

ASPECTOS DA TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

José Ribeiro de Campos

Advogado. Professor de Direito Material e Processual do Trabalho no Centro Universitário Municipal de São Caetano do Sul – IMES.
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

O propósito deste artigo é abordar a terceirização dentro de um contexto mais amplo, que é a flexibilização do Direito do Trabalho. É abordada ainda, a evolução da terceirização, que, mesmo sem uma legislação específica, é admitida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que se posiciona, inclusive, quanto às suas consequências.

Palavras-chave: terceirização, direito do trabalho, flexibilização, direito administrativo, Tribunal Superior do Trabalho-Brasil.

ABSTRACT

The purpose of this article is to relate the service of third in great view than before, because it is more adapted with the new Labor Law. It is related too that without specific law, the Superior Court of Labor has a clear position of the consequences of that.

Keywords: the service of third, labor law, flexibility, administrative law, Superior Court of Labor-Brazil.

1 – A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A terceirização é um fenômeno intimamente ligado à teoria da flexibilização do Direito do Trabalho, na medida em que rompe com a bilateralidade nas relações de trabalho (empresa e trabalhador), surgindo para participar desta relação um terceiro (empresa tomadora, empresa de prestação de serviços e trabalhador).

Com efeito, o Direito do Trabalho, fundado na rigidez de suas normas e princípios, está sendo questionado, diante dos reflexos da economia e das mudanças sofridas pela sociedade, surgindo a necessidade da flexibilização dos direitos trabalhistas.

A flexibilização teve seu desenvolvimento na Europa na década de 80, em virtude da crise econômica e introdução de novas tecnologias, com a finalidade de evitar o aumento do desemprego decorrente de extinção de empresas.¹

Amauri Mascaro Nascimento leciona que “flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador, concepção que romperia definitivamente com a relação de poder entre os sujeitos do vínculo de emprego, pendendo a balança para o economicamente forte”.²

Luiz Carlos Amorim Robortella define a flexibilização do Direito do Trabalho “como 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 econômico e o progresso social”.³

Sérgio Pinto Martins acentua que “a flexibilização do Direito do Trabalho é o conjunto de regras que têm

por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e o trabalho”.⁴

Assim, denota-se que flexibilizar o Direito do Trabalho é adaptá-lo à realidade econômica e social do momento, visando principalmente preservar a empresa e os empregos.

As causas da flexibilização são, principalmente, a crise econômica, as mudanças tecnológicas, a competição na economia mundial e o aumento do desemprego.

A crise econômica mundial influencia a flexibilização, na medida em que o quadro economicamente difícil tornou os avanços dos direitos sociais um peso para as empresas. A crise atinge o Direito do Trabalho, colocando em risco sua eficácia, diante da inexistência de respaldo econômico para se garantir o atendimento de seus comandos, surgindo, diante deste quadro, a necessidade de criar novas formas de contratar e organizar o tempo de trabalho, retirar obstáculos para o despedimento e flexibilizar os rigores do Direito Laboral.⁵

Também as mudanças tecnológicas tiveram efeitos nas relações de trabalho, diante do surgimento de novas formas de prestação de serviços como, por exemplo, o trabalho à distância.

As novas tecnologias interferem, inclusive, na subordinação jurídica, pois as modalidades novas de prestação de trabalho, como o teletrabalho, que é consequência do progresso da informática, não exige a inserção do trabalhador na organização empresarial, podendo ser eliminada a dependência do empregado às ordens diretas do empregador.⁶

Outro fator determinante da flexibilização foi a acirrada competitividade entre as empresas, fruto da globalização da economia mundial, fazendo com que elas procurem de todas as formas reduzir custos, principalmente os custos com a mão-de-obra.

O mercado competitivo exige constantes inovações, redução de custos, melhoria da qualidade, e para fazer frente a estas exigências, aparece como uma das soluções a flexibilização das relações trabalhistas. Sem a possibilidade de flexibilizar, as adaptações se tornam lentas e com isso os trabalhadores ficam sem emprego, pois as empresas perdem a competição por novos mercados.⁷

¹ Arnaldo Sussekind. *Instituições de direito do trabalho*, p. 197.

² *Curso de direito do trabalho*, p. 137.

³ *O moderno direito do trabalho*, p. 128-129.

⁴ *Flexibilização das condições de trabalho*, p. 25.

⁵ Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. *Flexibilização do direito do trabalho*, p. 159-160.

⁶ Marilly. A Cardone. Introdução do tema da flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*, vol. 54, p. 85.

⁷ José Pastore. *A flexibilidade dos mercados de trabalho e contratação coletiva*, p. 13.

Flexibilizar as normas trabalhistas é uma das saídas para enfrentar a competição econômica.

Para enfrentar o desemprego, grande mal da atualidade, não poderão ser recusadas todas as formas de flexibilização, que possam contribuir para preservar e criar novos empregos.

A flexibilização é sentida no contrato de trabalho, principalmente no salário, no procedimento de despedida, na jornada de trabalho, na duração do contrato e na contratação de mão-de-obra.

Os modos de estipulação do salário foram flexibilizados de modo a tentar eliminar ou diminuir a relação entre o custo do trabalho e o desemprego através da moderação dos salários. O congelamento, a redução do ritmo da indexação, a diminuição ou suspensão do salário mínimo e a implantação de sistemas de remuneração diferenciada, são os mecanismos mais utilizados para se obter a flexibilização dos salários.⁸

A Constituição Federal prevê a flexibilização dos salários, permitindo, mediante negociação coletiva, a redução salarial, conforme consta no inc. VI, do art. 7º, nos seguintes termos: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Outra manifestação de flexibilização do salário é a participação nos lucros ou resultados da empresa, pois esta forma de retribuição é desvinculada da remuneração, na forma expressa pelo art. 7º, inc. XI, da Constituição Federal: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, ...”.

O procedimento de despedida ao longo do tempo passa a ser flexibilizado, a estabilidade no emprego cede para a necessidade econômica de renovação dos empregados, mantendo-se, no entanto, a proteção contra o despedimento arbitrário.

A antiga estabilidade decenal, prevista no art. 492, da Consolidação das Leis do Trabalho, foi flexibilizada com o advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço criado pela Lei n. 5.107/66, regulamentado atualmente pela Lei n. 8.036/90 e fulminada pela Constituição Federal de 1988, que garantiu o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a todos os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc. III).

Atualmente a flexibilização da jornada de trabalho tem sido muito utilizada, proporcionando ao empregador a distribuição das horas de trabalho diante da necessidade de maior ou menor produção, evitando dispensa de alguns empregados.

A Constituição Federal faculta a redução da jornada de trabalho e a compensação de horários no inc. XIII, do art. 7º:

Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horário e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Nesta linha, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê a possibilidade de compensação de horas de trabalho, o denominado “banco de horas”, no § 2º, do art. 59, da seguinte forma:

Poderá ser dispensado, sem acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 horas diárias.

Quanto à duração do trabalho, há a possibilidade de se firmar contrato de trabalho por prazo determinado. Além da previsão expressa nos §§ 1º e 2º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei n. 9.601/98 instituiu o contrato de trabalho por tempo determinado condicionando a sua adoção à negociação coletiva.

Na contratação de mão-de-obra, a flexibilização manifesta-se nas situações em que a prestação dos serviços não é feita por empregados, mas por terceiros, como por exemplo, o trabalho temporário previsto na Lei n. 6.019/74 e a contratação de empresas prestadoras de serviços.

A terceirização é reflexo de flexibilização do Direito do Trabalho, na medida em que possibilita a contratação de uma empresa para a realização de atividades, que, caso não existisse esta possibilidade, seriam realizadas por empregados da própria empresa.

Neste sentido, o Dieese menciona: “no que se refere especificamente à mão-de-obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, ao eliminar para a firma contratante o “problema” dos custos econômicos diretos com o trabalho, dentre os quais admissão, demissão, treinamento e benefícios sociais”.⁹

2 – A TERCEIRIZAÇÃO

Explica Octávio Bueno Magano, que “terceirizar significa transferir a terceiros atividades anteriormente a cargo da própria empresa. A terceirização, assim

⁹ Os trabalhadores frente à terceirização, *Pesquisa DIEESE*, vol. 7, p. 13.

⁸ Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, *op. cit.*, p. 56-57.

concebida, possui duas vertentes: transferência a terceiros de toda e qualquer atividade ou apenas das chamadas atividades-meio”.¹⁰

Cássio Mesquita Barros Junior preleciona que a terceirização “é uma estratégia econômica através da qual um terceiro, em condições de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa que o contrata. Ao transferir a esse terceiro a produção das atividades acessórias e de apoio, pode a empresa contratante concentrar-se na sua atividade principal, o que levou a ciência da administração a chamar esse processo de focalização”.¹¹

Marly A. Cardone fala que “terceirização identifica o fenômeno de transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa que não aquela que, primitivamente, os produz”.¹²

Terceirização, segundo Eduardo Gabriel Saad, “significa a realização, por um terceiro, de atividade-fim ou atividade-meio da empresa contratante”.¹³

Para Ives Gandra da Silva Martins Filho, “trata-se, na sua vertente positiva, de descentralização empresarial tendente à especialização de funções, com vistas ao incremento de eficiência produtiva. No entanto, a vertente negativa, quando visa a redução de custos através da liberação de encargos sociais, encontra-se óbice no ordenamento jurídico-trabalhista, protetivo do hipossuficiente”.¹⁴

Pedro Vidal Neto diz que “a terceirização consiste na transferência, a outras organizações, de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim”.¹⁵

Assinala Luis Carlos Amorin Robortella que a palavra terceirização incorporou-se ao processo econômico “indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”.¹⁶

Sérgio Pinto Martins leciona que a terceirização consiste “na possibilidade de contratar terceiro para a

realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários”.¹⁷

Propomos, como definição de terceirização, a transferência para uma empresa de prestação de serviços especializados (prestadora), dos serviços não ligados ao objetivo econômico (atividade-fim) da empresa contratante (tomadora), sendo que os serviços serão realizados através dos empregados da prestadora, dentro ou fora da empresa tomadora.

3 – A TERCEIRIZAÇÃO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NO MERCADO DE TRABALHO

É importante destacar que um dos fatores que determinou a disseminação do fenômeno da terceirização foi a brutal concorrência entre as empresas, que foram levadas à especialização, fazendo com que contratassem os serviços de outras empresas para a realização de atividades não ligadas ao negócio principal.

O processo de terceirização está associado à focalização, que é a estratégia das empresas de concentrar suas atividades naquilo que é o segredo do negócio, facilitando a gestão empresarial, para diminuir a diversidade das formas de organização da produção e do trabalho. Com a terceirização, as empresas têm condições de reduzir custos e melhorar o desempenho e a qualidade, vez que realizam um menor número de processos, o que é importante para enfrentar a concorrência.¹⁸

Empresas que já passaram pela fase de acentuada centralização e verticalização, adotando o processo de terceirização, perceberam os benefícios de terem se tornado mais ágeis, eficientes, eficazes, ganharam qualidade, especialização e, finalmente, como resultado da terceirização, competitividade dos seus produtos no mercado.¹⁹

¹⁰ Alcance e limites da terceirização no Direito do Trabalho. *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*, p. 281.

¹¹ Flexibilização do direito do trabalho e terceirização. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 21, p. 277.

¹² A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 80, p. 18.

¹³ O trabalhador e a terceirização da economia. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 89, p. 563.

¹⁴ Terceirização legal e ilegal. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 125, p. 813.

¹⁵ Aspectos jurídicos da terceirização, *Revista de Direito do Trabalho*, n. 80, p. 24.

¹⁶ *O moderno direito do trabalho*, p. 236.

¹⁷ *A terceirização e o direito do trabalho*, p. 23.

¹⁸ *Ibid*, p. 6-7.

¹⁹ Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz. *Manual de terceirização*, p. 14.

A terceirização está relacionada com a opção das empresas em administrar o contrato com fornecedores, no sentido de conseguir redução de custos e melhoria da qualidade, pois deixam de desenvolver produtos e serviços, que passam a ser feitos por outras empresas especializadas nestas atividades.

Caracteriza-se como uma técnica moderna de gestão empresarial, baseada em mudanças estruturais, tendo como objetivo a concentração de esforços para a atividade principal da empresa. Está relacionada com a qualidade, a competitividade e a produtividade, sendo que a empresa concentra-se no seu produto estratégico, deixando que as tarefas secundárias e auxiliares sejam feitas por empresas especializadas.

A situação econômica, agravada pela recessão, obrigou as empresas a passarem por um processo de reestruturação, no sentido de se adaptarem aos novos tempos, sob pena de não conseguirem sobreviver; com a crise, foram obrigadas a procurar nas empresas de prestação de serviços uma parceria para a realização de diversas atividades, que elas mesmas realizavam.

O *Sindicato dos Metalúrgicos do ABC*, menciona que as empresas brasileiras foram estimuladas pela recessão a reduzir os custos, conseqüentemente adotaram a transferência de algumas atividades para terceiros, e terceirizando, elas tentaram, por exemplo, eliminar os altos custos representados pelas frotas de veículos, garagem, manutenção, enfim, custos com atividades secundárias.²⁰

A terceirização gera para as empresas contratantes uma parceria na busca de objetivos comerciais, cada uma aprimorando a sua especialidade, buscando a qualidade; com isso o trabalhador também busca o aprimoramento profissional, tanto o empregado da tomadora como o da prestadora dos serviços.

A empresa tomadora dos serviços deixa de ser responsável por todas as fases do processo produtivo, o que repercute no Direito do Trabalho, que sempre esteve apoiado na empresa auto-suficiente, uma vez que, com a terceirização, há uma desconcentração produtiva e econômica, pois o fornecimento de bens e serviços é buscado no mercado.

Alguns entendem que a terceirização trouxe conseqüências negativas, como a redução salarial, em comparação com as empresas tomadoras dos serviços, não concessão de benefícios, como transportes, alimentação, assistência médica e outras e até redução no nível de emprego.²¹

Jerônimo Souto Leiria cita como conseqüências negativas da terceirização para as empresas, os seguintes aspectos: aumento de risco a ser administrado, dificuldades no aproveitamento dos empregados já treinados, demissão na fase inicial, mudança na estrutura do poder, falta de parâmetros de preço nas contratações iniciais, custo das demissões, relação com sindicatos, má escolha de parceiros, má administração do processo e aumento de dependência de terceiros.²²

Outra conseqüência da terceirização é o aumento do número das micro e pequenas empresas em todos os setores da economia, assim, mesmo havendo diminuição de emprego nas grandes empresas, há a abertura de novos empregos nas micro, pequenas e médias empresas.

Assim, quanto a questão da redução do emprego provocada pela terceirização é colocada frente ao crescimento das micro e pequenas empresas, os seus efeitos parecem reduzidos, pois de alguma forma, essas empresas, mesmo que não ofereçam as mesmas condições, aparecem como a solução para o desemprego.²³

Por outro lado, a perda das vantagens oferecidas pela grande empresa, como transporte, assistência médica e outras, é minimizada pelo oferecimento de empregos, nas micro e pequenas empresas e há o crescimento do setor de serviços, em face do predomínio da terceirização nos serviços de vigilância, alimentação, transporte, processamento de dados e manutenção.

Cita o *Sindicato dos Metalúrgicos do ABC* o crescimento do setor de serviços no PIB, pois a terceirização é um dos motivos do crescimento do setor terciário da economia, e, embora esteja se dirigindo para as atividades produtivas, ainda predomina no setor de serviços.²⁴

Diante desse fenômeno, diz o Dieese que “na esfera dos serviços ligados à indústria se nota uma trajetória ascendente do emprego. Isto decorre, em boa medida, do ajuste realizado pelas grandes empresas que vêm externalizando inúmeras atividades com o intuito de reduzir custos”.²⁵

²⁰ Os trabalhadores e a terceirização, *Diagnóstico e propostas dos Metalúrgicos do ABC*, p. 30.

²¹ Argeu Egydio dos Santos. Terceirização e seus efeitos. *Terceirização no direito do trabalho e na economia*, p. 76 e o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, *op. cit.*, p. 34.

²² *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*, p. 52-53.

²³ Heloisa Helena Teixeira de Souza Martins. *Os dilemas do movimento sindical em face da terceirização*, Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho, p. 38.

²⁴ *op. cit.*, p. 31.

²⁵ *op. cit.*, p. 16.

No mesmo sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella fala da expansão do setor de serviços como fonte de geração de empregos, e que “o elevado número de empresas de prestação de serviços no país, com milhões de trabalhadores, torna essencial uma política legislativa de estímulo a essas atividades econômicas, que constituem instrumento de combate ao desemprego.”²⁶

Destaca-se ainda a opinião de Amador Paes de Almeida quando escreve que “a contratação de empresas prestadoras de serviços, entre se constituir numa forma de aperfeiçoamento das operações fundamentais indispensáveis à própria atividade-fim, é meio de incremento de emprego, utilizando, no mais das vezes, embora não necessariamente, de mão-de-obra ociosa e desqualificada (faxineiros, vigias, etc.)”.²⁷

As conseqüências positivas, para as empresas, no entender de Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz são: gera a desburocratização, alivia a estrutura organizacional, proporciona melhor qualidade na prestação de serviços, contribuindo para a melhoria do produto final, traz mais eficácia empresarial, aumenta a flexibilidade nas empresas, proporciona maior agilidade decisória e administrativa, simplifica a organização, incrementa a produtividade, tem como uma das conseqüências a economia de recursos humanos, materiais, instrumental, de equipamentos, econômicos financeiros.²⁸

Pedro Paulo Teixeira Manus lembra que “não perdendo de vista que atravessamos um período em que se busca criar e adaptar novas formas de prestação de serviço às exigências de mercado, por meio do processo denominado terceirização, mas que exige cuidado para não perder de vista a necessária proteção que o Direito do Trabalho deve dispensar aos trabalhadores de forma geral”.²⁹

Quanto às conseqüências jurídicas, primeiro destaca-se que a empresa de prestação de serviços deve manter contrato de trabalho com seus empregados, para que eles possam ficar protegidos pela legislação trabalhista e pelos instrumentos normativos aplicáveis à categoria profissional e econômica.

Caso a empresa contratante utilize a terceirização apenas com objetivo de fraudar direitos trabalhistas, camuflando a relação de emprego, poderá ser reconhecido o vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços.

Outra importante conseqüência refere-se à responsabilidade da empresa contratante dos serviços, pelas obrigações trabalhistas não pagas pela empresa contratada. O contratante poderá ser responsabilizado pelos direitos trabalhistas sonegados do trabalhador, conforme consta no inc. IV, do Enunciado n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

4 – A TERCEIRIZAÇÃO VISTA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

A terceirização é um fenômeno com conseqüências para do Direito do Trabalho, no entanto, carece de uma regulamentação legal específica, sendo que a orientação que os jurisdicionados têm advém da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, expressa através do Enunciados n. 331.

4.1 – O Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho do Enunciado n. 256 ao 331.

Antes do Enunciado n. 331 ser editado, o tema da contratação de empresas de prestação de serviços era tratado pelo Enunciado n. 256, publicado no *Diário da Justiça da União* de 09 de setembro de 1986, nos seguintes termos:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/86, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O Enunciado, em comento, foi alvo de muitas críticas por parte dos estudiosos do Direito do Trabalho, que não aceitavam a posição do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria. Abaixo destacamos alguns comentários feitos à época.

Arnaldo Sussekind disse que o Enunciado n. 256 não proibia uma empresa de contratar prestadora de serviço ou empreiteira, para a execução de serviços ou obras, mas que a proibição estava restrita à contratação de trabalhadores por empresa interposta, não podendo supor “por ferir o sistema jurídico nacional, é que a súmula em foco tenha tido a intenção de proibir os

²⁶ *O moderno direito do trabalho*, p. 255.

²⁷ *A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraude à lei, terceirização no direito do trabalho e na economia*, p. 36.

²⁸ *Manual de terceirização*, p. 19-20.

²⁹ *Direito do trabalho*, p. 75.

legítimos contratos de prestação de serviços ou de empreitada de obras, previstos no Código Civil”.³⁰

Paulo Teixeira Coelho entendeu que Enunciado n. 256 caracterizou como ilegal toda e qualquer contratação de empresa prestadora de serviços, e que existiam várias atividades de prestação de serviços a terceiros que não configuravam a locação de mão-de-obra. Assim, o Enunciado em foco “foi extremamente infeliz, pois generaliza o conceito de empresa interposta, estendendo-o a toda e qualquer empresa de prestação de serviços a terceiros”.³¹

Irani Ferrari disse que o Enunciado em questão “considera ilegal ‘ab initio’, o que poderá ser legal, porque não revogadas as formas de prestação de trabalho sob o enfoque da locação de serviços ou empreitadas” e que ainda era “contrário ao princípio da livre iniciativa e contra o código civil, no que respeita às prestações de serviços e também às empreitadas, se configuradas legalmente, este fim, podendo guardar seus aspectos de autonomia ou de legítimos empregadores”.³²

Onofre Carlos de Arruda Sampaio manifestou-se no sentido de que nem todas as empresas prestadoras de serviços têm como objetivo fraudar a legislação trabalhista, e de que “não estão tais empresas limitadas às atividades de baixo nível intelectual, meramente braçais, como limpeza e vigilância, mas abrangeu todos os campos com as que fornecem serviços de alimentação, de programação para computadores, assistência médica, odontologia, assistência técnica para equipamentos, manutenção elétrica, etc”.³³

Amador Paes de Almeida deu a interpretação no sentido de que “em nenhum momento quis o Enunciado transcrito eivar de nulidade a verdadeira terceirização, que consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços para a realização das operações secundárias, ainda que permanentes, assim consideradas, como já se frisou, aquelas que não se relacionem com a atividade-fim”.³⁴

Na opinião de Marly A. Cardone, o Tribunal Superior do Trabalho exorbitou ao editar o Enunciado n. 256, cristalizando o que não é cristalizável, já que a Jurisprudência, em sua função integrativa e formuladora do Direito, deve ter exatamente a flexibilidade que a lei não pode ter, examinando as facetas de cada caso.³⁵

Manifestou-se Octávio Bueno Magano dizendo que o Enunciado em questão “mostrou-se inteiramente divorciado da realidade palpitante em nossos dias, em que se sobressai o fenômeno da cooperação entre empresas, explicável pelas exigências da técnica e pela exacerbação da concorrência. Para enfrentar a concorrência, cada vez mais aguçada, a empresa precisa aumentar a sua produtividade, o que a leva a se especializar e a adquirir, no campo de sua especialização, dimensão que lhe permita o uso intenso da técnica”.³⁶

A orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, contida no Enunciado n. 256, contrariava a idéia da terceirização, impedia a contratação das empresas prestadoras de serviços; por isso, à época se defendia a sua revisão, o que de fato veio ocorrer com a edição do Enunciado n. 331.

Através da Resolução n. 23/93, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho aprovou o Enunciado n. 331, publicado no *Diário da Justiça da União* de 21 de dezembro de 1993, com a seguinte redação:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade
– Revisão do Enunciado n. 256.

I A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. (Lei n. 6.019, de 03.01.74).

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

III Não forma vínculo de emprego com o tomador da contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a 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

³⁰ Enunciado n. 256: a mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços, *Revista LTr*, vol. 51, p. 276.

³¹ Empresas prestadoras de serviços – Enunciado n. 256 – Súmula de jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 35, p. 179-180.

³² Enunciado n. 256 do TST. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 7, p. 28.

³³ Na contramão da história. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 18, p. 110.

³⁴ A terceirização no Direito do Trabalho: limites e fraude à lei, *terceirização no direito do trabalho e na economia*, p. 37.

³⁵ A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 80, p. 22.

³⁶ *Política do trabalho*, p. 60.

àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A revisão do Enunciado n. 256 partiu de requerimento do Ministério Público do Trabalho, em face de divergências interpretativas, com relação ao alcance daquele Enunciado sobre as contratações de prestação de serviços efetuadas pelos órgãos públicos.

Foram instaurados inquéritos civis públicos contra o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal face à alegações de terceirização ilegal efetuadas por estes bancos oficiais, com a finalidade de fraudar a legislação. Assim, o Banco do Brasil firmou termo de compromisso perante a Procuradoria Geral do Trabalho, no sentido de regularizar a situação ilegal no prazo de 240 dias, abrindo concurso público para as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica e digitação.³⁷

Depois o Banco do Brasil teve dificuldades de realizar os concursos em relação aos serviços de limpeza, face à impossibilidade de adequação dos candidatos aos cargos disputados, já que sem exigência de escolaridade e as funções sem caráter técnico; temeu-se que as pessoas qualificadas seriam aprovadas apenas com o objetivo de ingressar no banco e depois galgar outras funções, ficando as atividades para as quais prestaram concurso desatendidas.³⁸

Diante da importância da questão, o Tribunal Superior do Trabalho reviu o Enunciado n. 256 e a matéria debatida está prevista no Enunciado n. 331, que no item II diz que, mesmo irregular, a contratação do trabalhador por empresa interposta não gera vínculo empregatício com a Administração Pública.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho eliminou a utilização do expediente fraudulento do ingresso nos órgãos da Administração Pública através da utilização de empresa prestadora de serviços, pois a Justiça do Trabalho, fulcrada no Enunciado n. 256, reconhecia o vínculo de emprego.

No entanto, como se denota o Tribunal Superior do Trabalho não se limitou a tratar da contratação de empresas de prestação de serviços pela Administração Pública, tratou de outros aspectos jurídicos pertinentes à terceirização, como as hipóteses em que ela é possível e ainda dos efeitos jurídicos para o tomador dos serviços.

O inc. I praticamente repetiu a redação do Enunciado n. 256, no sentido de considerar ilegal a

contratação de mão-de-obra através de empresa interposta, já que a terceirização tem como objetivo a prestação de serviços e não locação permanente de mão-de-obra.

No inc. II, conforme já mencionado acima, tratou de terceirização, especificamente no setor público, com o intuito de evitar fraudes e seguir o mandamento constitucional, previsto no art. 37, inc. II, no sentido de que a pessoa somente se torna funcionária ou empregada pública, mediante concurso.

O Tribunal Superior do Trabalho flexibilizou a possibilidade de se contratar empresas prestadoras de serviços, conforme consta no inc. III, prevendo a possibilidade de contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio das empresas.

No entanto, menciona a possibilidade de ser reconhecido o vínculo de emprego no caso de existir subordinação e pessoalidade do trabalhador para com a empresa tomadora dos serviços.

Importante consequência da terceirização, consta no inc. IV do Enunciado n. 331, que cuida da responsabilidade do tomador dos serviços no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, e que teve a sua redação alterada pela Resolução n. 96/2000, pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, passando a vigorar com a seguinte redação:

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 (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

A alteração foi no sentido de constar, expressamente, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não pagas pelo prestador dos serviços.

Tanto as empresas privadas como a Administração Pública serão responsabilizadas pelo pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados das empresas de prestação de serviços, na hipótese dessas empresas não honrarem com tais direitos. Assim, o trabalhador lesado, cobrará do seu empregador (empresa prestadora), caso esta não pague ou não tenha condições de pagar, quem pagará será a empresa tomadora.

³⁷ Redação da *Revista LTr*, vol. 58, p. 7

³⁸ *Ibid.*, mesma página.

5 – CONCLUSÃO

Dentre as manifestações de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, destaca-se a terceirização, que consiste na possibilidade de uma empresa (tomadora dos serviços) contratar outra empresa (prestadora dos serviços) para realizar determinadas atividades, que antes eram realizadas pela própria empresa tomadora.

Terceirizando atividades, a empresa contratante deixa de ser responsável por todas as etapas do processo produtivo, o que repercute no Direito do Trabalho, que sempre esteve apoiado na empresa auto-suficiente, e com a terceirização, ocorre uma desconcentração do trabalho, na medida em que alguns serviços são realizados por terceiros.

A terceirização traz conseqüências para o mercado de trabalho, para a economia e para o Direito do Trabalho.

O tomador dos serviços deve se resguardar no momento de contratar serviços de outra empresa, verificando se a contratada mantém contrato de trabalho com os trabalhadores, para que eles possam ficar protegidos pela legislação trabalhista, pois, caso a contratante pretenda utilizar a terceirização apenas com o objetivo de fraudar a legislação, camuflando a relação de emprego, poderá ser reconhecido o vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador.

A empresa contratante é responsável subsidiária, segundo o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, pelas obrigações trabalhistas não pagas pela empresa contratada.

Seria de bom alvitre que o legislador, atento ao fenômeno da terceirização e suas conseqüências, regulamentasse a matéria, para gerar maior segurança para os contratantes e trabalhadores envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, V. Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, 1996.
- ALMEIDA, A. P. A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraudes à lei. In: CARDONE, M. A.; SILVA, F. V. (Org.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993.
- ANDRADE, D. G. Terceirização: atividade-fim e atividade-meio (Enunciado n. 331 do TST). *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 172, 2000.
- BARROS JUNIOR, C. M. Flexibilização no direito do trabalho. *Revista Trabalho e Processo*, São Paulo, n. 2, set. 1994.
- _____. Flexibilização do direito do trabalho e terceirização. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 21, 1997.
- CARDONE, M. A. Introdução do tema da flexibilização do direito do trabalho, *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, 1990.
- _____. A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 80, 1992.
- COELHO, P. T. Empresas prestadoras de serviços – Enunciado n. 256 – Súmula de jurisprudência predominante do tribunal superior do trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 35, 1987.
- DIEESE. Os trabalhadores frente à terceirização. Pesquisa *Dieese*, v. 07, 1993.
- FARIA, A. Terceirização: um desafio para o movimento sindical. In : MARTINS, H. H. T. S.; RAMALHO, J. R. (Org.). *Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- FERRARI, I. Enunciado n. 256 do TST. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 7, 1987.
- FLEURY, R. C. Terceirização: administração pública, responsabilidade subsidiária. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 158, 2000.
- FURTADO, E. T. Contemporizando a terceirização. *Revista LTr*, São Paulo, v. 57, 1993.
- GIOSA, A. L. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. São Paulo: Pioneira, 1994.
- LEIRIA, J. S. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. Porto Alegre: Ortiz, 1991.
- LIMA, M. H. Terceirização e fraudes trabalhistas: visão doutrinária. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 23, 1996.
- MAGANO, O. B. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.
- _____. *Alcance e limites da terceirização no direito do trabalho: noções atuais de direito do trabalho, estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. Coodenado por J. A. R. Pinto. São Paulo: LTr, 1995.
- MAIOR, J. L. S. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. Terceirização no processo do trabalho: legitimidade, condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 131, 2000.
- MANUS, P. P. T. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MARTINS FILHO, I. G. S. Terceirização legal e ilegal. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 125, 1993.
- MARTINS, H. H. T. S. Os dilemas do movimento sindical em face da terceirização. In: RAMALHO, J.R. (Org.). *Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- MARTINS, S.P. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MENEZES, C. A. C. Fraude na formação do contrato de trabalho. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 99, 1997.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Subcontratação ou terceirização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 83, 1993.
- NASSAR, R. N. S. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.
- PASTORE, J. *Flexibilidade dos mercados de trabalho e contratações coletivas*. São Paulo: LTr, 1994.
- PEREIRA, R. J. M. B. A Responsabilidade do tomador na prestação de serviços terceirizada. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 18, 1999.
- PINTO, J. A. R. O sindicato e a flexibilização do direito do trabalho. *Revista da Academia de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano IV, n. 4, 1996.
- PIRES, A. Terceirização: responsabilidades, um tema para reflexão. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 31, 2000.
- QUEIRÓZ, C. A. R. S. *Manual de terceirização*. São Paulo: STS, 1992.
- RAMOS, D. M. O. *Aspectos jurídicos da Terceirização no âmbito da administração pública*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ROBORTELLA, L. C. A. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- ROCHA, E. A. Prestação de serviços por empresa: terceirização. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 20, 1995.
- SAAD, E. G. O trabalhador e a terceirização da economia. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 89, 1993.
- SAMPAIO, O. C. A. Na Contramão da história. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 18, 1987.
- SANTOS, A. E. Terceirização e seus efeitos. In: CARDONE, M. A.; SILVA, F. V. (Org.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: Ed. LTr, 1993.
- SINDICATO DOS METALÚRGICOS DO ABC. *Os trabalhadores e a terceirização: diagnóstico e propostas dos metalúrgicos do ABC*. São Paulo: Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, 1993.
- SUSSEKIND, A. Enunciado n. 256: a mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços de serviços. *Revista LTr*, São Paulo, v. 51, 1987.
- VIDAL NETO, P. Aspectos jurídicos da terceirização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 80, 1992.