

ASPECTOS DA TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA – análise da Súmula 331, do TST e da Lei 11.442/07

Msc. Leonardo Rocha de Faria¹
Maria de Fátima da Silva²

RESUMO

A terceirização vem sendo cada vez mais utilizada no setor privado e público, sem que haja lei específica que regule esse tipo de contratação de mão-de-obra. No artigo a seguir está embasado em obras que tratam do tema, outros artigos, a partir dos quais buscou-se demonstrar a evolução normativa dos serviços terceirizados, dispor sobre os diversos entendimentos quanto ao conceito de terceirização, atividades-meio e atividades-fim, bem como elucidar quanto à responsabilidade trabalhista e as vantagens e desvantagens decorrentes dos contratos de terceirização. No decorrer deste texto restou evidente que a terceirização não mais é utilizada como mera contratação de mão-de-obra, como alguns doutrinadores tendiam a denominá-la e que passou a ser um instrumento de competitividade no mercado, abrangendo tanto atividades-meio quanto atividades-fim do contratante. No tocante à responsabilidade trabalhista nesses contratos, chegou-se à conclusão de que a solidariedade é defendida por uma minoria, sendo a responsabilidade subsidiária a que tem sido adotada e tida como o meio-termo para tais questões, partindo-se do pressuposto que não se trata de uma terceirização ilícita, cujo objetivo é a redução de custo mediante a precarização da mão de obra, pois nesse caso, configurados a pessoalidade e a subordinação, característicos do contrato de trabalho, forma-se o vínculo empregatício, exceto no âmbito da administração pública. O que tem normatizado e orientado a utilização da terceirização é a Súmula 331 do TST, a qual já não abrange o contexto social e econômico atual, fazendo-se necessária a regulamentação da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Terceirização. Responsabilidade. Solidariedade. Subsidiariedade.

1. INTRODUÇÃO

Os estudos que tratam dos projetos de leis referentes à terceirização e a abordagem quanto à responsabilidade das empresas tomadoras de serviço conduziram para a realização desse trabalho que demonstra, também, os diferentes ambientes e classificações da terceirização, bem como os limites impostos juridicamente tendentes a validar a sua utilização.

¹ Professor de Direito Processual Penal do curso de bacharelado em Direito do Centro de Ensino Superior de Catalão, advogado da banca Amaral e Amaral Advogados e Associados, em Araguari/MG, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais, especialista em Direito Empresarial e mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: lrfaria@adv.oabmg.org.br.

² Bacharel em Direito, pelo Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC.

Inicialmente, procurou-se demonstrar de forma sucinta a evolução normativa do tema concernente à terceirização, relacionando algumas normas que a denotam, dando, ainda, uma noção do seu conceito que, embora colocado de diversas formas, estabelece um parâmetro para seu entendimento e das diferentes espécies e fases de sua aplicação, bem como quanto à utilização em atividades-meio e atividades-fim.

Visto que o objetivo geral desse trabalho é abordar a responsabilidade trabalhista e que esta se encontra geralmente vinculada aos contratos que pressupõem utilização de mão-de-obra na sua execução, limitou-se a diferenciar a terceirização material e pessoal, dando ênfase à terceirização pessoal e à responsabilidade do tomador de serviço em caso de inadimplência da empresa prestadora de serviço que pode ser solidária ou subsidiária.

Apesar da preocupação maior ser a de resguardar os direitos do trabalhador, há todo um contexto a ser considerado para não se exceder nas garantias, inviabilizando a terceirização. Porém, a própria legislação deixa margem a questionamentos quanto aos limites jurídicos da terceirização, claramente evidenciados através da Lei 11.442/07, que vem causando grande polêmica quanto a não caracterização de vínculo de emprego na relação entre o transportador autônomo e a empresa transportadora e deixando margem para uma interpretação mais liberal do Direito do Trabalho.

Enquanto descentralização de serviços, a terceirização tem suas vantagens e desvantagens administrativas, econômicas e produtivas que devem ser evidenciadas e analisadas nas tomadas de decisões.

Finalmente, tendo em vista a necessidade de uma lei que regule as questões atinentes à terceirização, foram abordados os aspectos mais relevantes que estão sendo tratados nos projetos de lei em tramitação na Casa Civil e no Congresso Nacional, buscando-se delinear os caminhos que estão sendo vislumbrados para que o fenômeno da terceirização contribua socialmente.

2. ASPECTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

O surgimento da terceirização, bem como sua introdução no Brasil, são abordados de diferentes formas e em diferentes épocas pelos doutrinadores. Portanto, sem a pretensão de determinar quando iniciou a terceirização no Brasil, seguem algumas leis criadas no decorrer do tempo e que denotam a sua existência: Lei nº 4.594/64, que regula a profissão de corretor de seguro; Lei nº 4.886/65, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.420/92, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos; Decreto-lei nº 200/67 e, posteriormente,

a Lei nº 5.645/70, que estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais; Decreto nº 2.271/97, que autoriza a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; Decreto nº 62.756/68, onde foram estabelecidas regras para as agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra; Decreto nº 1.034 de 1969, que foi revogado pela Lei nº 7.102/83, que permite a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro e que, posteriormente foi modificada pela Lei nº 8.863/94; Lei nº 5.764/71, que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas; Lei nº 6.019/74, que regulou a prática do trabalho temporário e, segundo Martins (2010, p. 3), é a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização embora não com esse nome; Lei nº 8.036/90, destacada por Mannrich (2010, p. 190), relativa ao FGTS, com vistas ao art. 15, traz o entendimento de empregador e trabalhador em seus §§ 1º e 2º e, ainda, faz menção a fornecedor, locador e tomador de serviço; Decreto nº 127/91, que Promulga a Convenção nº 161 da OIT, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho aprovada pelo Congresso Nacional, em seu artigo 7, também faz referência à terceirização; Lei nº 8.666/93 – Lei das Licitações, permite a realização de obras e a prestação de serviços da Administração por terceiros, por meio da execução indireta; Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e em seu art. 94, inciso II, autoriza a terceirização na atividade-fim; Decreto nº 5.378/05, relativo ao Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública, que se inspirou no Decreto nº 83.740/79; em 2007, passa a vigorar a Lei nº 11.642, dispondo sobre o Transporte Rodoviário de Cargas por conta de Terceiros e mediante remuneração, revogando a Lei 6.813/80.

Além das normatizações acima relacionadas, a terceirização, no setor privado, encontra alguns fundamentos na própria CLT, art. 442, parágrafo único; art. 455 e art. 652, alínea “a”, III. Encontram-se, também, no Código Civil, dispositivos aplicáveis à terceirização, como o art. 593.

Apesar de indiscutivelmente incorporada ao nosso sistema administrativo e econômico, seja nas organizações privadas ou públicas, diversos autores, assim como Martins (2010, p. 10) menciona que “a terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando, até o momento, do tema”. Para Martins (2010, p. 10-11) a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa e o objetivo principal da terceirização, além da redução de custo, é trazer maior agilidade, flexibilização e competitividade à empresa.

Já Pagnoncelli *apud* Oliveira (2009, p. 7) define a terceirização como “um processo planejado de transferência de atividades para serem realizadas por terceiros”.

A CUT – Central Única dos Trabalhadores, define terceirização como:

O processo de transferência da execução de serviços de uma empresa para outra empresa; ou de uma organização para uma empresa. Neste processo, a empresa que passa a comprar os serviços é denominada de “tomadora dos serviços” e a empresa que oferece os serviços é chamada de “prestadora de serviços”, também denominada de “terceira” (CUT, 2009, p. 9).

A terceirização foi dividida de várias formas pelos doutrinadores. Segundo Giosa *apud* Oliveira, existem quatro tipos de terceirização:

Tipo 1 – processos ligados à atividade fim da empresa, como por exemplo, produção, distribuição e operação

Tipo 2 – processos não ligados à atividade fim da empresa, como por exemplo, limpeza, manutenção e contabilidade

Tipo 3 – atividades de suporte à empresa, como, por exemplo, treinamento, seleção e pesquisas

Tipo 4 – substituição de mão-de-obra direta, por mão-de-obra indireta ou temporária (GIOSA *apud* OLIVEIRA, 2009, p.19).

A terceirização poderia ser dividida em três estágios:

- a) inicial, em que a empresa repassa a terceiros atividades que não são preponderantes ou necessárias, como restaurantes, limpeza e conservação, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica etc;
- b) intermediário: quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como manutenção de máquinas, usinagem de peças;
- c) avançado: quando são terceirizadas atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como de gestão de fornecedores, de fornecimento de produtos etc. Esse último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa (MARTINS, 2010, p. 12-13).

Martins (2010, p. 13) classificou a terceirização, ainda, em externa ou interna e, adicionalmente a essa classificação, Gabriela Delgado (2003, p. 119) menciona a “classificação para dentro da empresa”, ou seja, interna, como terceirização de serviços e os processos que ocorrem para fora da empresa, ou seja, externos, como terceirização de atividades. Tais modalidades são percebidas como as duas principais.

Martins (2010, p.13) classificou a terceirização, também, quanto à atividade meio e atividade-fim, duração temporária e de prazo indeterminado, natureza pública ou privada e lícita ou ilícita.

Silveira *apud* Oliveira também classifica a terceirização de diferentes maneiras, podendo ser quanto à sua forma e quanto ao objeto. Quanto à forma, tal qual Martins, o autor divide em externa e interna e acrescenta a terceirização com cooperativas de trabalho: “forma

de atuação que surgiu no Brasil na década de 90 e está voltada apenas para a relação da entidade com o cooperado” (2009, p.23).

Quanto ao objeto, propõe a seguinte classificação:

- a) terceirização de serviços, em que a responsabilidade do prestador restringe-se à execução das atividades contratadas, não envolvendo insumos ou equipamentos, caracterizada pela pura prestação de serviços;
- b) terceirização de serviços e materiais, modalidade que inclui o fornecimento de insumos, fazendo com que o terceirizado mude o seu perfil simples “fazedor” para “gestor” das atividades, havendo nesta categoria uma maior exigência quanto à qualidade;
- c) terceirização de serviços e equipamentos, onde o terceirizado fornece todo o maquinário e todos os equipamentos indispensáveis à execução correta e mais eficiente do contrato;
- d) terceirização plena, caracterizada pela transferência de atividades e tecnologia, tipificada como a terceirização que define o executante da atividade como o responsável pela execução, pela tecnologia empregada e pela gestão integral da atividade contratada (SILVEIRA *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 23).

Embora nas diversas classificações admite-se a existência da terceirização na atividade-fim, independente da nomenclatura que recebe (avançado, atividade-fim ou plena), a Súmula 331 do TST determina que não formará vínculo de emprego somente as ligadas às atividades-meio.

A definição de atividades-meio e atividades-fim traz alguns questionamentos acerca da terceirização da atividade principal e das atividades de apoio. De forma geral, define-se atividades-meio como sendo aquelas que não dizem respeito à atividade principal da empresa e como atividades-fim, a atividade principal da empresa.

Ressaltamos as visões de Mannrich e Martins referentes à terceirização de atividades-meio e atividades-fim:

Pouco importa se a terceirização se dá na atividade-fim ou na atividade-meio, sendo fundamental, como já referido, a transferência completa de uma atividade ou fase autônoma do processo produtivo, como se se (sic) tratasse de uma empreitada (MANNRICH, 2010, p. 186).

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre-iniciativa contida no art. 170 da Constituição (MARTINS, 1995, p. 95).

A terceirização vem sendo adotada pelas empresas numa abordagem estratégica, buscando constante melhora de resultados com a otimização de recursos, qualidade e eficácia na gestão de seus negócios, baseada no fornecimento de bens ou coisas (terceirização material) e no fornecimento de serviços (terceirização pessoal) pertinentes às atividades-meio ou às atividades-fim.

Nas palavras de Toffler:

As grandes empresas estão agora procurando ativamente modos de reduzir as dimensões de suas unidades de funcionamento. As novas tecnologias e a transferência de algumas funções para o terciário reduzem a escala das atividades da empresa. O tradicional estabelecimento ou escritório da segunda onda, onde sob o mesmo teto trabalhavam milhares de pessoas, será uma raridade nos países de alta tecnologia (TOFFLER apud FELICIANO, 2007, p. 4).

Guilherme Feliciano (2007, p. 3), menciona em seu texto que a desconcentração foi identificada por Alvin Toffler como uma característica da “terceira onda”. A “segunda-onda” para Toffler corresponde à era industrial, onde passou de um arranjo social baseado no pequeno grupo primário e local, distribuído pelo território e com forte grau de autonomia e auto-suficiência, para um arranjo social caracterizado pela interdependência complexa e massificante da sociedade industrial.

Para Feliciano (2007, p. 8), com a terceirização material ou de produção, as grandes empresas descobrem caminhos legais para alavancar seus processos internos de redução da estrutura organizacional e os processos não serão sempre, ou necessariamente, expedientes fraudulentos.

No mesmo texto, Robertella apud Feliciano (idem) adverte, no sentido de que “a terceirização [...] traz um dilema para o Direito do Trabalho [...] onde nem sempre é fácil distingui-la da **fraudulenta intermediação de mão-de-obra**” (grifo do autor).

São nos contratos de terceirização pessoal (de serviços) o interesse e o cuidado maior do Direito do Trabalho, pois são nesses que se configuram com mais incidência a pessoalidade e a subordinação e, conseqüentemente, as fraudes que podem levar à tão mencionada precarização da mão de obra ou simplesmente ao desrespeito às Leis Trabalhistas.

Resumidamente, a configuração da relação de emprego, segundo Martins (2010, p. 75), se faz atendendo aos seguintes requisitos: a) trabalho prestado por pessoa física; b) continuidade na prestação de serviços; c) subordinação do empregado ou empregador; d) o pagamento de salário pela prestação de serviços; e) prestação pessoal dos serviços.

Baraúna (2009, p. 83) menciona ser favorável à concepção da Súmula nº 331 do TST, onde a contratação de funcionários mediante prestadora com a permanência do vínculo de subordinação e pessoalidade com o tomador dos serviços constitui forma ilegal de terceirização trabalhista, porque “foge aos reais objetivos da terceirização, caracterizando-se como um verdadeiro *marchadage* (sic) ou utilização ilegal de mão-de-obra, com o objetivo principal de ‘fraudar a realização de Contrato de Trabalho diretamente com o tomador de serviço’ ” (BARAÚNA, 2009, p.83).

Independente de ser contrato de empreitada, subempreitada, prestação de serviço ou outra modalidade, o que realmente importa para o Direito na sua essência trabalhista é que não haja a subordinação e, conseqüentemente, a caracterização de contrato de trabalho.

A opção pela contratação externa (terceirização) deverá considerar a qualidade dos serviços oferecidos, a viabilidade econômica, bem como as conseqüências no que tange às responsabilidades trabalhistas, mas não convém coibir a terceirização com uma oferta tão atrativa no mercado e atingir, com isso, a evolução das organizações. Ao contrário, aceitando que a descentralização é fato e a terceirização é inevitável, advém a necessidade de regulá-la.

3. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA NA TERCEIRIZAÇÃO

Para a implementação da terceirização é necessário atentar para os problemas trabalhistas que poderão advir, sendo a responsabilidade solidária ou subsidiária uma grande preocupação dos tomadores de serviço.

Segundo Baraúna (2009, p. 184), identifica-se a primeira das fontes expressas de solidariedade passiva na legislação trabalhista, no art. 2º, § 2º, da CLT.

Baraúna (2009, p. 185) menciona, ainda, que a solidariedade passiva está presente, também, entre as empresas formadoras de grupo econômico de âmbito rural (art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.889/73) e no art. 16 da Lei nº 6.109/74, referente à prática do trabalho temporário.

Nelson Mannrich descreve da seguinte forma a responsabilidade do tomador dos serviços em face dos empregados terceirizados:

- a) sempre que se tratar de mera intermediação ilegal de mão de obra ou contratação irregular de trabalho temporário, o vínculo se forma diretamente com o tomador. Igualmente, ou seja, o terceirizado pode pleitear vínculo com o tomador, sempre que presentes a pessoalidade e/ou subordinação, ou, independentemente disso, trabalhar na atividade-fim do tomador, exceto se trabalhador temporário regular (Súmula 331 do TST); mais recentemente, alguns julgados começam a introduzir a figura empresa-rede e subordinação estrutural ou integrativa, para justificar vínculo direto com o tomador;
- b) é nulo o contrato de trabalho quando o ente público contrata diretamente o servidor, sem concurso público. Nesse caso, são devidos tão somente o salário e o FGTS (Súmula 363 do TST);
- c) não há responsabilidade alguma, nos casos de contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro, exceto quando o contratante for empresa construtora ou incorporadora (OJ SDI-I nº 191 do TST);
- d) nos demais casos, será sempre subsidiária a responsabilidade do tomador, mesmo quando se tratar de ente da administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, sempre que o terceirizado não cumprir as obrigações trabalhistas em face de seus empregados (Súmula 331 do TST). (MANNRICH, 2010, p. 194-195)

A maioria das opiniões e julgados tem visto a responsabilidade como subsidiária no âmbito trabalhista, com a qual coadunamos, certos de que é um meio de proteger o

trabalhador e fazer com que as empresas tomadoras de serviço, sejam privadas ou na Administração Pública, avaliem a idoneidade financeira da prestadora de serviço antes de contratar e fiscalizem se as mesmas estão cumprindo com suas obrigações, principalmente as trabalhistas e previdenciárias.

Temos vivenciado a expansão cada vez mais crescente desse fenômeno que é a terceirização, seja no âmbito pessoal ou material. A CUT – Central Única dos Trabalhadores, responde à questão “há algum limite para a terceirização? A terceirização não se restringe às atividades de apoio?”, da seguinte forma:

Não existe um limite a partir do qual a terceirização é interrompida pela empresa. Nos últimos anos, a terceirização tem avançado das clássicas atividades de apoio – vigilância, limpeza, transportes de empregados, manutenção, portaria, contabilidade, publicidade, alimentação, serviços médicos, gráficos etc – para áreas habitualmente consideradas fim, típicas, essenciais da empresa (CUT, 2009 p.13).

No mesmo texto, cita como exemplo o caso da fábrica de caminhões da Volkswagen em Resende (RJ), fundada em 1996, na qual o processo de produção é totalmente terceirizado.

Segundo Sérgio Pinto Martins (1995, p. 78), “inexiste norma, lei ou preceito proibindo a prestação de serviços a terceiros. A prestação de serviços é livre, desde que respeitada a lei”.

Atualmente, a Súmula 331 do TST é a principal referência jurídica no assunto, abaixo transcrita, *in verbis*:

TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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, 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 nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Segundo Polonio, no inciso I da súmula, buscou-se esclarecer o que já se poderia extrair da interpretação da legislação trabalhista, ou seja, que “ante a existência dos

pressupostos caracterizadores do vínculo empregatício na relação entre determinada pessoa jurídica e o prestador direto do serviço, inexistente, no caso, contratação regida pelo direito civil, mas típica relação de emprego” (POLONIO, 2000, p. 26).

No que se refere ao inciso II da súmula, segundo Artur (2007, p. 113) a responsabilidade da Administração Pública foi muito discutida na doutrina, pois a mesma buscava a não responsabilidade com base na Constituição Federal que exige aprovação em concurso público, não podendo ser declarado judicialmente o vínculo empregatício de um trabalhador terceirizado com a Administração Pública e com base no Art. 71 da Lei 8.666/93 que determina que a Administração Pública não pode se responsabilizar por dívidas trabalhistas, tributárias ou previdenciárias não pagas pela prestadora de serviço. No entanto, diante dos inúmeros casos em que a Administração Pública contratou empresas que não honraram com seus compromissos trabalhistas, o TST publicou em 2002 nova Resolução Administrativa alterando o inciso IV da súmula 331 e impondo a regra de que a responsabilidade da Administração Pública é subsidiária.

Em novembro de 2010, por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula 331 do TST, a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993 - Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Entretanto, caracterizada a culpa do Estado, este poderá ser responsabilizado, não havendo fundamento no temor dos que acreditavam que o empregado ficaria desamparado, sem poder contar com a União como responsável subsidiário pelo pagamento das verbas trabalhistas.

Na análise do último inciso da súmula, Polonio (2000, p. 36) ressalta alguns aspectos, dos quais entendemos relevantes: 1) a qualificação dos responsáveis, ou seja, empregador (responsável principal) e tomador dos serviços (responsável subsidiário), pressupondo logicamente que a relação entre eles deve ser legítima, bem como a existência do vínculo empregatício entre o empregador e seus empregados, do contrário teria mencionado empresa interposta ao invés de empregador, conforme o fez no inciso II; 2) a complementação condicional do inciso quanto à participação na relação processual e constar também do título

executivo judicial, sendo esse um aspecto processual essencial para a responsabilização do tomador de serviço perante a justiça trabalhista.

De forma abrangente, a Súmula 331 do TST regularizou os principais aspectos da terceirização e que eram motivos de grande preocupação, tornando-se a principal referência nos julgados, porém alguns aspectos precisam ser revisados, destacando-se a limitação à atividade-meio que, conforme já abordado, tanto sua definição quanto a sua limitação é questionável.

4. DA TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS

Trazemos à baila o que dispõe a Lei 11.442/07, que revogou a Lei nº 6.813/80, que trata do transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração. Tal lei vem causando grande polêmica quanto a não caracterização de vínculo de emprego na relação entre o transportador autônomo e a empresa transportadora.

O ponto mais controverso encontra-se nos arts. 4º e 5º da referida Lei, onde, através de sua leitura, vemos que pretendeu-se desconfigurar a incidência de normas trabalhistas no vínculo entre a empresa transportadora e o autônomo proprietário de veículo, pois, na relação constata-se a não-eventualidade, pessoalidade, prestação do trabalho por pessoa física, onerosidade e subordinação, o que facilmente caracteriza a relação de emprego.

Márcia Freitas (2007) menciona que a Lei 11.442/07 além de ofender o princípio da norma mais favorável ao empregado e da primazia da realidade sobre as formas, atribuiu várias responsabilidades ao transportador, as quais encontramos nos arts. 7º e 12º.

Verifica-se, ainda, ofensa ao texto constitucional, conforme se configura a natureza do trato entre os sujeitos como sendo de emprego, porquanto a Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXIX, concede prazo de dois anos após o encerramento do contrato de trabalho para que se questione de verbas dele advindas e na Lei 11.442/07, art. 18, tal prazo prescricional foi reduzido para 1 (um) ano.

No artigo intitulado “Audiência ressalta polêmica sobre contratação de motoristas de cargas”, da repórter da Agência Senado, Koiti Koshimizu, encontramos vários posicionamentos importantes sobre a Lei 11.442/07 e os contratos de trabalho dos motoristas de transporte de carga, propriamente ditos, os quais transcrevemos alguns para melhor elucidação da polêmica:

Representando o Ministério do Trabalho e Emprego, Fernando Vasconcelos afirmou que essa pasta aponta vários problemas na terceirização do serviço de motoristas de cargas. Ele lembrou que a Lei 11.442/07 permite a contratação de transportadores autônomos, mas ressaltou que “o autônomo, ou seja, o motorista que possui seu próprio caminhão, não deve ser confundido com o motorista que trabalha para outra pessoa, que, em diversos casos, é proprietária de vários caminhões.

[...]

Já o procurador regional do Trabalho Sebastião Vieira Caixeta apresentou uma interpretação na qual até a figura jurídica do trabalhador autônomo seria problemática.

[...]

Sebastião também afirmou que essa lei, ao determinar que os contratos entre a empresa de transporte rodoviário de cargas e o transportador autônomo só podem ter natureza comercial, e não trabalhista, é inconstitucional.

- Essa é a interpretação do Ministério Público do Trabalho – frisou.

Tal postura foi criticada por Fábio Benatti, da Confederação Nacional de Transporte. Representando os empregadores, ele afirmou que o Ministério Público do Trabalho “vai levar à extinção dos autônomos”. Benatti disse que isso não é compreensível, pois “a Lei 11.442/07 foi criada com a concordância dos empresários de transporte e dos líderes dos caminhoneiros autônomos”.

- A relação com o autônomo é comercial, e não de vínculo empregatício – argumentou.

[...]

Luiz Alberto Mincarone, da Associação Brasileira de Transportadores Internacionais, [...]. Sobre a polêmica relacionada ao trabalho autônomo, Mincarone disse que “devem-se evitar as fraudes, e não criar outros tipos de vinculação” (KOSHIMIZU, 2010).

Tentou-se tornar aceitável juridicamente aquilo que a jurisprudência já tem firmado no sentido de ser considerada fraudulenta a terceirização ilegal, ou seja, aquela que se reveste como tal, mas que, na sua essência, é relação empregatícia, pois absolutamente vinculada à atividade-fim da empresa.

Diante de tal Lei, que é o que temos de mais recente e que denota terceirização, nos questionamos quanto à suposta não preservação das garantias mínimas e evidenciamos que o questionamento do conceito de atividade-meio e atividade-fim, bem como da adoção da culpa *in eligendo* e *in vigilando* se tornam inócuas.

5. TENDÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Como em todo processo, a terceirização traz vantagens e desvantagens que devem ser conhecidas e analisadas por quem pretenda fazer uso desse artifício.

Conforme Zangrando (2010, p. 1) “existem vantagens administrativas, econômicas e operacionais com a terceirização: a empresa passa a ter maior disponibilidade para concentrar sua atenção no processo produtivo e na sua melhoria contínua”.

Melchor elenca algumas vantagens e desvantagens que as empresas podem ter ao terceirizar suas atividades-meio, sendo as vantagens:

- Estrutura administrativa simplificada, uma vez que não terá de realizar registros/demissões, pagamentos de salários, FGTS, INSS dos empregados etc.
- Mais participação dos dirigentes nas atividades-fim da empresa.
- Concentração dos talentos no negócio principal da empresa.
- Redução do custo de estoques.
- Maior facilidade na gestão do pessoal e das tarefas.
- Possibilidade de rescisão do contrato conforme as condições preestabelecidas.
- Controle da atividade terceirizada por conta da própria empresa contratada.
- Menores despesas com aquisição e manutenção de máquinas, aparelhos e uniformes fornecidos pela empresa contratada.
- Ampliação de mercado para pequenas empresas que terão oportunidade de oferecer seus serviços de terceirização.

E as desvantagens:

- Verificar se o pessoal disponibilizado pela empresa terceirizada consta como registrados e se os direitos trabalhistas e previdenciários estão sendo pagos e respeitados.
- Sofrer autuação do Ministério do Trabalho e ações trabalhistas em caso de inobservância das obrigações mencionadas no item acima.
- Fiscalização dos serviços prestados para verificar se o contrato de prestação de serviços está sendo cumprido integralmente, conforme o combinado.
- Risco de contratação de empresa não qualificada. (MELCHOR, 2004, p. 7-8)

Entendemos que as vantagens e desvantagens abordadas são passíveis de acontecer, mas não necessariamente em toda e qualquer terceirização e nem com a mesma intensidade. A menor ou a maior intensidade em que ocorrerão dependerá da estrutura da empresa, da atividade que está sendo terceirizada e do planejamento efetuado antes de decidir pela terceirização, demandando uma análise para a viabilização da contratação.

Tomando como base as restrições mantidas na Súmula 331 do TST, cabe ressaltar que a empresa tomadora dos serviços deve adotar alguns cuidados na contratação, dentre os quais destacam-se:

- a) efetuar a terceirização somente de atividades-meio e evitar de fazer na atividade-fim, salvo nos casos previstos em lei;
- b) prezar a inexistência de pessoalidade e subordinação para não vincular o trabalhador ao tomador de serviços;
- c) a simples intermediação de mão de obra também forma o vínculo diretamente com o tomador de serviços;
- d) que o prestador de serviços tenha condições financeiras de honrar seus compromissos com os trabalhadores.
- e) verificar o objeto social da empresa que se pretende contratar, visto que não pode ser o mesmo da empresa contratante;
- f) exigir da prestadora de serviços a comprovação dos recolhimentos dos encargos sociais e previdenciários.

As ações trabalhistas movidas pelos empregados da empresa prestadora dos serviços é um desconforto aos tomadores de serviço que acabam tendo despesas não previstas em seu orçamento. Nesse sentido, lembra-nos Maior (2008, p.151) o disposto no art. 455 da CLT e seu parágrafo único e que, apesar de previsto no artigo, pode-se inserir uma cláusula contratual dizendo que se a contratante for responsável por alguma verba trabalhista, ficará com o direito de regresso quanto ao pagamento de tal verba, em relação à empresa prestadora dos serviços.

Quanto aos aspectos do contrato, Polonio descreve, dentre outros, os seguintes cuidados necessários no processo de terceirização:

- deixar claro no objeto do contrato que o resultado final é o serviço concluído e nunca a disponibilização (locação ou concessão) de mão-de-obra;
- metas a serem atingidas e o *modus operandi*: o contrato deve contemplar a forma de acompanhamento dos serviços prestados e as penalidades aplicáveis em caso de inadimplemento;
- o cuidado com a livre concorrência: relacionado à exclusividade (ou contrato de adesão) na relação dos cooperados com a cooperativa, alertando que pode lesar o princípio da livre concorrência (POLONIO, 2000, p. 112-113).

Outro cuidado importante é no que se refere à contratação de serviço temporário, devendo a contratante exigir da empresa de trabalho temporário, o comprovante de regularidade de sua situação com o Instituto Nacional do Seguro Social, conforme art. 14 da Lei 6.019/74, fornecido pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A duração desse contrato é de, no máximo, 3 (três) meses e a prorrogação só é possível mediante autorização formal do Ministério do Trabalho e Emprego, por mais 3 (três) meses, sendo que o descumprimento de tais requisitos de natureza formal descaracteriza o contrato de trabalho temporário, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador do serviço (MANNRICH, 2010, p. 185).

No caso de terceirização com a contratação de cooperativa de trabalho, além das formalidades na constituição da cooperativa, deve ser observada a Portaria nº 925, de 28/09/1995, que dispõe sobre a fiscalização do trabalho junto à sociedade cooperativa quanto ao regime jurídico estabelecido pela Lei 5.764/71 (POLONIO, 2000, p. 115).

Provavelmente, mesmo com os cuidados acima observados, as empresas poderão se deparar com situações inusitadas, mas, no momento, é o que está mais evidenciado nas doutrinas como necessário.

Na opinião de Nelson Mannrich, “devemos admitir que a ausência de lei levou a terceirização a ser mal utilizada por algumas empresas mais interessadas em reduzir custos com mão-de-obra, prejudicando o sistema como um todo, merecendo pronta correção de

rumos” (2010, p.181). A necessidade de correção de rumos é tão evidente que existem alguns Projetos de Lei que tratam da matéria.

A CUT – Central Única dos Trabalhadores menciona três projetos em tramitação no Congresso Nacional que propõem a regulamentação das relações de trabalho nos processos de terceirização:

- 1º) o Projeto de Lei nº 4302/1998 encaminhado ao Congresso por Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP), com a proposta de flexibilizar a Lei nº 6019/1974 sobre o trabalho temporário e de regulamentar a intermediação de mão-de-obra por meio de empresas prestadoras de serviço nos processos de terceirização;
- 2º) o Projeto de Lei nº 4330/2004, do deputado Sandro Mabel (PL-GO) que mantém as linhas mestras do Projeto de Lei nº 4302/1998 (porém, ao invés do trabalho temporário, este Projeto propõe de forma direta a regulamentação das relações contratuais que envolvem a terceirização, visando a sua ampliação e a eliminação de “riscos” de reclamação trabalhista);
- 3º) o Projeto de Lei nº 1621/2007, elaborado pela CUT e apresentado ao Congresso pelo deputado Vicente Paulo da Silva, o Vicentinho (PT-SP), que visa regulamentar as relações de trabalho nos processos de terceirização, com vistas à sua restrição e ao combate à precarização do trabalho. (CUT, 2009, p. 18)

Em março de 2003, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva solicitou a retirada do Projeto de Lei nº 4302/1998 e o tema foi encaminhado ao Fórum Nacional do Trabalho.

Mannrich nos traz os aspectos mais relevantes do Projeto de Lei de 2008, de iniciativa do governo, que dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados, dos quais destacamos apenas:

- a) limita-se à contratação de pessoas jurídicas de direito privado, no setor urbano; [...];
- f) responsabilidade solidária da contratante** pelas obrigações trabalhistas da contratada, limitada ao período e limites da execução do serviço contratado, inclusive na hipótese de subcontratação de serviços;
- g) responsabilidade subsidiária sempre que a contratante comprovar:** o cumprimento das exigências relativas às cláusulas contratuais; que exigiu os documentos relacionados à regularidade da contratada; que manteve ambiente adequado de trabalho, em especial no que se refere à saúde e segurança do trabalho; e que os terceirizados tiveram acesso às instalações da contratante para efeito de alimentação, transporte, atendimento ambulatorial e condições sanitárias, caso não fornecidos pela contratada;
- h) a simples imputação de responsabilidade solidária ou subsidiária não implica formação de vínculo empregatício** entre contratante e empregado da contratada;
- i) é possível a subcontratação de partes de serviços terceirizados, condicionada à previsão no contrato original, o qual também deverá exigir a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas, sem prejuízo de a contratada assumir todos os direitos e obrigações de contratante; [...]
- n) podem contratar empresas terceirizadas apenas pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado (MANNRICH, 2010, p. 191-193, grifos nossos).

Observe que o Projeto limita a contratação no setor urbano (alínea “a”) e, ainda, restringe a contratação de empresas terceirizadas apenas por pessoas físicas ou pessoas

jurídicas de direito privado (alínea “n”) acima, deixando dúvidas quanto ao tratamento que será dado à contratação no setor público.

O anteprojeto de lei sobre terceirização elaborado pela CUT em conjunto com as demais centrais e governo, foi entregue ao ministro do Trabalho Carlos Lupi, que encaminhou o projeto de lei no mês de janeiro de 2009 para aprovação da Casa Civil da Presidência da República.

Segundo consta no texto de Relações do Trabalho foi apresentado no dia 25/02/2010 o projeto de lei nº 6832/2010, que trata da terceirização, cujo autor é o Deputado Federal Paulo Delgado do PT-MG e que estabelece disposições acerca do tema.

Pelo que vimos, não falta projeto de lei tentando regular a terceirização, mas trata-se de uma árdua tarefa a elaboração e aprovação de uma lei para regular um processo que já se faz amplamente utilizado em vários segmentos e em constantes mudanças, dada a sua nuance social e econômica, mas a tarefa maior será coibir os abusos que ainda ocorrem, desvirtuando o objetivo da terceirização, sem inviabilizar a sua utilização.

6. CONCLUSÃO

A evolução normativa da terceirização foi gradativa e individualizada por categorias de atividades ou grupo de trabalhadores, considerando as imposições e necessidades de mercado, porém há atividades visivelmente inseridas no contexto da terceirização e não vislumbradas nos dispositivos legais.

O próprio conceito de terceirização difere-se entre os doutrinadores, dicionário, administradores e juristas, às vezes limitando-se a atividades meio e acessórias, às vezes objetivando simplesmente a redução de custos. Vimos o quão é imprópria a distinção entre atividades-meio e atividades-fim para estabelecer o que pode e o que não pode ser terceirizado. Resta-nos conformar com os que defendem que o fundamental é que haja a transferência completa de uma atividade e, dessa forma, estarem ausentes os requisitos de subordinação e pessoalidade que vincula ao contrato de trabalho.

É necessário revisar as normas existentes que denotam a terceirização, conformando-as para que os direitos trabalhistas e previdenciários do trabalhador sejam vislumbrados e para que não seja dado tratamento diferenciado para essa ou aquela categoria e, ainda, não restringindo a terceirização à atividade-meio, pois as fraudes e a possibilidade de contratação indireta se encontra na contratação inescrupulosa e descriteriosa da empresa que irá executar a atividade e no desrespeito ao ser humano e às conseqüências sociais e jurídicas que isso irá

acarretar. Os critérios a serem adotados nessa revisão normativa não se limitam a isso, devendo considerar as mudanças passadas, presentes e que estão por vir, visando, como sempre, o bem estar e o interesse social.

Há de lembrar que quando falamos no que está por vir, estamos nos referindo à desconcentração das atividades como fenômeno primordial da terceira onda identificada por Alvin Toffler e a todo o avanço tecnológico, que atualmente proporciona meios de ficarmos interligados em qualquer parte do mundo onde os recursos de comunicação sejam eficazes, facilitando os processos de delegação gerencial, autonomia e participação dos funcionários na administração da empresa, possibilitando novos tipos contratuais como o teletrabalho.

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pela inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador (prestador dos serviços) é eficaz na medida em que o tomador dos serviços não é responsabilizado imediatamente, devendo ser cauteloso ao contratar o prestador de serviço e fiscalizá-lo, pois caso este não tenha saúde financeira para arcar com as responsabilidades trabalhistas, o tomador dos serviços tem que assumir tais pagamentos, pagando pela negligência em contratar e em não fiscalizar (*in eligendo* e *in vigilando*). A responsabilidade solidária, no âmbito trabalhista, é evidenciada para as contratações fraudulentas e para o adimplemento de débitos de âmbito previdenciário.

Cumprе ressaltar que tal entendimento não contraria o objetivo maior do Direito do Trabalho quanto à sua função social e condições de trabalho, uma vez que o empregado mantém-se resguardado em seus direitos. O mesmo não está evidente na Lei nº 11.442/07 que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros que demonstra uma maior flexibilização determinando que os contratos entre a empresa de transporte rodoviário de cargas e o transportador autônomo só podem ter natureza comercial e não trabalhista, descaracterizando em qualquer hipótese o vínculo de emprego. Trata-se ainda de uma questão polêmica e controversa.

Os projetos de lei sobre terceirização que tramitam no Congresso trazem um esboço do que se está imaginando em termos de regulamentação das relações de trabalho nesse processo. Há muito tempo tem se falado da necessidade urgente de discussão e regulamentação da terceirização, que tornou-se um diferencial competitivo às empresas brasileiras frente à concorrência global. E isso não pode mais ser adiado; é urgente e indispensável convergir os posicionamentos para que o Direito acompanhe a evolução dos fatos sociais e econômicos regradando-os da melhor forma para a convivência em sociedade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTUR, Karen. **O TST frente à terceirização**. São Carlos: EdUFSCar, 2007.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. **Manual de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARSA, **Nova enciclopédia**. Micropédia Volume II J-Z. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda., 2001.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Campanha de combate à terceirização: não à precarização**. [S.I.]: mar. 2009, 34 p. Disponível em: <www.cut.org.br/component/option,com_docman/task,doc.../gid,953/>. Acesso em: 17 mai. 2010.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito do trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial**. Notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1336. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9538>. Acesso em: 14/04/2010.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização – uma abordagem estratégica**. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1995.

KOSHIMIZU, Koiti. Audiência ressalta polêmica sobre contratação de motoristas de cargas. **Agência Senado**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/print.aspx?codNoticia=101431>. Acesso em 14/05/2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho : A Relação de Emprego, Volume II**. São Paulo: LTr, 2008.

MANNRICH, Nelson. Terceirização: luzes e sombras. In: **Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida**. Sérgio Pinto Martins, Ana Flávia Messa (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MELCHOR, Paulo. Terceirização de Serviços. **SEBRAE**. São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/66B94CCEA52C79003257148005D335.../>. Acesso em 13/03/2010.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Amaral de. **Terceirização e satisfação com o trabalho**. 2009. 73 f. Dissertação de mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

TEIXEIRA, Hélio Janny et al. **Willansom. Prêmio Nobel de economia 2009 e a Gestão Contratual na Administração Pública**. In: III Congresso Consad de Gestão Pública. Paineis 16/063, O Modelo de terceirização com foco em governança e sustentabilidade. 2010. Disponível em [http://www.repositorio.seap.pr.gov.br/arquivos/File/Material%20CONSAD/paineis III congresso consad/painel 16/](http://www.repositorio.seap.pr.gov.br/arquivos/File/Material%20CONSAD/paineis%20III%20congresso%20consad/painel%2016/). Acesso em: 07/05/2010.

ZANGRANDO, Carlos. Brasília (DF): Anteprojeto de lei sobre terceirização no Brasil. Fonte: Valor Econômico. **Força on line**. São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.fsindical.org.br/fs/index.php?option=com_content&task=view&id=7774.../. Acesso em: 13/03/2010.