



A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: breves considerações no cenário Brasileiro

Laís Campos Rachello¹

Andrea Rodrigues De Oliveira Munhoz²

RESUMO

Fato inegável nos dias atuais é a grande utilização da mão de obra terceirizada, sendo este um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países e ramos da atividade Humana. Em um mundo que tende para a especialização em todas as áreas, as empresas buscam meios para exercerem apenas as atividades em que se aprimoraram, delegando a execução dos serviços tidos como periféricos, nos quais não se especializaram para outras empresas, chamadas terceirizadas. Entretanto, é a busca incessante pelo lucro máximo com gasto mínimo que propulsiona a contratação de empresas terceirizadas para a realização não apenas das tarefas em que a empresa contratante não se especializou, como também para as suas atividades principais, denominadas de atividade fim. Nesse contexto, este artigo tem por escopo proceder ao estudo do fenômeno da terceirização de mão de obra e, para tanto será feita uma verificação acerca do que é a terceirização e em quais hipóteses ela pode ocorrer. Para tanto, utilizou-se como referência a pesquisa bibliográfica e documental para a presente pesquisa. Valendo-se da doutrina, de artigos científicos, de Súmulas e da análise de julgamentos dos Tribunais Regionais do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ATIVIDADE FIM.

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Juiz de Fora/MG; Professora das Faculdade Integradas Vianna Júnior (FIVJ) de Juiz de Fora/MG. Advogada militante na esfera trabalhista.



INTRODUÇÃO

Fato inegável nos dias atuais é a grande utilização da mão de obra terceirizada, sendo este um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países e ramos da atividade Humana.

Nesse contexto, este artigo tem por escopo proceder ao estudo do fenômeno da terceirização de mão de obra e, para tanto será feita uma verificação acerca do que é a terceirização e em quais hipóteses ela pode ocorrer.

Além disso, será apresentada um pouco da história da terceirização, bem como seu conceito, sua finalidade e suas hipóteses de cabimento, abordando também as mudanças em nosso ordenamento jurídico face o instituto da terceirização e para finalizar, será apresentado o que é a terceirização lícita e, em contraponto, por qual motivo ocorre à terceirização ilícita e seus efeitos jurídicos.

Para tanto, utilizou-se como referência a pesquisa bibliográfica e documental para a presente pesquisa. Valendo-se da doutrina, de artigos científicos, de Súmulas e da análise de julgamentos dos Tribunais Regionais do Trabalho.

1 A HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno que teve sua origem no período da Segunda Guerra Mundial. De acordo com Felício; Henrique (2004), durante esse período existia grande demanda de armamentos e a oferta não era capaz de suprir tamanha procura. As indústrias norte-americanas, na época, principais fornecedoras de produtos bélicos, possuíam uma organização que as impediam de suprir a demanda européia. Para aumentar a produtividade, a saída encontrada pelos industriais foi reformar o modelo de produção até então utilizado, transferindo as atividades não essenciais para outras empresas. Assim, as empresas voltar-se-iam apenas para sua atividade essencial. A maior canalização de recursos e trabalho para determinada atividade resultaria em um aumento de produção.



A noção de terceirização foi apresentada ao Brasil quando da instalação das empresas multinacionais no território nacional. Na década de 50, do Século XX, sobretudo a partir do Governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira, houve a abertura do mercado interno à competição estrangeira, vindo aqui se instalar várias empresas, muitas das quais já adotando em suas origens a terceirização como forma de obter maior produtividade. Assim, a instalação em solo nacional, de empresas com condições superiores de competição em comparação com às indústrias locais, fizeram com que estas tivessem de encontrar uma solução para aumentar a produtividade, diminuir os custos, ou, de qualquer outra forma, tornarem-se tão competitivas quanto as multinacionais. Uma das soluções encontradas foi terceirizar, enxugando as empresas, remetendo para terceiras a produção acessória (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

2 O CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Inicialmente, cumpre relembrar alguns conceitos que serão de muita importância para a compreensão do tema, dentre eles o que é empregador e o que é empregado.

Nesse sentido, prevê o art.2º da CLT que empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, é clara ao conceituar tal integrante da relação jurídica.

De outro lado, em linhas claras prevê o art.3º da CLT que empregado é toda pessoa física que presta serviços de forma habitual (não eventual), com subordinação, de forma onerosa (mediante salário) e com pessoalidade.

Feitas tais considerações, passe-se agora a verificar o que vem a ser o instituto da terceirização.

Para Gabriela Neves Delgado (2003), a terceirização pode ser compreendida como a relação trilateral que permite à empresa tomadora de serviços (empresa cliente) descentralizar e intermediar suas atividades meio (acessórias), para



empresas fornecedoras (terceirizantes), pela utilização de mão de obra terceirizada (empregado terceirizado), o que, pela ótica administrativa, é visto como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência das empresas.

Já Maurício Godinho Delgado (2013, p.436), conceitua a terceirização como:

O fenômeno pela qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista 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 justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p.10):

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

Na visão de Felício e Henrique (2004, p. 85) a terceirização nada mais seria que um “processo pelo qual a empresa, objetivando alcançar maior qualidade, produtividade e redução dos custos, contrata um terceiro para realizar atividades que não constituem o seu objeto principal.”

Assim, observa-se que a terceirização se caracteriza por uma técnica moderna de gestão empresarial, fundada em mudanças estruturais, que tem como objetivo a centralização de empenhos para a atividade principal da empresa, conjugando qualidade, produtividade e competitividade, concentrando-se no seu produto principal, repassando as tarefas secundárias e auxiliares para serem executadas por empresas especializadas.



Em síntese, a empresa contratante passa a se dedicar, apenas, ao foco de suas atividades principais (atividade fim), ficando as demais (atividades meio ou atividade acessórias) a cargo de outras empresas.

3 A FINALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p. 10 e 11):

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer no mercado. Esta pretende, com a terceirização, a transformação dos seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.

Na verdade, os empresários pretendem, na maioria dos casos, a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, com a utilização da terceirização, podendo ocasionar desemprego no setor, mas não é essa a causa preponderante do desemprego.

Para Alice Monteiro de Barros, (2006, p.427):

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes.

E continua:

Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais. A terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão de obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços.



Desta forma, podemos notar que a terceirização é utilizada com o intuito de reduzir custos (encargos trabalhistas e previdenciários na maioria dos casos) e aumentar a produtividade e qualidade dos produtos em que a empresa se especializou.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO (INTERNA E EXTERNA)

O instituto da terceirização pode ser classificado como interna ou externa.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2012), na terceirização interna, a empresa repassa para terceiros suas atividades de produção, porém as empresas terceirizadas trabalham dentro da própria terceirizante, como por exemplo, o que vem acontecendo na linha de produção de certas empresas automobilísticas. Já na terceirização externa, a empresa também repassa para terceiros certas etapas de sua produção, contudo, essas são executadas fora da empresa.

Para Gabriela Neves Delgado (2003), as duas principais formas de terceirização percebidas são a terceirização de serviços, que corresponde à terceirização para dentro da empresa (interna), ao lado da terceirização de atividades, correspondente ao processo que ocorre para fora da empresa (externa).

Assim, segundo a autora (2003, p.120):

A primeira forma de exteriorização do referido fenômeno preconiza a terceirização de serviços (terceirização para dentro da empresa tomadora), ou seja, a empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de terceiros, vale dizer, empregados contratados pela empresa terceirizante. A tomadora continua sendo responsável pela produção de bens e atividades, com a única ressalva de que utilizará mão de obra terceirizada.

A segunda forma, terceirização de atividades (terceirização para fora da empresa tomadora), é também designada por alguns doutrinadores, com destaque para Robertella, pela terminologia genérica de subcontratação:

A subcontratação dá origem a uma parceria entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, com seus próprios empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas com divisão e definição de responsabilidades. Da mesma



forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante.

Ante o exposto, conclui-se que dentre as duas formas de terceirização expostas acima, a que nos importará nesse trabalho será a terceirização de serviços ou terceirização interna, uma vez que, nesse tipo de terceirização há pela empresa tomadora de serviços a incorporação em seus quadros de trabalho de terceiros, vale dizer, de empregados contratados pela empresa interposta. E em virtude do fato de que o trabalhador da empresa interposta labora dentro da empresa tomadora de serviços, poderá existir, se não forem respeitados certos limites na atuação das partes, conforme se verificará mais adiante, a configuração de um contrato de trabalho formado diretamente entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços.

5 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS FACE À TERCEIRIZAÇÃO

O direito do trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito que vem sendo alterado regularmente no afã de equilibrar a constante tensão existente no relacionamento entre o trabalho e o capital. Para conciliar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu em 1973, uma teoria chamada flexibilização dos direitos trabalhistas (MARTINS, 2012).

O fenômeno da terceirização ao transformar as relações trabalhistas bilaterais em trilaterais, acaba por se ligar profundamente à flexibilização do trabalho.

Nesse contexto, para Delgado (2003), a terceirização também surge como forma de compatibilizar a eficácia econômica com novos métodos de gestão de mão de obra e também com as inovações tecnológicas. Assim, verifica-se que a contratação de terceiro para prestar serviços à empresa também é uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas. Entretanto, na terceirização muitos dos direitos trabalhistas são perdidos, principalmente a carteira assinada e os benefícios decorrentes do contrato de trabalho, o que não pode deixar de ser visto como uma



flexibilização desses direitos, mormente diante da diferenciação das situações, que trazem inclusive situações para pior ou para melhor ao trabalhador.

Assim, podemos concluir que a flexibilização das normas trabalhistas é um instrumento que visa conciliar as mudanças que ocorrem no mundo com os contratos de trabalho.

6 REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DO INSTITUTO

No Brasil não existe uma lei que disponha sobre o processo da terceirização de forma exaustiva e sistemática, contudo, há intenção do legislador em fazê-lo.

Nesse eito, tramita no Congresso um projeto de lei, tombado sob n. 4.330/04, de autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, que visa regulamentar o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes.

Cabe mencionar que, através do Deputado Federal Arthur Oliveira Maia, foi apresentando um substitutivo ao projeto de lei que, na mesma linha do texto original, continuará a permitir a contratação de serviços terceirizados nas chamadas atividades fim, apesar de não ser esse o termo utilizado.

Pois bem, o projeto de lei vem gerando alguns debates entre os vários segmentos da sociedade, que se dividem em grupos favoráveis e contrários ao texto apresentado, sendo que o mais recente ocorreu no dia 18 de setembro do presente ano.

Para o autor da proposição, Deputado Sandro Mabel, (apud Lara Haje e Noéli Nobre), em entrevista, caso seja ela aprovada, haverá a proteção dos 15 milhões de trabalhadores terceirizados em todo o País. Ainda segundo ele, hoje existe a precarização no trabalho terceirizado porque não existe regulamentação.

Em consonância com esse entendimento, o vice-presidente da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Alexandre Furlan, entende que a terceirização é uma moderna forma de organização das atividades econômicas, e não deixará de existir. Assim, a inexistência de normas acerca deste tema não é benéfica nem para os



trabalhadores nem para os empregadores, e a regulamentação trará mais segurança jurídica para as relações trabalhistas.

Na mesma entrevista, por sua vez, o presidente do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros do Estado de São Paulo, Genival Beserra Leite, também defende a regulamentação, ao argumento de que caso a proposição não seja aprovada, continuará sem existir segurança ou garantia para os terceirizados.

De outro lado, existem aqueles que criticam a proposta, como por exemplo, o secretário-geral da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), Wagner Gomes (apud Lara Haje e Noéli Nobre), que argumenta que a proposta trará mais precarização no trabalho, uma vez que, a principal característica das empresas terceirizadas é pagar aos terceirizados salários menores e poucos benefícios.

Nessa mesma linha, encontra-se a maior parte da justiça trabalhista, que durante a comissão geral sobre a matéria no dia 18 de setembro de 2013, através dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Delgado e Alexandre Agra Belmonte, se posicionaram de forma contrária ao projeto de lei, ao fundamento de que se a proposta for aprovada na forma em que se encontra atualmente, todas as empresas vão terceirizar suas atividades, o que trará um efeito avassalador sobre as conquistas trabalhistas já sedimentadas há 70 anos no País e reconhecidas pela nossa Constituição Federal.

Por outro lado, o ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos se mostrou favorável a aprovação do projeto, pois em sua visão, os maus exemplos do setor da terceirização são pontuais e não podem comprometer a regularização do fenômeno.

Já para o presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Carlos Eduardo de Azevedo Lima (apud Lara Haje e Noéli Nobre), o projeto de lei irá trazer mais precarização, além de representar um retrocesso social, uma vez que, as estatísticas mostram que os empregados terceirizados recebem menos, trabalham mais, têm rotatividade maior nos empregos e sofrem mais acidentes de trabalho.



Cabe ainda mencionar, que existe outro projeto de lei de n. 5.439 de 2005, de autoria da Deputada Federal Ann Pontes, que visa acrescentar o artigo 442-A na CLT, com o seguinte texto:

Art. 442-A Salvo nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, é vedada a contratação de trabalhador por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Parágrafo único. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias por parte do empregador, implica a responsabilidade solidária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial. (Câmara dos Deputados Federais, 2013)

Segundo a Deputada Federal, a proposição tem o objetivo de transformar em lei o verbete da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria.

Observa-se que o tema é bastante controvertido, contudo, deve-se ter cautela ao analisar a questão, tendo em vista que, de um lado estão às empresas que têm que se manterem em um mercado competitivo e de outro os trabalhadores em busca de empregos de qualidade.

7 (I) LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO

Como vimos, a terceirização cria uma concepção trilateral nas relações de trabalho, onde o trabalhador participa diretamente da produção do tomador de serviços, sem, contudo, manter com ele qualquer vínculo de emprego, o qual, em tese, se aperfeiçoa diretamente com a empresa prestadora de serviços (CARMO, 2011).

Assim, segundo Carmo (2011) a grande preocupação consiste em saber até onde pode ir a terceirização das atividades de uma empresa, sem que este processo de desverticalização crie condições degradantes de emprego, seja por ferir o mínimo ético social consistente na supressão de direitos laborais minimamente assegurados aos trabalhadores terceirizados, ou mesmo por gerar situações discriminatórias entre



trabalhadores que exercem a mesma função, com ofensa ao princípio da igualdade de tratamento, da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade de direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Com efeito, no Brasil não existe uma lei que disponha sobre o processo da terceirização de forma exaustiva e sistemática, excepcionadas uma ou outra lei que regulamentam o exercício de atividades específicas, como a conservação e limpeza (Lei n. 5.645/70), o serviço de vigilância bancária (Lei n. 7.102/83) e ainda o contrato temporário (Lei n. 6.019/74), por isso, a jurisprudência dos tribunais trabalhistas cuidou de delimitá-lo, com o intuito de preencher uma lacuna prejudicial à proteção do trabalhador, até porque o fornecimento de mão de obra por empresa prestadora pode converter-se em instrumento de burla e fraude às leis de proteção ao labor subordinado (CARMO, 2011).

Nesse contexto, foi editada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho a Súmula n. 331 que resumiu as hipóteses possíveis para uma terceirização lícita das relações de trabalho. Vejamos:

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

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da



prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Tribunal Superior do Trabalho, 2011)

Dentro desta ótica a contratação interposta de trabalhadores só é permitida dentro das quatro hipóteses previstas acima, quais sejam: 1) trabalho temporário de acordo com a Lei n. 6.019/74; 2) atividades de conservação e limpeza nos moldes da Lei n. 5.645/70; 3) serviço de vigilância bancária conforme Lei n. 7.102/83 e 4) serviços ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta entre a empresa tomadora do serviço e o trabalhador terceirizado.

Nesse passo, é importante estabelecer a diferença entre terceirização lícita e ilícita ou terceirização legal ou ilegal.

Segundo Martins (2012), a terceirização legal ou lícita é a que obedece aos preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não visando fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que diz respeito a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos empregados.

Assim, a terceirização é lícita, uma vez que toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição (art.594 do Código Civil). A terceirização ilícita busca apenas o menor preço (MARTINS, 2012).

Por sua vez, para Felício; Henrique (2004), a terceirização para ser verificada de forma lícita deve observar alguns requisitos, já que esse instituto impõe uma relação triangular, onde existe aquele que de fato trabalha, presta serviços (empregado), a empresa que se beneficia destes serviços (empresa tomadora) e entre esses dois a empresa empregadora do trabalhador, uma empresa especializada que é contratada pela empresa tomadora para efetuar determinados serviços (empresa prestadora ou interposta). Para que seja o caso de terceirização



lícita, obrigatoriamente deve haver a empresa interposta, empregadora do trabalhador que labora na empresa tomadora, sendo que aquela deve ter efetiva estrutura material.

Dessa forma, não basta apenas que exista uma empresa prestadora de serviços na aparência, tão somente arregimentando mão de obra. É importante que ela exista, seja regularmente constituída, registrada, para que seja possível conferir sua idoneidade. (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

Nesse contexto, importante observar que a personalidade é marca registrada na relação empregatícia. Esta é, com toda certeza, *intuitu personae*, ou seja, leva em consideração as características pessoais do empregado, não podendo, em regra, ser o mesmo substituído. Admite-se determinado funcionário em razão de suas características pessoais, tendo em vista suas habilidades (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

Por oportuno, Felício; Henrique, 2004, expõe que na terceirização lícita não pode existir essa relação entre o empregado que presta serviços à empresa tomadora e esta. A última não pode selecionar qual o empregado quer, nem se opor a eventual substituição. Por sua vez, o empregado também não pode escolher para qual empresa tomadora ele quer disponibilizar sua força de trabalho. Será aquela que a empresa prestadora determinar. Destarte, a personalidade deve estar presente entre o empregado e a empresa interposta, já que, aí sim, existe uma típica relação de emprego. Jamais entre empregado e tomadora de serviços.

Nesse passo, outro elemento da terceirização lícita é a inexistência de subordinação direta entre o empregado e a empresa tomadora de serviços, ou seja, a que se vale de sua força de trabalho. A subordinação da qual se refere é a jurídica (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

Tal vínculo de dependência não pode haver entre o funcionário e a tomadora. Esta última não pode determinar diretamente a prestação de serviços, punir o empregado faltoso, transferi-lo, ou seja, não pode exercer seu poder de direção sobre o empregado da empresa interposta. O que cabe a empresa tomadora é fiscalizar a prestadora de serviços, e não diretamente o empregado. Se



eventualmente a tomadora estiver descontente com algum trabalhador, poderá reclamar com a prestadora, solicitando que ele não seja mais enviado. Também pode, principalmente quando os serviços são prestados dentro do estabelecimento, especificar, por exemplo, em qual setor ocorrerá o trabalho, ou seja, questões técnicas podem ser definidas pela tomadora. (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

Não se pode perder de vista que para que a terceirização seja cabível deve ocorrer no âmbito das atividades meio da empresa tomadora.

Nessa toada, segundo Felício; Henrique (2004, p. 89):

Por atividade meio entende-se a atividade acessória, periférica, auxiliar, desenvolvida pela empresa, para que o seu objetivo final seja alcançado. São os “serviços especializados auxiliares ao processo produtivo, de bens ou serviços, que não produzem isoladamente proveito econômico, por não estarem ligados diretamente aos fins sociais da empresa tomadora”.

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado (2013, p. 452), conceitua atividade meio como:

Aquelas 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 empresarial do tomador de serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Já para Martins (2012, p. 130):

A atividade meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objetivo central. É uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade meio: a limpeza, a vigilância etc.



Ainda segundo o autor, se o serviço do empregado é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade com o tomador de serviços.

Expõe ainda Martins (2012), que podem ser enunciadas algumas regras para se auferir se determinada terceirização se reveste de licitude, como: 1) a idoneidade econômica da empresa interposta; 2) a assunção de risco pela terceirizada; 3) a especialização nos serviços a serem prestados; 4) a direção dos serviços pela própria empresa prestadora de serviços; 5) o tipo de serviço utilizado, principalmente em relação à atividade meio da empresa que terceiriza os serviços, evitando-se a terceirização da atividade fim e, 6) a necessidade extraordinária e temporária dos serviços.

A empresa interposta terá trabalhadores permanentes, embora prestando serviços para diversas empresas tomadoras, enquanto nestas a mão de obra extra será utilizada apenas quando necessária. O verdadeiro terceirizado, contudo, será aquele que efetivamente assume as obrigações trabalhistas de sua atividade, pouco importando se seus trabalhadores exerçam atividade fora da sede de seu empregador (MARTINS, 2012).

Para uma maior compreensão Castro (apud FELÍCIO; HENRIQUE, 2004, p. 90/91) menciona alguns exemplos de atividades que são possíveis de terceirização, enquanto constitutivas de atividades periféricas da empresa, as de:

vigilância, segurança patrimonial e pessoal; preparo e distribuição de alimentação; limpeza, conservação e manutenção patrimonial, inclusive jardinagem e paisagismo; transporte de empregados e de produtos, interna e externamente; serviços de portaria, telefonia, telemarketing e elevadores; conservação, manutenção e operação de equipamentos de informática e de programas de computador; conservação e manutenção de equipamentos industriais; assistência médica, odontológica, jurídica, contábil ou qualquer outra de caráter técnico; manutenção e conservação de frota de veículos; serviços de mensageiros; sistema de arquivos; publicidade, vendas e pesquisas de opinião; seleção e treinamento de empregados; serviços gráficos e reprográficos.



Nesse diapasão, ressaltam os autores ainda que o elemento principal que deve ser observado para analisar se a atividade que está sendo terceirizada é periférica ou principal diz respeito à especialização da atividade da empresa prestadora em relação à tomadora. Sendo a especialização tamanha que foge das atividades normais da empresa tomadora, caso é de atividade periférica, a ser prestada por empresa terceirizante. É o que, por exemplo, ocorre em uma escola. A atividade nuclear é a prestação de serviços (ensino). Pode ela efetuar, por exemplo, a limpeza do estabelecimento. Contudo, terá que contratar funcionários que se dediquem apenas ao asseio, de maneira que pode ser muito mais vantajoso que ela terceirize tal serviço.

Por oportuno, cabe mencionar o que vem a ser a atividade fim do empregador, tendo em vista que o tipo de serviço que será terceirizado será decisivo para se averiguar se a terceirização pode ou não ocorrer, ou seja, se ela será lícita ou ilícita.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2013, p. 452), a atividade fim pode ser conceituada como:

as 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 de serviços.

Para Felício; Henrique (2004, p. 90), a atividade fim “vem sendo conceituada como aquela que encerra o objetivo principal da empresa, sua função primordial, aquilo a que ela se destina. Deve coincidir com o fim econômico da empresa”.

Assim, podemos concluir que para ser cabível a terceirização é necessário, em primeiro lugar, uma relação triangular, com a presença indispensável da empresa prestadora de serviços, que, como visto, não pode ser “de fachada”. Ela tem que existir, dirigir a prestação de serviços e assumir os riscos da atividade. Em segundo lugar, não pode haver relação de pessoalidade ou subordinação direta entre empregado e a empresa tomadora, sob pena de caracterizar-se vínculo de emprego diretamente entre eles. Por fim, a terceirização há de ocorrer apenas em



atividades que não configurem o objetivo econômico da empresa, ou seja, em atividades meio da empresa, podendo ser temporária ou permanente, e devendo respeitar a isonomia salarial entre o trabalhador terceirizado e os empregados da empresa tomadora (FELÍCIO; HENRIQUE, 2004).

Estando preenchidas todas as condições de cabimento acima mencionadas, estar-se-á diante de uma hipótese de terceirização lícita.

8 POR QUAL MOTIVO OCORRE A TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Pois bem, a relação de emprego está baseada na existência de um contrato de trabalho em que estejam presentes os seguintes elementos: personalidade, continuidade, onerosidade e subordinação, assim, a interposição de um terceiro para contratar o trabalhador inserindo-o no âmbito do tomador de serviço, a princípio, constitui fraude, uma vez que o empregado será contratado para prestar serviços, cujo salário e direção não serão feitos por quem o contratou e sim pelo tomador, que, no plano da realidade, terá a qualidade de seu empregador.

Para Maurício Godinho Delgado (2013), excluídas as quatro hipóteses previstas na Súmula 331 do TST, que ensejam a terceirização lícita no Direito Pátrio, não há na ordem jurídica preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços de forma não eventual, onerosa, pessoal e subordinada a outrem (arts. 2º, caput e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação trabalhista estabelecida.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Gabriela Neves Delgado (2003), as hipóteses de licitude da terceirização elencadas no Enunciado 331 do TST demarcam os limites traçados pelo Direito do Trabalho com respeito à validade da prática terceirizante. Isso quer dizer que, os vínculos de terceirização estabelecidos em descordo com os parâmetros preconizados na Súmula citada, são inválidos.

Para uma maior elucidação do tema, LIMA (1993 apud DELGADO, 2003, p. 148) descreve algumas hipóteses de práticas ilícitas de terceirização, veja-se:



- 1) Uma empresa cria outra que irá absorver o seu setor de manutenção, que irá lhe prestar serviços com exclusividade;
- 2) Uma empresa contrata o serviço de outra, sem ampla e total autonomia da prestadora, que não direciona o trabalho, não assume os riscos da atividade e não auferem os lucros do empreendimento econômico;
- 3) Uma empresa ajusta um serviço com uma prestadora, cujo objeto social não guarda harmonia com a prestação do serviço ou com a execução da obra;
- 4) Uma empresa contrata um serviço de outra, e os empregados da prestadora ficam à inteira disposição da tomadora, que direciona o trabalho realizado, com amplo poder de mando e comando sobre aqueles, enfim, com ampla interferência no curso da execução da obra, de forma econômica e administrativa.

De acordo com Martins (2012, p. 163), a terceirização ilícita é a que diz respeito a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos empregados.

Por oportuno, menciona o Autor que, se o empregado terceirizado vai trabalhar no mesmo local, exercendo as mesmas atividades laborativas, no mesmo horário de labor, prestando serviços com exclusividade ao suposto terceirizador, sendo que a empresa terceirizada nem mesmo tem estabelecimento próprio, não se pode pensar, claramente, em terceirização, mas em contrato de trabalho. Se o empregador visa unicamente reduzir despesas e encargos sociais ou até os salários de seus funcionários, fazendo terceirização de forma ilegal, inexistirá a terceirização.

Ainda, de acordo com o Autor, os serviços exercidos pelo empregado terceirizado não devem ser prestados exclusivamente ao terceirizante, pois tal prática pode demonstrar certo grau de dependência do primeiro em relação ao segundo, ensejando a caracterização de subordinação.

E continua:

Descrição demasiada de como o terceiro manejará seu pessoal evidencia a subordinação ao terceirizante, porque o contratado seria controlado e não empresário parceiro. Os contratos entre as partes não devem ser reajustados de acordo com índices de correção do salário, pois isso denotaria a natureza salarial do pagamento. O fato de o empregado comprar as ferramentas de trabalho ou as máquinas do empregador também não irá descaracterizar o contrato de trabalho se persistir o elemento subordinação. Se a empresa determina como o serviço deve ser feito ao terceirizado, pode haver



um indício de subordinação, já que o prestador vai receber ordens de, o que e como fazer.

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

Nessa seara, Felício; Henrique (2004), discorrem que se houver descumprimento de qualquer das exigências que caracterizam a terceirização lícita, ou seja, se a empresa interposta apenas existir para arregimentar trabalhadores, ou se houver vínculo pessoal e de subordinação diretamente com a empresa tomadora, ou ainda se a terceirização se der na atividade fim da empresa, ter-se-á a chamada *marchandage* ou mera interposição de mão de obra, cujo objetivo não é outro senão ilidir as obrigações decorrentes da relação de emprego.

Em linhas gerais, segundo Martins (2012), é possível fazer uma síntese de que a terceirização ilícita envolve a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão de obra por um preço mais baixo, com diminuição de salário e desvirtuamento da relação de emprego, e também a opção de parceiros inadequados, quando inidôneos financeiramente. Já na terceirização lícita, percebe-se que a empresa dedica-se a um número menor de atividades, há menor desperdício no processo de produção, desconcentração de mão de obra, o que importa, muitas vezes, até condição vital de sobrevivência para a empresa, com diminuição de custos, porém inexistente relação de emprego, visto que o elemento subordinação não está presente.

Assim, podemos concluir que, a terceirização ilícita ocorre pela inobservância por parte dos empregadores dos preceitos dispostos na Súmula 331 do TST, o que acaba por gerar a configuração dos elementos da pessoalidade, da continuidade, da onerosidade e da subordinação, acarretando a existência de um contrato de trabalho e não de terceirização.



9 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

O descumprimento dos preceitos que estabelecem os limites para que a terceirização ocorra de forma lícita pode gerar a configuração dos elementos da personalidade, da continuidade, da onerosidade e da subordinação, acarretando a existência de um velado mas verdadeiro, contrato de trabalho entre o empregado e a empresa tomadora de serviços e não de uma terceirização.

A partir do reconhecimento de que o caso não é de uma terceirização e sim de um contrato de trabalho surgem alguns efeitos jurídicos na relação até então existente sobre a roupagem de terceirização.

Para Maurício Godinho Delgado (2013), existem dois aspectos relevantes que merecem análise circunstanciada em qualquer estudo sobre terceirização. Trata-se, de um lado, do contraponto entre empregador aparente (empresa interposta) versus empregador oculto (empresa tomadora), que a prática terceirizante tende a propiciar (e do corretivo jurídico aplicável a tais situações, ou seja, o reconhecimento do vínculo com o empregador oculto, com todas as suas consequências justralhistas).

De outro lado, trata-se do desafio isonômico que a fórmula de terceirização tendencialmente provoca no cenário jurídico (com o consequente mecanismo corretivo aplicável, consistente no chamado salário equitativo).

Pois bem, prevê o item I da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que “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).

Assim, o reconhecimento da terceirização de forma ilícita desfaz a relação jurídica existente entre o empregado e a empresa interposta e cria um vínculo daquele diretamente com a empresa tomadora de serviços.

Nesse sentido, Delgado (2013, p.453/454), assim trata do tema:

Configurada esta, determina a ordem jurídica que se considera desfeito o vínculo laboral com o *empregador aparente* (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justralhista do obreiro

diretamente com o tomador de serviços (*empregador oculto* ou *dissimulado*). Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante.

A eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor de seu reatamento com a entidade tomadora é efeito, entretanto, que se passa somente nas situações de terceirização *ilícita*.

Nos casos de terceirização regular (incisos I e II da Súmula 331), mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Nega a ordem jurídica, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado com a entidade tomadora de serviços. É que sendo válida a relação jurídica trilateral terceirizante, não há que se falar em alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes (Súmula 331, I, TST).

Como podemos notar apenas o reconhecimento da terceirização ilícita é que enseja a formação de vínculo do empregado com a empresa tomadora de serviços, pois nas situações de terceirização regular, ou seja, lícita o vínculo jurídico mantém-se com a empresa prestadora de serviços.

Nessa seara, caso comprovada a hipótese de terceirização ilícita a jurisprudência tem entendido pela configuração da relação de emprego do empregado com a empresa tomadora de serviços:

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
Processo nº: 7.0000119-96.2012.5.03.0012 RO (00119-2012-012-03-00-8 RO)

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Convocado Paulo Mauricio R. Pires

Revisor: Convocado Eduardo Aulerio P. Ferri

Vara de Origem: 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte

Publicação: 05/10/2012

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. Comprovado nos autos que a atividade desenvolvida pela autora não se encontra inserida em qualquer das exceções contidas na Súmula 331 do TST - trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta - , caracterizada está a terceirização fraudulenta, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego entre a obreira e a tomadora de seus serviços. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2012).



Tribunal Superior do Trabalho

Processo nº: RR 13444120105050021 1344-41.2010.5.05.0021

Relator(a): Maria de Assis Calsing

Órgão Julgador: 4ª Turma

Data de Publicação: DEJT 09/08/2013

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM.

Diante da contrariedade à Súmula n.º 331 desta Corte, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. Cinge-se a controvérsia em se estabelecer a possibilidade ou não de terceirização, por parte das empresas de telecomunicações, de serviços que sejam considerados atividade-fim da empresa, ante os termos dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/95 e 94,II, da Lei n.º 9.472/97. Ao contrário da interpretação conferida pelas empresas aos indigitados dispositivos legais, inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita. Desse modo, a terceirização levada a efeito pelas empresas de telecomunicações deve, necessariamente, atender às disposições insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Este entendimento permanece firme, mesmo após os amplos debates encetados quando da audiência pública sobre o assunto. Nesse contexto, não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações, deve ser reformada a decisão que não atendeu ao pleito da Obreira, no sentido de ver reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços. Recurso de Revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho, 2013).

Em suma, se configurada a terceirização ilícita, o vínculo de trabalho com o empregador aparente, ou seja, empresa prestadora de serviços estará desfeito e o obreiro formará vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços, e uma vez formado este vínculo incidirá sobre o contrato de trabalho, todas as normas relacionadas a este, tal efeito se dará exclusivamente se tratar-se de terceirização ilícita, e nos casos de terceirização lícita, ou seja, de acordo com a Súmula 331 do TST, o vínculo de trabalho com a empresa terceirizante continua como contratado em princípio.



CONCLUSÃO

Vê-se que, a terceirização é um fenômeno que teve sua origem no período da Segunda Guerra Mundial, sendo que sua noção foi apresentada ao Brasil quando da instalação das empresas multinacionais no território nacional, por volta de década de 50, no século XX.

Observa-se que, a terceirização se caracteriza por uma técnica moderna de gestão empresarial, fundada em mudanças estruturais, que tem como objetivo a centralização de empenhos para a atividade principal da empresa, conjugando qualidade, produtividade e competitividade, concentrando-se no seu produto principal, repassando as tarefas secundárias e auxiliares para serem executadas por empresas especializadas.

Em síntese, a empresa contratante passa a se dedicar, apenas, ao foco de suas atividades principais (atividade fim), ficando as demais (atividades meio ou atividade acessórias) a cargo de outras empresas.

Desta forma, observa-se que a terceirização é utilizada com o intuito de reduzir custos (encargos trabalhistas e previdenciários na maioria dos casos) e aumentar a produtividade e qualidade dos produtos em que a empresa se especializou.

De outro lado, a terceirização ao transformar as relações trabalhistas bilaterais em trilaterais, acaba por se ligar profundamente à flexibilização do trabalho, que pode ser entendido como um instrumento que visa conciliar as mudanças que ocorrem no mundo com os contratos de trabalho.

Verifica-se que, a terceirização ilícita envolve a locação permanente de serviços, o fornecimento de mão de obra por um preço mais barato, com diminuição de salário e desvirtuamento da relação de emprego e ocorre pela inobservância, por parte dos empregadores, dos preceitos dispostos na Súmula 331, do TST, o que acaba por gerar a configuração dos elementos da pessoalidade, da continuidade, da onerosidade e da subordinação, acarretando a existência de um contrato de trabalho e não de terceirização.



E assim, configurada a terceirização ilícita, o vínculo de trabalho com o empregador aparente, ou seja, empresa prestadora de serviços estará desfeito e o obreiro formará vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços, e uma vez formado este vínculo incidirá sobre o contrato de trabalho, todas as normas relacionadas a este.

Portanto, conclui-se que o empregador deve se concentrar não apenas no lucro, mas também com na qualidade do serviço prestado e com na segurança da relação jurídica, sob pena de ter no futuro problemas de ordens trabalhistas.

OUTSOURCING SERVICES:

brief observations on the Brazilian scenario

ABSTRACT

Currently, an undeniable fact is the wide use of outsourced labor, a phenomenon that presents with bigger or shorter intensity in almost all countries and branches of human activity. Within a world that tends to the specialization in all areas, the companies seek ways to do only those activities that they are specialized, delegating the execution of services regarded as peripheral, in which they are not specialized, for other companies, called outsourced companies. However, is the unceasing pursuit of maximum profit with minimum spending that propels hiring outsourced companies not only to perform the tasks that the contractor is not specialized, but also for their main activities, called core activity. In this context, this article intends to study the phenomenon of the outsourcing labor; hence we are going to verify the definition of outsourcing and in which cases it can occurs. Therefore, we used as reference the bibliographic and documentary research for this search. Relying on the



doctrine of scientific articles, overviews and analysis of judgments of Regional Labour Courts.

KEY-WORDS: ILLEGAL OUTSOURCING. RECOGNITION OF EMPLOYMENT. CORE ACTIVITY.

REFERÊNCIAS

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

CARMO, Júlio Bernardo do. **Precarização do direito do trabalho: terceirização**. Disponível em http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/283_precarizacao_direito_trabalho.pdf. Acesso em: 09/2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: Caracterização, origem e evolução jurídica. In: DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coords.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas S.A., 2012.