundamentar uma terceirização válida não somente uma nova abordagem no sistema legislativo que regula essa prática, com inclusão de aspectos como a garantia da isonomia salarial, a responsabilidade solidária da tomadora de serviços pelos débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas e o enquadramento sindical no formato dos contratos diretamente especialização da empresa prestadora de serviço.

Usada como meio de precarização das condições de trabalho e passivização de trabalhadores espelhará tão-somente uma panacéia para todos os males da empresa, de forma que a missão brasileira é compatibilizar as garantias trabalhistas e os modernos e racionais métodos de gestão empresarial que visam a excelência em produtividade e qualidade.

Sabemos que o trabalho é fonte da sobrevivência dos seres humanos, e, justamente por ser essa fonte única de riquezas das nações, deve ser das maiores preocupações do Estado.

A uma porque o governo deve proteger a comunidade, não escravizar-se aos interesses dos detentores do poder econômico e político. A duas porque, de outro lado, como mencionado pelo Papa Leão III, na Encíclica Rerum Novarum: “não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer, pelo excesso de fadiga, embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo”.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Viviane Guimarães. A flexibilização do direito do trabalho e as hipóteses de terceirização, contrato de trabalho temporário e a nova modalidade por prazo determinado. 1999. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. Terceirização: Atividade-fim e atividade-meio (Enunciado n. 331, TST). Suplemento Trabalhista n. 172. São Paulo, LTr, 2000.

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 2º ed. São Paulo: Cortez, 1995.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. A terceirização à luz do Direito do Trabalho. 1995. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista. Revista LTr, vol. 73. São Paulo: LTr, out. 2009.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Direito do Trabalho. v. 1. São Paulo: LTr, 1989.

BOMFIM, Benedito Calheiros. Globalização, flexibilização e desregulamentação do Direito do trabalho. In Globalização, neoliberalismo e direitos sociais. Rio de Janeiro: Desaque, 1997.

BOSCHI, Glaucio Bauab. Cooperativa de Trabalho e a terceirização da atividade-fim. 2000. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

BRITO, Armando de. O contrato realidade e a terceirização. Revista LTr, n. 58. São Paulo: LTr, fev. 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 3º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CASTRO, Rubens Ferreira. A terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 2000.

DEDECCA, Cláudio. As mudanças no sistema das relações de trabalho. Le Monde Diplomatique, n. 01, set. 2000.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização – Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. A terceirização no Direito do Trabalho brasileiro. Notas introdutórias. Revista LTr, n. 58. São Paulo: LTr, out. 1994.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. Introdução ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

FERRAZ, Fernando Bastos. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

FILHO, Manoel Carlos Toledo. A OJ 191 DA SBDI-1 do TST: uma estrambótica imunidade. In O mundo do trabalho, vol. 01. São Paulo: LTr, 2009.

GIGLIO, Wagner D. OIT e convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

GIORDANI, Francisco Alberto Motta Peixoto. Intermediação de mão-de-obra – Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços. Revista Legislação do Trabalho n. 72. São Paulo: LTr, 2008.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas – Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo, LTr, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. Terceirização de mão-de-obra. São Paulo: LTr, 2005.

HUSSON, Michel. Miséria do Capital: uma crítica do neoliberalismo. Lisboa: Editions Terramar, 1999.

JAVILLIER, Jean-Claude. Manual de Direito do Trabalho, trad. Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988.

- JUNIOR, Décio Sebastião. Terceirização. Reflexo do Enunciado 331 do TST no direito material. 2005. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- JUNIOR, Ophir Cavalcante. A terceirização das relações laborais. São Paulo, LTr, 1996.
- KALUME, Pedro de Alcântara. Terceirização. Revista LTr, n. 58. São Paulo: LTr, mar. 1994.
- LANDINI, Sonia Regina. Terceirização: precarização das condições de trabalho e alguns aspectos educativos. 1997. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- LEAL, Carla Reita Faria. Terceirização no Brasil sob a ótica das empresas fornecedoras de mão-de-obra. 1996. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- LEIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton. Terceirização – Uma alternativa de flexibilidade empresarial. 8º ed. São Paulo: Editora Gente, 1995.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Globalização, flexibilização e terceirização no direito individual do trabalho. Revista Trabalho & Doutrina, n. 25. São Paulo: Saraiva, dez. 2000.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Enio Rodrigues de. Terceirização de serviços. Suplemento Trabalhista, n. 149. São Paulo: LTr, dez. 1993.
- MACIEL, José Alberto Couto. Desempregado ou supérfluo? – Globalização. São Paulo, LTr, 1998.
- MAGANO, Octavio Bueno. Política do Trabalho. São Paulo: LTr, 1992.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Os princípios do direito do trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais. In O mundo do trabalho, vol. 01. São Paulo: LTr, 2009.
- MAMEDE, Gladston. Em defesa da terceirização. Suplemento Trabalhista n. 136/94. São Paulo.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. 9º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. Convenções da OIT. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. Estágio e relação de emprego. São Paulo: Atlas, 2009.
- MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. A desordem do trabalho. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Locação de mão-de-obra: as razões da antiga súmula 256. Trabalho e Processo, n. 4. São Paulo: Saraiva, mar. 1995.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A terceirização trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MONTESSE, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges; ELY, Leonardo (coords.). 1º Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.
- MOURA, Simone Dias de. A terceirização como instrumento de precarização das relações de trabalho. 2004. Especialização – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Alcance da responsabilidade laboral nas diversas formas de prestação de serviços por terceiros. Genesis – Revista de Direito do Trabalho, vol. VI, n. 31. Curitiba, jul. 1995.
- \_\_\_\_\_. Subcontratação ou Terceirização. Revista de Direito do Trabalho, n. 83. São Paulo: RT, set. 1993.
- NASSIF, Elaine Noronha. Fundamentos da flexibilização – Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.
- NETO, José Afonso Dallegre (Coord.). Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetivação. São Paulo: LTr, 2003.
- \_\_\_\_\_. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista Trabalhista Direito e Processo, n. 25. São Paulo: LTr, 2008.
- NETO, Pedro Vidal. A terceirização perante o Direito do Trabalho. Direito e processo do trabalho: Estudos em homenagem a Octávio Bueno Magano, coord. Estevão Mallet e Luiz Carlos Amorim Robortella. São Paulo: LTr, 1996.
- PALHARES, Maria Helena Vieira Batista. Um estudo sobre terceirização. 1998. Especialização – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- PAPA LEÃO XIII. Encíclica Rerum Novarum. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.
- PASTORE, José. Relações de Trabalho no Japão. São Paulo: OIT/IBCB, 1993.
- PEREIRA, Veruska Evanir. Uma contribuição ao estudo da técnica de terceirização – Uma visão global. 1998. Especialização – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- POCHMANN, Márcio. A superterceirização do trabalho. São Paulo, LTr, 2008.
- POLONIO, Wilson Alves. Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994. \_\_\_\_\_. Terceirização. Aspectos jurídicos. Responsabilidades. Direito Comparado. Revista LTr, n. 58. São Paulo: LTr, ago. 1994.
- \_\_\_\_\_. Terceirização: Tendências em doutrina e jurisprudência. Revista do Trabalho & Doutrina, n. 21. São Paulo: Saraiva, jun.1999.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1996.
- ROMANOSCHI, Paulo Otto. Terceirizar sem planejar pode falhar. São Paulo: Maltese, 1994.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. A Teoria do Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Editora Abril, 1982.
- SILVA, Antonio Álvares. Flexibilização das relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2002.
- SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável. São Paulo, LTr, 1997.
- SILVA, Eduardo de Azevedo. Fornecimento de serviços e de mão-de-obra. Trabalho e Processo, n. 4. São Paulo: Saraiva, mar. 1995.
- SILVA, Homero Batista Mateus. Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SILVA, José Ajuricaba da Costa e. A Solução Jurídica Japonesa. Revista LTr, n. 58. São Paulo: LTr, fev. 1994.
- SOBRINHO, Zéu Palmeira. Terceirização e Reestruturação Produtiva. São Paulo: LTr, 2008.
- SUGENO, Kazuo. Japanese Labour Law, traduzido para o inglês por Leo Kanowitz. Seattle & London: University of Washington Press, 1992.
- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Flexibilização do direito do trabalho: alcance e objetivo. Síntese Trabalhista, n. 126. Porto Alegre, dez. 1999.
- \_\_\_\_\_; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 18º ed. São Paulo: LTr, 1999.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O direito e a terceirização da economia. Revista dos Tribunais, n. 688. São Paulo: RT, fev. 1993.
- VILLELA, Fábio Goulart. Estudos temáticos de Direito do Trabalho para a Magistratura e Ministério Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ZOTTO, Tânia Christina. A terceirização como instrumento de precarização do trabalho, passivização dos trabalhadores e apatia sindical. 2002. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

SITES CONSULTADOS

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Disponível em [http://www.060.es/te\\_ayudamos\\_a/legislacion/disposiciones/6031-ides-idweb.html](http://www.060.es/te_ayudamos_a/legislacion/disposiciones/6031-ides-idweb.html). Acesso em 09.11.2009.

ABDALA, Vantuil. Terceirização: Anomia inadmissível. Disponível em [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8730&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceiriza%E7%E3o](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8730&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceiriza%E7%E3o). Acesso em 10.10.2014.

BIAVASCHI, Magda Barros. Mensagem sobre o Projeto de Lei 1987/2007. Disponível em [www.fazer.com.br](http://www.fazer.com.br). Acesso em 18.09.2014.

CALVET, Otavio Amaral. Responsabilidade subsidiária na terceirização. Disponível em <http://www.calvet.pro.br/index2.asp>. Acesso em 04.11.2009.

CORDEIRO, Marcel. Ação por terceirização é crescente. Disponível em [http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=6213](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=6213). Acesso em 02.10.2014.

DAU, Denise Mota. Dirigente da CUT fala sobre Portaria 186, terceirização e outros temas. Disponível em [http://www.cmq.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16730&Itemid=2](http://www.cmq.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16730&Itemid=2). Acesso em 10.11.2009.

DUMKE, Roberto. Disponível em <http://contadores.cnt.br/portall/noticia.php?id=34028&Cat=1&.html>. Acesso em 10.10.2014.

FAUSTO, Francisco. Fausto alerta para risco de retrocesso em projeto de lei. Em [http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=2600&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceirizada](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=2600&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceirizada). Acesso em 05.10.2014.

FELICIANO, Guilherme. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/dirigentes-da-anamatra-ressaltam-importancia-do-seminario-a-terceirizacao-no-brasil-impactos-e-resistencia-e-lutas>. Acesso em 10.10.2014.

JAVILLIER, Jean Claude. Javillier alerta que falta de normas pode gerar grandes desastres. Disponível em <http://www.jornaljurid.com.br/noticias/javillier-alerta-que-falta-normas-pode-gerar-grandes-desastres>. Acesso em 29.09.2014.

LUIZ, Salvador. Desempregabilidade e seus reflexos na atividade econômica e nos direitos sociais. Disponível em [www.jutra.org](http://www.jutra.org). Acesso em 10.09.2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo. Em [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/jorge_luiz_souto_maior.pdf). Acesso em 29.09.2014.

NOVAIS, Sérgio. Brasil – Terceirização. Disponível em <http://www.adital.org.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=40636>. Acesso em 30.09.2014.

RTP. Desemprego em Portugal aumenta para os 10,4 por cento. Disponível em [http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Desemprego-em-Portugal-aumenta-para-os-104-porcento-rt\\_p&article=314736&visual=3&layout=10&tm=6](http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Desemprego-em-Portugal-aumenta-para-os-104-porcento-rt_p&article=314736&visual=3&layout=10&tm=6). Acesso em 10.09.2014.

Econômico. Desemprego em Portugal registra maior queda na EU. Disponível em [http://economico.sapo.pt/noticias/desemprego-em-portugal-regista-maior-queda-na-ue\\_200433.html](http://economico.sapo.pt/noticias/desemprego-em-portugal-regista-maior-queda-na-ue_200433.html). Acesso em 24.09.2014.

SILVA, José Augusto Ferreira da. Empregabilidade em crise, dezesseis milhões de desempregados na Europa e meio milhão só em Portugal. Disponível em [www.fazer.com.br/a2\\_default2.as?cod\\_materia=2398](http://www.fazer.com.br/a2_default2.as?cod_materia=2398). Acesso em 11.09.2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Süssekind propõe CLT mais enxuta e controle na flexibilização. Disponível em [http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=3252&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=terceirizado](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3252&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=terceirizado). Acesso em 23.09.2014.



4º Colocado  
1º CONCURSO DE  
MONOGRAFIAS  
DA AMATRA-2

HÉLCIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela USP  
Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo  
Professor Universitário

## TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO PELA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS EM CASO DE FALÊNCIA DA EMPREGADORA

**RESUMO:** A terceirização não é fenômeno recente na economia e nas relações de trabalho no mundo e no Brasil. Surgiu com a Segunda Guerra Mundial, na indústria bélica, e ganhou maior impulso na década de 1980, no setor automobilístico. Atinge, atualmente, diferentes setores da produção e é caminho sem volta para a atividade econômica. Como tal, tanto o legislador quanto o intérprete das normas de proteção ao trabalho precisam atentar para essa realidade na elaboração e na aplicação desses preceitos no dia a dia. A falta de diploma legal específico para a terceirização no Brasil demanda a atuação mais ativa dos Tribunais Trabalhistas. A edição da Súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho teve o propósito de sanar a omissão legislativa e direcionar a melhor linha de interpretação jurídica para a solução dos conflitos decorrentes da terceirização. Delimitar a responsabilidade subjetiva pelos direitos do trabalhador terceirizado foi o primeiro passo nesse sentido. No entanto, é preciso fazer valer a decisão judicial condenatória, inclusive perante a empresa tomadora de serviços, se for necessário. O objetivo deste estudo é demonstrar que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizado não o exime da condição de garantidor na hipótese de falência da empregadora do trabalhador, sendo desnecessária a espera do fim do processo falimentar para sua cobrança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho, Terceirização; Falência; Responsabilidade Subsidiária

**ABSTRACT:** Outsourcing is not a new phenomenon in the economy and in labor relations worldwide and in Brazil. Been occurring with greater momentum, since the eighties, in different sectors of production, beginning with the automotive industry. It is no way back to economic activity and, as such, it is the legislator and the interpreter of the standards of labor protection alert to this reality in the preparation and application of these principles in everyday life. The lack of special legislation for outsourcing in Brazil demand the most active role of the Employment Tribunals. The issue of Precedent 331 by Superior Labor Court aimed to remedy the legislative omission and direct the best course of legal interpretation for the solution of conflicts arising from outsourcing. Delimit the subjective responsibility for the outsourced worker rights was the first step in this endeavor. However, we must enforce the condemnatory judgment, including before the borrowing firm services, if necessary. The aim of this study is to demonstrate that the joint liability of the borrower outsourced services does not relieve the condition of the guarantor in case of bankruptcy of the employer of the worker, being unnecessary to wait the end of the bankruptcy proceedings for its recovery.

**KEYWORDS:** Labor Law, Outsourcing; Bankruptcy; Subsidiary Liability

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Conceito de terceirização – 3. Evolução histórica da terceirização no mundo e no Brasil - 4. A falta de diploma legal específico e a legislação correlata – 5. As Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho – 6. A responsabilidade civil do tomador de serviços – 7. A jurisprudência dos Tribunais brasileiros. 8 - Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Após muitas discussões jurídicas, os operadores do direito do trabalho sedimentaram o entendimento de que a terceirização é lícita no Brasil. Para tanto, em suma, é preciso que diga respeito à atividade meio da empresa tomadora de serviços e que não se configurem a pessoalidade e a subordinação entre ela e os empregados da empresa contratada.

Este foi o entendimento consagrado pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, para conciliar os interesses econômicos aos direitos dos trabalhadores terceirizados. Quanto a estes últimos, especificamente, assegurou-se que a responsabilidade pelo cumprimento das legislações do trabalho e previdenciária recairá não somente sobre a empregadora, mas que também atingirá a empresa tomadora dos serviços.

A regra geral consagrada pela juris-

prudência é a de que mencionada responsabilização deve ser subsidiária. Em outras palavras, a responsabilidade do tomador de serviços é condicionada à insuficiência patrimonial da empregadora do trabalhador.

A identificação do momento em que se caracteriza a falta de recursos da empregadora do trabalhador terceirizado, que irá permitir que se alcance o patrimônio da empresa tomadora de serviços, tem gerado discussões nos meios jurídicos e, muitas vezes, impedido a rápida satisfação do crédito exequendo. É o que acontece nos casos que envolvem empresas prestadoras de serviços em situação de falência.

Para que se garanta a efetiva aplicação do instituto da responsabilidade subsidiária adotado pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso IV, e para que se satisfaça o credor trabalhista, atribuindo-se eficácia à sentença judicial condenatória, é preciso permitir que a execução volte-se contra a empresa tomadora de serviços. Somente assim, estará sendo aplicado o princípio da proteção, basilar ao direito do trabalho, para se garantir a satisfação do crédito trabalhista, que tem indiscutível natureza alimentar.

## 2. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A falta de regulamentação legal específica deixa o ordenamento jurídico brasileiro órfão de um conceito de terceirização. A doutrina busca apresentá-lo com base na realidade social e econômica por ela atingida, o que levou Delgado (2013, p. 436) a defini-la como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente.”

Como bem ensina Martins (2012), como não há conceituação legal para a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser vista como fenômeno que alcança a sociedade e a economia e como objeto de atenção da jurisprudência trabalhista, que a compreende à luz dos princípios do direito do trabalho. Segundo Martins (2012, p. 10), ao chamá-la de realidade histórico-cultural:

[...] A terceirização não está bem definida em lei, nem há norma ju-

rídica tratando, até o momento, do tema. Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração de empresas, que tem por objeto organizá-la e estabelecer métodos de atividade empresarial. [...]

É certo que a terceirização está fortemente presente na sociedade brasileira na atualidade, alcançando os campos da economia e do direito. Apresentar um conceito que bem a expresse não é mais simples que delimitar suas consequências jurídicas para as relações econômicas e trabalhistas. Estas dificuldades são causadas, sobretudo, pela já mencionada falta de regulamentação legal específica no ordenamento jurídico brasileiro.

## 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO E NO BRASIL

O ideal para o trabalhador é que o empregador cumpra com os deveres decorrentes das leis trabalhistas e previdenciárias ou mesmo que, na hipótese em que não o faça espontaneamente, tenha situação patrimonial suficiente para responder por suas dívidas. A vinculação direta do trabalhador aos tomadores de serviços também é situação vista pelo legislador trabalhista como a mais recomendável para a integração da mão de obra ao trabalho.

A evolução dos acontecimentos na sociedade e na economia mostra que esse ideal está distante da realidade. A dispersão da mão de obra para empresas diferentes das que são as destinatárias finais dos serviços passou a ser uma constante nas economias mundial e do Brasil.

Diferentes fatores contribuíram para essa realidade, notadamente de ordem econômica. As empresas buscaram reduzir seus custos com a mão de obra e a terceirização apareceu como eficiente instrumento para que atingissem esse fim. De outro lado, o argumento de que a terceirização permite a especialização dos serviços, para que a empresa tomadora do trabalho terceirizado dedique-se com mais afinco às suas atividades principais, apareceu para amenizar os efeitos nada positivos da busca da ‘mais valia’.

Não se nega que a terceirização permite especializar a mão de obra. Comum na vigilância e na limpeza, a terceirização faz com que a empresa que se dedica a prestar específicos serviços tenha mais conhecimento quanto à atividade que desenvolve com exclusividade.

Para o tomador de serviços, os benefícios financeiros são sensíveis: ganha na redução de custos decorrentes da contratação direta de trabalhadores, sobretudo porque passa a ter menos pessoas vinculadas ao sindicato que representa a categoria profissional de seus empregados. Este normalmente é mais forte e consegue benefícios em suas normas coletivas que o sindicato que representa os trabalhadores terceirizados não alcança.

A terceirização ganhou terreno com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, sobretudo na indústria bélica. As empresas fabricantes de armas delegaram parte de suas atividades, em especial as de suporte, para outras empresas que se especializaram na execução dos serviços que passaram a assumir. A indústria automobilística utiliza-se muito da terceirização para a montagem de veículos (MARTINS, 2012).

Os altos índices de desemprego e a maior exigência do mercado consumidor quanto à qualidade dos produtos e serviços também contribuíram para o crescimento da terceirização, tanto em âmbito mundial como na sociedade brasileira, fenômeno que ganhou força a partir da década de 1980, com maior incidência no setor terciário da economia.

## 4. A FALTA DE DIPLOMA LEGAL ESPECÍFICO E A LEGISLAÇÃO CORRELATA

A terceirização, como fato social, antecipou-se à legislação, especialmente no Brasil. Cresceu no campo das relações de trabalho sem que houvesse prévia regulamentação legal.

Esse quadro de ausência de fonte normativa primária para a solução dos conflitos oriundos da prática da terceirização tornou necessária a interpretação proativa dos Tribunais do Trabalho. Essa situação culminou com a edição de súmulas pelo mais alto deles, o Tribunal Superior do Trabalho.

O primeiro verbete jurisprudencial

sobre o assunto recebeu o número 256 e seu entendimento foi posteriormente ampliado por outro, de número 331. Trata-se, este último, de verdadeiro tratado jurídico sobre a terceirização no Brasil, dadas a falta de legislação específica e o detalhamento das diretrizes jurisprudenciais que foram por ele traçadas. Segundo Delgado (2013, p. 438):

[...] A jurisprudência trabalhista, nos anos 1980 e 90, também se debruçou sobre o tema, que se generalizava com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado laborativo do país. Neste contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas Súmulas de jurisprudência uniforme, a de n. 256, de 1986, e a de n. 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo revisão da anterior Súmula 256). [...]

Ao analisar a falta de legislação sobre o trabalho terceirizado no Brasil, Delgado (2013, p. 447) faz a seguinte crítica:

[...] O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país. [...]

Embora não tenha sido editada lei específica e geral sobre a terceirização no Brasil, surgiram dispositivos legais esparsos sobre o tema. Entre eles, podem ser mencionados o Decreto Lei nº 200/1967 e a Lei nº 5.647/1970, que permitiram a descentralização da execução de serviços pela administração pública. Suas tarefas, notadamente as que se ligavam às atividades meio, passaram a ser executadas por trabalhadores que não eram servidores públicos e que começaram a ser contratados junto a terceiros, empresas prestadoras de serviços.

Seguiram-se dois importantes textos de lei sobre a terceirização nas décadas de 1970 e de 1980. O primeiro deles foi a Lei nº 6.019/1974, que instituiu o trabalho

temporário, para permitir a contratação de mão de obra junto a empresa interposta para atender a acréscimo extraordinário de serviços ou a substituição eventual de mão de obra permanente. O grande diferencial de referida lei foi a atribuição de responsabilidade solidária à empresa tomadora de serviços quanto adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços. O segundo diploma foi a Lei nº 7.102/1983, que regulamentou a atividade das empresas de vigilância bancária, enquadrando-as como prestadoras de serviços especializados (MARTINS, 2012).

Na década de 1990, adveio a Lei nº 8.949/1994, que modificou a redação do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, para inserir o parágrafo primeiro e tratar da contratação de trabalhadores por meios de cooperativas de trabalho. Causou grandes discussões jurídicas nos Tribunais do Trabalho, porque foi equivocadamente interpretada pelas empresas tomadoras de serviços e pelas falsas cooperativas como salvo-conduto para a contratação de trabalhadores rotulados como cooperados, sob o pretexto de que não haveria riscos de vinculação de emprego direta desta mão de obra.

## 5. AS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A lacuna no cenário jurídico brasileiro tornou necessária a edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho. A primeira delas foi a de número 256, de 1986, que impediu a contratação de trabalhadores por empresas interpostas, ressaltando, apenas, os casos de trabalho temporário ou nas atividades de vigilância e de limpeza. Como leciona Delgado (2013, p. 444):

[...] A súmula trazia alguns tópicos orientativos de grande relevância. Nessa linha, fixava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada de trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante da CLT. [...]

O crescimento dos casos de terceirização no Brasil demandou a flexibiliza-

ção do entendimento consagrado pela Súmula 256, para se ampliar os limites da terceirização lícita, quando foi editada a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Em seus incisos, dita regras para a validade da terceirização de serviços nos âmbitos privado e público. Sobre referido verbete, Delgado (2013, p. 446 e 478) escreveu que:

[...] mantém-se hígida a interpretação exposta pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, relativamente às hipóteses de terceirização lícita nas ordens jurídica, econômica e social. (...) Note-se que se ampliou a oportunidade de incidência da responsabilidade trabalhista em situações de terceirização: o simples inadimplemento (e não mais a decretação de falência ou insolvência da empresa terceirizante) autoriza a incidência responsabilizatória sobre a entidade tomadora de serviços. Ampliou-se, também, a abrangência de verbas submetidas à responsabilidade: todas as parcelas contratuais devidas pela empresa terceirizante ao obreiro terceirizado submetem-se à responsabilidade trabalhista da empresa tomadora. Atenuou-se, em contrapartida, para subsidiária (e não solidária) a responsabilidade decorrente da terceirização. [...]

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho buscou conciliar os interesses da produção e da classe trabalhadora. Não proibiu a terceirização, especialmente nas atividades meio, mas procurou proteger o crédito dos trabalhadores terceirizados, ao responsabilizar conjuntamente a empresa tomadora de serviços, de forma subsidiária, quando for lícito o procedimento de delegação de atividades empresariais a terceiros.

Esse entendimento foi revisado recentemente para os casos em que a empresa tomadora de serviços é entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional. Buscou-se adequá-lo ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, baixado com efeito de repercussão geral na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, ajuizada pelo

Distrito Federal, com pedido de declaração de constitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93.

Assim, nos casos de terceirização pelas entidades da administração pública, a responsabilização do tomador de serviços somente será possível se for provado que deixou de diligenciar no sentido da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

#### 6. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇOS

A garantia do pagamento da dívida do devedor principal pode ficar a cargo de terceiro. Quanto aos débitos trabalhistas de empresas, os sócios têm ínsita a responsabilidade subsidiária, especialmente nos casos de insuficiência patrimonial, pela aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Não é a única modalidade de responsabilização de garantia. A responsabilidade solidária garante mais fortemente a solvência do débito, na medida em que coloca o devedor principal e o devedor solidário em mesmo patamar. Cabe ao credor escolher de quem cobrará a dívida. Difere da responsabilidade subsidiária, porque nesta é preciso esgotar o patrimônio do devedor principal para que se demande o garantidor da dívida.

É a mesma relação existente entre o aval e a fiança. A responsabilidade solidária está mais próxima daquele, enquanto a responsabilidade subsidiária aproxima-se deste último.

Pelo entendimento consagrado pela Súmula 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho, a responsabilidade do tomador de serviços terceirizados, caso não se caracterize a fraude na contratação, ou seja, na hipótese de terceirização lícita, será subsidiária. Seu embasamento jurídico está na figura da culpa na eleição da empresa contratada. Se o contratante escolheu mal, deverá responder pela falta de cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços perante seus empregados. Segundo Martins (2012, p. 137-138):

[...] Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de ou

em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário, a empresa tomadora de serviços. (...) Acertadamente, o Tribunal Superior do Trabalho falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogamente, o artigo 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a responsabilidade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (artigo 256 do Código Civil). O inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao se falar em responsabilidade subsidiária. O tomador de serviços não é, portanto, solidário com o prestador de serviços (...) O tomador de serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito. (...) A responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. [...]

Essa responsabilidade está muito próxima, inclusive, de ser classificada como objetiva, por presunção da culpa do tomador de serviços que assume os riscos da delegação de parte de seu processo produtivo a terceiros. Segundo Pinto (2004, p. 134):

[...] A responsabilidade do tomador de serviços decorre de ato de terceiro, que contratou empregados e os disponibilizou a seu favor. E este terceiro, ao deixar de pagar verbas trabalhistas, comete ato ilícito, estando obrigado à reparação. O tomador de serviços, na contratação do terceiro, deve estar atento à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, sob pena de se configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato, sob pena de incidir na culpa *in vigilando*. Referidas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador. [...]

Presume-se a culpa do tomador de serviços, como decorrência do risco

que assume ao delegar a terceiros parte de seu processo produtivo. Este foi o entendimento adotado pela Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em acórdão cuja ementa está transcrita abaixo:

[...] RESPONSABILIDADE. Toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada a 'grande vedete do Direito Civil', ela se estende a outros ramos da ciência jurídica, inclusive ao Direito do Trabalho. A função da responsabilidade é servir como sanção, a qual se funda na culpa (responsabilidade subjetiva) e no risco (responsabilidade objetiva), traduzindo esta última 'uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização'. Outra tendência diz respeito à extensão da responsabilidade que se amplia no tocante ao número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se a responsabilidade direta por fato próprio e indireta por fatos de terceiros, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo e in vigilando*). A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese de terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços; trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra e também no risco, já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. (TRT 3ª R. - 2ª Turma - RO-16980/96 - Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 18.04.1997). [...]

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se alcançar o patrimônio dos sócios da

empresa devedora, responsáveis subsidiários, tem permitido garantir a satisfação do crédito trabalhista em muitos processos de execução. A extensão do entendimento para além dos casos de fraude, de modo a também incidir nas hipóteses de insuficiência patrimonial da empresa empregadora, propicia a maior eficácia das sentenças condenatórias trabalhistas.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado, em casos de falência da empregadora devedora principal, para ser permitido o imediato redirecionamento da execução para os bens dos tomadores de serviços terceirizados que foram responsabilizados subsidiariamente pela solvência do crédito trabalhista.

#### 6.1. A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS PRIVADO NA FALÊNCIA

Nos casos de falência, o prosseguimento da execução do crédito trabalhista fica prejudicado perante a devedora principal. O credor, que é o trabalhador, deve habilitar seu crédito perante o Juízo Universal da falência, agora com privilégio limitado a cento e cinquenta salários mínimos (artigo 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005).

No entanto, a insuficiência patrimonial da empresa falida não impede que se prossiga a execução perante os sócios, inclusive os retirantes, nos limites permitidos em lei, porque respondem subsidiariamente por ela, mesmo que não constem do título executivo.

Nesta situação, não cabe a invocação do benefício de ordem pelo devedor subsidiário, pois se aplica a regra do artigo 828, inciso III, do Código Civil, que dispõe que ao fiador não se aplicará essa faculdade se o devedor principal for insolvente ou falido.

Como a devedora principal, que é a empregadora, no caso da terceirização, está falida e, por conseguinte, não tem idoneidade patrimonial, não há que se invocar que primeiro se aguarde o total esgotamento do processo falimentar para se redirecionar a execução para os bens do tomador de serviços.

É desnecessário, assim, que se espere a solução do processo falimentar para que se dê esse direcionamento à execução trabalhista para o responsável sub-

siário, o tomador de serviços. Este é o magistério de Fonseca (2008, p. 35-36):

[...] Nesses casos, o credor trabalhista, em prol de quem se fez constar do título judicial a condenação subsidiária, pode desprezar a necessidade de executar, primeiro, o devedor principal, para perseguir o seu crédito diretamente junto ao patrimônio do devedor subsidiário. A falência do devedor principal – prestador – equivale à impossibilidade jurídica de que o credor trabalhista seja pago pela massa enquanto não realizado o ativo ou não organizado o quadro geral de credores. Como dito, a subsidiariedade existe na medida do interesse do credor, que pode, a qualquer momento, dela abdicar para perseguir patrimônio mais solvável. O devedor subsidiário não pode exigir que o credor habilite o seu crédito nos autos da quebra e, só depois, passe a lhe exigir o pagamento do saldo sobejado pela insuficiência do ativo da massa [...]

Na mesma linha é o entendimento de Lorenzetti (2003, p. 24-25):

[...] A restrição do art. 828, III, do Código Civil aplica-se, analogicamente, a todas as situações nas quais, em tese, seja cabível o benefício de ordem. No mesmo sentido aponta o art. 16 da Lei nº 6.019/74. Embora este dispositivo se tenha referido a responsabilidade solidária, autorizou o trabalhador temporário a exigir seus créditos da empresa cliente pelo simples fato da falência da empresa prestadora de mão de obra, não indagando se o patrimônio desta comportaria a satisfação dos créditos trabalhistas, considerando que estes gozam de preferência em relação aos demais. Assim, por aplicação analógica do art. 828, III, do Código Civil, assim como do art. 16 da Lei nº 6.019/74, a falência ou insolvência do devedor ou responsável principal é o quanto basta para que se possa direcionar a execução contra o responsável subsidiário. Nada impede, entretanto, que o trabalhador continue insistin-

do em receber seus direitos junto ao devedor ou responsável principal, perseguindo os bens deste além do foro da execução, ou habilitando o crédito perante o juízo da falência ou insolvência. [...]

Não poderia ser diferente, porque a inexistência de bens para responder pela execução do crédito trabalhista mostra que o devedor principal não tem idoneidade patrimonial e permite que se convoque o devedor subsidiário para honrar com sua obrigação de garantidor da solvência da dívida. Se assim ocorre com o sócio da empresa falida, da mesma forma deverá responder o tomador de serviços, pois são idênticos os graus de suas responsabilidades.

Em outras palavras, no caso de falência da empresa prestadora de serviços, estará caracterizada a inidoneidade patrimonial que permite a deflagração do procedimento de cobrança da empresa prestadora de serviços, como responsável subsidiária. Barros (2013, p. 261) entende que o cumprimento da obrigação pela empresa tomadora de serviços pode ser exigido até mesmo antes de se buscar o patrimônio particular dos sócios:

[...] e nem se diga que, na fase de execução, deve-se primeiro exaurir a execução contra os sócios da devedora principal (a chamada "responsabilidade subsidiária em terceiro grau"). Admitir tal raciocínio equivale a transferir para o empregado hipossuficiente ou para o próprio Juízo da execução trabalhista o peso do encargo de localizar o endereço e os bens particulares passíveis de execução daquelas pessoas físicas, tarefa demorada e, na grande maioria das vezes inútil. Assim, mostra-se mais compatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com a consequente exigência da celeridade em sua satisfação o entendimento de que, não sendo possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregadora, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista, cabendo-lhe

postular posteriormente na Justiça Comum o correspondente ressarcimento por parte dos sócios da pessoa jurídica que, afinal, ele próprio contratou. [...]

Como leciona Delgado (2013, p. 478), a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] ampliou a oportunidade de incidência da responsabilidade trabalhista em situações de terceirização: *o simples inadimplemento* (e não mais a decretação de falência ou insolvência da empresa terceirizante) autoriza a incidência responsabilizatória sobre a entidade tomadora de serviços. Ampliou-se, também, a abrangência de verbas submetidas à responsabilidade: *todas as parcelas contratuais* devidas pela empresa terceirizante ao obreiro terceirizado submetem-se à responsabilidade trabalhista da empresa tomadora. Atenuou-se, em contrapartida, para *subsidiária* (e não solidária) a responsabilidade decorrente da terceirização. [...] (destaques do original)

A insuficiência patrimonial da empregadora falida é o bastante para se permitir o direcionamento da execução contra seus sócios, primeiramente, e em face das empresas que tomaram seus serviços e foram responsabilizadas subsidiariamente pelo pagamento dos títulos trabalhistas deferidos aos seus antigos empregados. A se entender de modo contrário, a natural delonga no trâmite do processo falimentar pode comprometer a dignidade do trabalhador, pessoa humana, e sua própria sobrevivência, já que conta com crédito de natureza alimentar. Segundo Lorenzetti (2003, p. 24):

[...] Situação idêntica ocorre em caso de falência ou insolvência. Consoante o art. 828, III, do Código Civil, o benefício de ordem não aproveita ao fiador quando o devedor for insolvente ou falido. Não indaga a lei, em tais casos, se o patrimônio do devedor comportaria a satisfação da dívida garantida pela fiança,

sendo suficiente o reconhecimento de sua falência ou insolvência. Note-se, portanto, que a responsabilidade subsidiária não visa apenas a garantir que a dívida seja satisfeita, mas também que o seja sem percalços. É por isso que, para valer-se do benefício de ordem, exige-se do responsável subsidiário que indique bens livres e desembaraçados, além de situados no foro da execução. Destarte, se os bens do devedor ou principal responsável foram arrecadados pelo juízo falimentar, é o quanto basta para que possa ser redirecionada a execução contra os responsáveis subsidiários. De nada adianta ao responsável subsidiário, pois, alegar que o patrimônio do falido é suficiente para satisfazer o crédito por ele garantido. [...]

Lorenzetti (2003, p. 25) detalha seu ponto de vista, para apresentar os motivos pelos quais entende que é desnecessário o término do processo falimentar para a execução do responsável subsidiário no processo do trabalho:

[...] Por outro lado, conforme observa Arion Mazurkevic, nada impede que o credor trabalhista, mesmo após ter-se habilitado perante a massa falimentar, promova, perante a Justiça do Trabalho, a execução dos responsáveis subsidiários. E justifica: 'A habilitação não corresponde à garantia do juízo, nem assegura a satisfação do crédito. Tão somente permite que o credor passe a figurar no quadro geral de credores e posteriormente participe, com a realização do ativo (expropriação dos bens arrecadados), do rateio para o seu pagamento. Esse pagamento, por sinal, pode não ser integral, bastando que o ativo seja insuficiente para a satisfação de todos os créditos trabalhistas habilitados. Habilitado o crédito trabalhista perante o juízo da falência e prosseguindo-se a execução em face do sócio ou administrador na Justiça do Trabalho, havendo a satisfação integral ou parcial em um destes juízos, bastará seja comunicado ao outro para a adequação ou extinção da execução, não gerando qualquer

prejuízo às partes ou à massa falida. Do contrário, compelindo o credor a optar por uma dessas formas de execução, fatalmente se estará relegando-o a sorte do meio escolhido, em detrimento ou em favorecimento dos demais credores que escolheram o outro meio.' Para que a execução se processe contra o responsável subsidiário, não é necessário que o credor demonstre haver esgotado todas as possibilidades de recebimento perante o devedor ou responsável principal. Assim, se o devedor, uma vez citado para efetuar o pagamento, ficar inerte, não solvendo a dívida nem indicando bens à penhora, é o quanto basta para que a execução possa voltar-se contra os responsáveis subsidiários. [...]

A decretação da falência do devedor principal demonstra, de forma cabal, sua condição de insolvência. Considerando a natureza privilegiada dos créditos trabalhistas, a execução deverá ser direcionada, e imediato, contra o devedor subsidiário, que, nesse contexto, é o responsável pelo pagamento do valor devido. Não há previsão legal para que, primeiramente, seja processada a execução em face dos sócios da empresa falida ou para que se aguarde o encerramento do processo falimentar para se buscar o patrimônio do tomador de serviços que foi responsabilizado subsidiariamente.

Caberá ao tomador de serviços que saldou a dívida no processo de execução trabalhista habilitar seu crédito no juízo falimentar, para cobrá-lo da empregadora falida. Este é o pensamento de Fonseca (2008, p. 34):

[...] O devedor subsidiário – tomador – pode habilitar nos autos da quebra, como credor quirografário, tudo aquilo que pagou em nome próprio, mas por conta da dívida deixada pelo devedor principal – prestador. O que não pode é invocar em seu favor uma garantia – subsidiariedade – que não mais existe porque, com a quebra do devedor principal – prestador –, o credor trabalhista pode exigir a dívida por inteiro, do devedor subsidiário ou de qualquer outro coobrigado. [...]

O Enunciado nº 20, aprovado na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, evento promovido pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, em Cuiabá (MT), em novembro de 2010, propõe que se adote exatamente essa linha de entendimento para a execução dos créditos trabalhistas:

[...] FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA CONTRA COBRIGADOS, FIADORES, REGRESSIVAMENTE OBRIGADOS E SÓCIOS. POSSIBILIDADE. A falência e a recuperação judicial, sem prejuízo do direito de habilitação de crédito no juízo universal, não impedem o prosseguimento da execução contra os coobrigados, os fiadores, e os obrigados de regresso, bem como os sócios, por força da desconsideração da personalidade jurídica. [...]

O Provimento nº 01, de 2012, do Tribunal Superior do Trabalho, não afasta a possibilidade de imediata execução da empresa tomadora de serviços pelo débito da empregadora falida. Apenas orienta os Juízes do Trabalho a expedirem a certidão de crédito para habilitação no juízo falimentar, certamente considerando a hipótese de que a empregadora falida integra sozinha o pólo passivo do processo de execução, que ficará suspensa até o fim do processo de falência, nesta hipótese.

## 6.2. A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA FALÊNCIA

A busca da satisfação do credor trabalhista torna-se mais difícil quando no pólo passivo da execução figura entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional, na condição de tomadora de serviços.

A Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, ajuizada pelo Distrito Federal, com pedido de declaração de constitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ementa de acórdão abaixo copiada:

[...] RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial de outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação pela Lei nº 9.032, de 1995. [...]

A Súmula 331, Tribunal Superior do Trabalho, passou por mudança de redação, especialmente quanto ao inciso IV e ao acréscimo dos incisos V e VI, para que se adequasse o entendimento daquela Corte ao posicionamento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal na matéria em estudo. Sua nova redação passou a ser a seguinte:

[...] Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000. Nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011.

[...]

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. (Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condi-

ções do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 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. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011) [...]

Por esse novo entendimento jurisprudencial, passou a ser necessária a prova da falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços para que se responsabilize subsidiariamente o tomador de serviços integrante da administração pública.

O motivo desta nova exigência jurisprudencial foi a aplicação do parágrafo primeiro, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93. Na medida em que não há como se responsabilizar a administração pública por culpa na escolha do prestador de serviços, já que ditada pelo critério de menor preço, resta a responsabilização por falta de vigilância durante a execução dos serviços. Para este caso em específico, não se admitirá a presunção de culpa, admitida em relação aos tomadores de serviços privados, sendo necessária sua efetiva materialização. Comentando essa nova diretriz jurisprudencial, Delgado (2013, p. 471) sustenta que:

[...] O novo texto da Súmula 331, V, do TST, divulgado em 2011, realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subje-

tiva por culpa *in eligendo*. Mas preserva a responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* (omissão do dever fiscalizatório), conforme se deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima (ADC 16) [...]

Mais uma vez, a jurisprudência optou por estabelecer tratamento diferenciado em relação às entidades da administração pública. Notadamente no campo da terceirização, já havia feito ressalva quanto à possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego direto, para negá-la, no inciso I, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, à luz do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Desta feita, entendeu por ressaltar, também, a responsabilização conjunta destas entidades, para restringi-la às hipóteses de culpa por falta de vigilância do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Nos casos de falência destas últimas, então, a possibilidade de direcionamento da execução para o patrimônio do tomador de serviços, entidade da administração pública, dependerá de sua expressa condenação em sentença lavrada em processo de conhecimento, que dependerá, necessariamente, da mencionada prova da falta de fiscalização.

Trata-se de dificuldade a mais para o trabalhador, que colocou sua força de trabalho em favor da administração pública e não recebeu os haveres trabalhistas junto ao empregador. Este, na maioria das vezes, já levantou os valores disponibilizados em decorrência do contrato de prestação de serviços e deixa de honrar seus compromissos trabalhistas.

Somente com a prova da negligência no cumprimento do dever de fiscalização é que a entidade da administração pública responderá como garantidora do pagamento do crédito trabalhista, inclusive na falência da empregadora principal.

### 7. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A jurisprudência brasileira, na linha do pensamento doutrinário acima mencionado, também vem reconhecendo a desnecessidade de esgotamento do processo falimentar para a cobrança da

empresa tomadora de serviços, responsável subsidiária, no processo de execução trabalhista.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, as ementas de acórdãos abaixo transcritas ilustram essa assertiva:

[...] EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA. Não se verifica o desrespeito ao princípio da proteção à coisa julgada quando o juízo, ante a declaração judicial de falência do devedor principal, redireciona a execução dos créditos trabalhistas ao responsável subsidiário, uma vez que os bens do falido encontram-se legalmente indisponíveis. Agravo de instrumento não provido. (TST - AIRR: 2893140811995509289314081.1995.5.09.0014, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011) [...]

[...] RECURSO DE REVISTA - AGRAVO DE PETIÇÃO - CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA - FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL - EXECUÇÃO IMEDIATA DO DEVEDOR ACESSÓRIO - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA - Prevendo o título judicial transitado em julgado condenação subsidiária do beneficiário direto do trabalho, sobrevivendo falência do prestador de serviços, não fere a coisa julgada a execução direta e imediata do devedor acessório. A quebra é o reconhecimento judicial da insolvência do devedor, ou seja, muito mais que inadimplência ou inidoneidade financeira, que justificaram a condenação subsidiária. A promoção da execução contra o responsável subsidiário não significa violação da coisa julgada, mas seu exato cumprimento. (TST, RR 580.012/1999, Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, publicado em 16.02.2001). [...]

Este posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho consagra a linha de entendimento jurisprudencial que está sendo adotada pelos Tribunais Regio-

nais do Trabalho, expressa nas decisões cujas ementas estão colacionadas a seguir:

[...] FALÊNCIA - EXECUÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - Condenada a agravante como responsável subsidiária e tendo sido declarada a falência da devedora principal, prossegue a execução contra o devedor subsidiário, em respeito à coisa julgada. Agravo provido. (TRT 1ª. Região, AP 2.169/2001, Ac. 4ª. T, Rel. Juiz Luiz Alfredo Mafra Lino, DOE 12.09.2001) [...]

[...] FALÊNCIA DA DEVEDORA PRINCIPAL. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA A DEVEDORA SUBSIDIÁRIA MESMO SEM A PRÉVIA HABILITAÇÃO DO CRÉDITO E A EXECUÇÃO DOS BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA FALIDA. É cediço que o devedor subsidiário só pode ser responsabilizado pelo débito após o esgotamento das possibilidades de recebimento do devedor principal. Contudo, a decretação da falência deste dá outros contornos ao aludido esgotamento, porquanto torna patente o seu estado de insolvência e faz presumir as reduzidas possibilidades de sucesso na execução. Neste caso, autoriza-se o redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário, mesmo sem a prévia habilitação do crédito do obreiro e a execução dos sócios da devedora principal. (TRT 2ª Região; AP 01730.2001.313.02.00-7, 8ª T., Rel. Des. Sílvia T. de Almeida Prado, j. 18.02.2009; DOE 03.03.2009). [...]

[...] EXECUÇÃO - FALÊNCIA DA DEVEDORA PRINCIPAL - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS - Na execução contra dois devedores em se tratando de falência, mesmo que um figure no pólo passivo da execução na condição de devedor secundário com responsabilidade subsidiária pelo cumprimento da obrigação, aquela deve se processar contra este último, não havendo necessidade de habilitação do crédito no juízo uni-

versal da falência. Isto porque se a responsabilidade subsidiária tem por escopo garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas, considerando-se a hipossuficiência do empregado, com maior razão referida responsabilidade deverá recair de forma imediata sobre o responsável subsidiário na hipótese de falência. (TRT 3ª. Região, AP 00065-1997-004-03-00-6, Rel. Des. Maria Lucia Cardoso Magalhães, julgado em 31.01.2007). [...]

[...] AGRAVO DE PETIÇÃO. FALÊNCIA POSTERIOR. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Regra geral, a falência posterior ao ajuizamento da ação trabalhista gera o efeito de suspender a execução no foro especial, impondo a habilitação do crédito do empregado perante o juízo universal. Entretanto, essa regra comporta exceções e a existência de condenação subsidiária uma delas, de modo que não dado ao devedor subsidiário alegar benefício de ordem e exigir que os créditos do exequente sejam habilitados no juízo falimentar, uma vez que, igualmente condenado no objeto da lide, por ele deve responder se a execução contra o devedor principal malograr-se ou apresentar-se de difícil ou demorada solução, como no caso de sobrevir sua falência no curso do processo. (TRT 3ª. Região, AP 01133-2002-038-03-00-0; Primeira Turma; Rel. Juiz Márcio Flávio Salem Vidigal; DJMG 28/05/2004; pág. 5). [...]

[...] REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA A DEVEDORA SUBSIDIÁRIA - FALÊNCIA DA DEVEDORA PRINCIPAL - A não-comprovação da capacidade da massa falida de satisfazer o débito trabalhista acarreta o redirecionamento da execução contra a devedora subsidiária, a qual se desonera do respectivo ônus, apenas, quando, e se comprovada, a capacidade da massa falida na satisfação do débito. (TRT 4ª Região, AP 01870-2005-201-04-00-0, Ac. 6ª T, Rel. Juíza Maria Cristina Schaan Ferreira) [...]

[...] DIRECIONAMENTO DA EXE-

CUÇÃO CONTRA A DEVEDORA SUBSIDIÁRIA - Diante do evidente prejuízo e da existência de devedora subsidiária, desnecessário que o exequente aguarde o término do processo falimentar para somente então ver satisfeitos os seus créditos. Aplicação por analogia do inciso III do artigo 828 do Código Civil. Agravo de petição desprovido. (TRT 4ª Região, AP 00651-2004-003-04-00-9, Ac. 9ª T, Rel. Desembargadora Eurídice Josefina Bazo Tôrres) [...]

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FALÊNCIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. Decretada a falência da devedora principal, a execução deve prosseguir mediante redirecionamento dos atos executórios em face do devedor subsidiário, porquanto o crédito trabalhista, de natureza alimentar, não pode ficar submetido ao ônus da demora na execução perante o Juízo falimentar. Inteligência do artigo 828, II, do CCB. (TRT 9ª. Região; Processo 00466-2003-010-09-004; Ac. 23189/2006; Seção Especializada; Rel. Des. Rosemeire Diedrichs Pimpão; DJPR 08/08/2006).

O redirecionamento da execução para o tomador de serviços, que foi declarado devedor subsidiário, não depende, assim, do prévio esgotamento dos procedimentos de satisfação do credor trabalhista em relação à empresa prestadora de serviços ou aos seus sócios, seja na falência ou mesmo na recuperação judicial, conforme decisão a seguir transcrita:

[...] RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR PRINCIPAL. EXISTÊNCIA DE DEVEDOR SUBSIDIÁRIO NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. No mesmo sentido que vem se posicionando a melhor jurisprudência trabalhista, entendo que a regra prevista no caput e no § 2º do art. 6º da Lei n. 11.101/05, segundo a qual o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, com-

petindo ao credor trabalhista inscrever o seu crédito no quadro geral de credores, poderá ser excepcionada nas hipóteses em que figurar no título executivo judicial devedor subsidiário, em face do qual deverá ser redirecionada a execução. Tal raciocínio encontra-se ancorado no fato de o crédito trabalhista ter natureza privilegiada (alimentar), cuja satisfação deverá ser procedida do modo mais célere possível, em atendimento aos princípios da efetividade, economia e celeridade processual e da razoável duração do processo, garantindo constitucionalmente (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). (TRT-23 - AP: 663200907623004 MT 00663.2009.076.23.00-4, Relator: DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Data de Julgamento: 12/07/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 20/07/2011) [...]

O mesmo entendimento deve ser aplicado quando, no pólo passivo do processo de execução, encontra-se entidade da administração pública, desde que tenha sido condenada como responsável subsidiária pela solvência do crédito trabalhista na sentença exequenda, conforme aresto que se segue:

[...] AGRAVO DE PETIÇÃO DA UNIÃO - 2ª EXECUTADA - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA A RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA, ORA AGRAVANTE - O insucesso da execução em face da empresa prestadora, com a condenação subsidiária da tomadora, faculta o redirecionamento da execução contra esta, sem a necessidade de primeiro ser promovida a execução contra os sócios daquela, notadamente quando a agravante, principal interessada, não aponta bens livres da prestadora, hábeis a garantir a execução. Havendo devedora subsidiária, não há razão para se proceder à desconsideração da pessoa jurídica do devedor principal, até por questão de celeridade processual. Agravo de petição não-provido. (TRT 4ª Região, AP 01009-1996-018-04-00-5, Ac. 2ª T, Rel. Juíza Denise Pacheco) [...]

Assim, verifica-se que os Tribunais Trabalhistas vêm consagrando o entendimento de que a responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços pode e deve ser exigida antes da conclusão do processo falimentar da empresa prestadora de serviços e devedora principal dos títulos trabalhistas de seus empregados.

Este redirecionamento da execução para o patrimônio do devedor subsidiário pode ser feito antes mesmo das tentativas de penhora sobre bens de sócios da empresa falida, porque o grau de responsabilidade de ambos é idêntico, não havendo benefício de ordem no particular.

## 8. CONCLUSÃO

A terceirização na prestação de serviços é fenômeno que se faz presente em larga escala nas atividades empresariais brasileiras. Ganhou impulso na década de 1980, quando as empresas buscaram utilizá-la com o maior propósito de reduzir seus custos operacionais com a mão de obra.

Como não há legislação específica para a regulamentação da matéria no ordenamento brasileiro, a construção das diretrizes jurídicas ficou a cargo da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas.

Foi com esse propósito que o Tribunal Superior do Trabalho baixou a Súmula 256, em um primeiro momento, depois revisada pela Súmula 331 da mesma Corte. A primeira delas evidenciava um posicionamento mais restritivo quanto à terceirização, que foi flexibilizado pelo verbete que a revisou.

A terceirização passou a ser permitida nas atividades-meio, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços. Para a proteção dos direitos dos trabalhadores, por outro lado, sedimentou-se o entendimento de que a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços é subsidiária, ou seja, como garantidora do pagamento de seus haveres na hipótese de insuficiência patrimonial do empregador.

É preciso que se atribua efetividade a essa garantia consagrada pela jurisprudência. Os créditos trabalhistas têm natureza alimentar e os trabalhadores precisam recebê-los como a brevidade que inspirou a criação do processo do trabalho.

Não se coaduna com essa celeridade a espera pelo final do processo de falência da empregadora inadimplente para que o trabalhador exija da empresa tomadora de serviços, responsável subsidiária, que arque com o pagamento dos títulos reconhecidos em sentença. Se figura no título executivo judicial como garantidora do pagamento da dívida trabalhista, a empresa tomadora de serviços terceirizados deverá ser intimada a honrar esse compromisso de imediato.

A decretação da falência é o bastante para se caracterizar

a insuficiência patrimonial do empregador e sua inidoneidade financeira. Por conseguinte, a execução trabalhista poderá ser redirecionada ao patrimônio da empresa tomadora de serviços, responsável subsidiária como tal já declarada no título executivo judicial, sem que se possa invocar o benefício de ordem, como dispõe o artigo 828, inciso III, do Código Civil.

Essa situação é mais fácil de ser solucionada quando figura empresa privada no pólo passivo da ação trabalhista, que se pretende enquadrar como responsável subsidiária, pois suas culpas de eleição e de vigilância podem ser presumidas.

Quanto às entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, porém, o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, atualmente em vigor, é no sentido de se exigir a prova da culpa na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pela empregadora para sua responsabilização subsidiária. Sem referida prova, não haverá a responsabilização conjunta da entidade da administração pública, que não poderá, em consequência, figurar no pólo passivo da execução, o que dificultará a satisfação do crédito trabalhista.

De qualquer sorte, o procedimento de se redirecionar a execução para o responsável subsidiário pode e deve ser adotado mesmo antes de se tentar satisfazer o credor trabalhista por meio de penhora sobre o patrimônio dos sócios da empresa falida. Isto porque o grau de responsabilidade de ambos é o mesmo, também não havendo que se falar em benefício de ordem, existente apenas em relação ao devedor principal, que é a própria empresa falida, mas apenas antes que se decrete sua quebra.

O tomador de serviços que eventualmente pagar a dívida no processo de execução trabalhista deverá buscar a habilitação de seu crédito no Juízo Falimentar, para cobrá-lo da empregadora falida. Não se pode transferir esse ônus ao trabalhador, já que tem urgência na satisfação de seu crédito, de indiscutível natureza alimentar.

### 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9ª edição, São Paulo: LTr, 2013, 1104 p.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 12ª. edição, 2013, 1504 p.

FONSECA, José Geraldo da Fonseca. Efeitos da falência da sociedade empresária na condenação subsidiária no processo do trabalho. Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região, Rio de Janeiro, v. 19, n. 45, jan./dez. 2008, p. 34-36.

Lorenzetti, Ari Pedro. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2003, 464 p.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, 185 p.

PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de serviços – responsabilidade do tomador. Revista do Tribunal do Trabalho da Terceira Região. Belo Horizonte, vol. 39, n. 69, p. 123-146, jan/jun 2004.



AMATRA · 2