

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

César Augusto Antônio

**APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO
TRABALHO.**

Bauru
2019

César Augusto Antônio

**APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO
TRABALHO**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor
Ms. César Michele.**

**Bauru
2019**

AUGUSTO, César Antônio (aluno)

Aplicabilidade do Instituto da Terceirização no Direito do trabalho. César Augusto Antônio. Bauru, FIB, 2019.

53f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: César Michele orientador

1. Terceirização. 2. Reforma Trabalhista. 3. Direitos Fundamentais. I. Aplicabilidade do Instituto da Terceirização no Direito do trabalho. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

César Augusto Antônio

**APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO
TRABALHO**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito,**

Bauru, 26 de setembro de 2019

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Me. Cesar Augusto Micheli

Professor 1: Me. Tales Manoel Lima Vialogo

Professor 2: Me. Ari Boemer Antunes Da Costa

**Bauru
2019**

Dedico este trabalho inteiramente a Deus, pois, sem Ele em minha vida, esta e tantas outras conquistas não seriam possíveis. Dedico também à minha amada esposa, minha companheira de vida, aos meus pais e minha filha, a quem devo à vida. Sou grato por todo apoio, carinho e paciência que tiveram comigo durante este longo período.

AGRADECIMENTOS

A priori, agradeço a Deus por me ter me dado a dádiva da vida, saúde em todo tempo, sabedoria abundante e força para continuar nos momentos mais difíceis e, principalmente, por ter me conduzido até aqui, possibilitando a realização e a conclusão de mais um sonho.

Sou grato a minha linda e amada esposa Tamires Fernandes Luna, que esteve comigo em todo tempo, desde as horas mais difíceis até às horas de muita satisfação e alegria, em momentos como este. Agradecer porque você fez, faz e fará para sempre parte da minha história, das minhas lutas e vitórias.

Aos meus pais e a minha filha, pelo amor incondicional, amparo, incentivo e ensinamentos que irei levar para o resto da vida, vocês são os meus exemplos.

Ao meu orientador César Micheli, por todo apoio e dedicação durante o pouco tempo que lhe coube. A esta faculdade, todo seu corpo docente, diretores e administradores, pelo suporte em todos estes anos, pelo ambiente propício à minha evolução e crescimento.

E a todos que, direta ou indiretamente, cooperaram para a conclusão de mais um ciclo da minha vida. Ao longo deste percurso, eu tive o privilégio de aprender um pouco com cada pessoa aqui mencionada, que confiaram e apostaram na minha capacidade, a vocês eu devo a minha eterna gratidão.

O moinho é a máquina pesada da vida, que não hesita em triturar os sonhos, que não apieda as ilusões de quem, inda muito jovem, é incapaz de avaliar a gravidade das consequências de suas próprias decisões. Cartola II", de 1976

AUGUSTO, César Antônio. **Aplicabilidade do Instituto da Terceirização no Direito do Trabalho**. 2019 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

RESUMO

O presente trabalho elucida a respeito da terceirização no Brasil, advindo da lei 13.429/2017, com a sua promulgação, tal ordenamento jurídico vem ganhando notoriedade com as chamadas Reformas Trabalhistas, flexibilizando normas no direito do trabalho e permitindo a contratação de mão de obra temporária para exercer atividade-fim, tornando-se um ponto focal de interesses e discussões tanto na sociedade civil quanto no mundo jurídico. O presente trabalho traz um estudo objetivo e prático sobre o tema. Num primeiro momento, trataremos sobre a evolução do direito do trabalho e seus princípios norteadores, discorrendo sobre os motivos que levaram ao surgimento da terceirização, historicidade de tal benesse, sua origem, seu conceito e natureza jurídica. Nos capítulos seguintes, iremos fazer uma incursão da necessidade de intervenção legislativa, analisaremos a súmula 331 do TST, com as definições de atividade-meio e atividade-fim, entrando na promulgação da Lei 13.429/2017, sua classificação, áreas passíveis de serem terceirizadas. Utilizaremos o direito comparado para traçar uma analogia entre terceirização e o direito Civil, analisando a terceirização lícita e ilícita. E concluiremos com as obrigações que devem ser cumpridas para que se efetive tal princípio.

Palavras-chave: Terceirização. Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais.

AUGUSTO, César Antônio. **Aplicabilidade do Instituto da Terceirização no Direito do Trabalho**. 2019 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

ABSTRACT

The present work deals with the outsourcing in Brazil from Law 13.429 / 2017; with its promulgation, such legal order has been gaining notoriety with the so-called Labor Reforms. The easing of norms in labor law and allowing the hiring of temporary labor to pursue core activity themselves, becoming a focal point of interest and discussion in both civil society and the legal world. This paper presents an objective and practical study on the subject. At first, we will deal with the evolution of labor law and its guiding principles, discussing the reasons that led to the emergence of outsourcing. We will deal with the historicity of such benesse, its origin, its concept and legal nature. In the following chapters we will address the need for legislative intervention henceforth, we will analyze the summary 331 of the TST, with the definitions of Activity-environment and activity-end, entering into the promulgation of Law 13.429 / 2017, its classification, areas that can be outsourced, we will use the comparative law to draw an analogy between outsourcing and civil law, analyzing licit and illicit outsourcing. And we will conclude with the obligations that must be fulfilled for such a principle to be realized.

Keywords: Outsourcing. Labor reform. Fundamental rights.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------------|--|
| Arts. | Artigo |
| CLT. | Consolidação das Leis Trabalhistas |
| C.C | Código Civil |
| CTPS | Carteira de Trabalho e Previdência Social |
| C.F | Constituição Federal |
| CNI | Conferência Nacional das Indústrias |
| FGTS | Fundo de Garantia por Tempo de Serviço |
| INSS | Instituto Nacional de Seguro Social |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 111 |
| 2 | METODOLOGIA | 111 |
| 3 | O DIREITO DO TRABALHO | 122 |
| 3.1 | REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO | 166 |
| 3.2 | PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO | 18 |
| 4 | HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO | 233 |
| 4.1 | CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO | 266 |
| 4.2 | NATUREZA JURÍDICA | 277 |
| 4.3 | NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES LEGISLATIVAS | 29 |
| 4.4 | SÚMULA 331 TST | 311 |
| 4.5 | ATIVIDADE - FIM | 312 |
| 4.6 | ATIVIDADE - MEIO | 323 |
| 5 | LEI 13.429/2017 | 333 |
| 5.1 | TERCEIRIZAÇÃO E O TRABALHO TEMPORÁRIO | 366 |
| 5.2 | CLASSIFICAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO | 39 |
| 5.3 | ÁREAS TERCEIRIZADAS | 40 |
| 5.4 | A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO CIVIL | 41 |
| 6 | A TERCEIRIZAÇÃO LICITA E ILÍCITA | 411 |
| 6.1 | DISTINÇÃO | 433 |
| 6.2 | HIPÓTESES DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA | 43 |
| 6.3 | OBRIGAÇÕES | 477 |
| 7 | CONCLUSÃO | 499 |

REFERÊNCIAS

APÊNDICES

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, tem a finalidade de estudar a terceirização nos moldes da atual legislação trabalhista. O objetivo é estudar acerca da aplicabilidade da terceirização no direito do trabalho e a sua relação junto as empresas tomadoras de serviço.

O capítulo II, aborda a metodologia de pesquisa aplicada, usando-se de revisões literárias, pesquisas bibliográficas em livros e documentos eletrônicos.

O capítulo III, trata do direito do trabalho, abordando sua gênese, seus princípios, seus regulamentos, bem como sua historicidade.

Já o capítulo IV, introduz a terceirização, seu conceito, sua historicidade, natureza jurídica e a necessidade de intervenção legislativa, abrangendo a Súmula 331 do TST. Ademais, o presente capítulo guia a elucidação de dúvidas na atividade-meio e na atividade-fim, sanando eventuais lacunas.

O capítulo V, insere a lei 13.429/2017 (Lei que trata do trabalho temporário), classificando a terceirização, definindo suas áreas, realizando ainda, uma analogia entre a lei e o direito civil.

A distinção entre a terceirização lícita e ilícita, está contida no capítulo VI, analisando as hipóteses de aplicação da lícita, bem como suas obrigações, para que tal benesse tenha eficácia jurídica nos moldes da atual legislação.

2 METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado foi a revisão de literatura, abrangendo processos de pesquisa bibliográficos e documentais. Entendendo-se por pesquisa a busca sistemática de soluções de problemas ainda não resolvidos ou resolvíveis, foi imprescindível dedicar certo foco na Investigação Histórica, privilegiando a pesquisa que estuda as relações entre variáveis dependentes e independentes, método este reputado por Fred N. Kerlinger como o mais importante no processo de investigação científica (BOAVENTURA, 2004, P. 57)

É por isso, que o perfil do pesquisador, principalmente no Âmbito Jurídico, no qual a pesquisa é um processo solitário, deve agregar algumas qualidades, entre elas: a curiosidade, a paciência, o interesse pelo assunto e a coragem de

encontrar respostas adequadas. (BONAT, 2009. p.10).

De acordo com o professor Boaventura 2004, em virtude das peculiaridades do direito há uma predominância evidente na pesquisa bibliográfica, que constitui não somente uma fase preliminar de toda a investigação, mas se constitui também em um tipo de abordagem metodológica pela sistematização do uso de fontes bibliográficas e documentais. Também é aduzido que o método histórico combinado com a pesquisa legal e o levantamento ajuntam-se a natureza do fenômeno jurídico.

A natureza do fenômeno jurídico comporta tratamento metodológico em atenção à redação, ao uso da documentação jurídica, ao estabelecimento de todo o processo de verificação de hipóteses e questões, quer pelo uso da pesquisa bibliográfica, documental, eletrônica, quer pelo emprego de outras metodologias (BOAVENTURA, 2004, p. 58).

Entretanto, fora utilizado todos os métodos a fim de elucidar todas as questões oriundas do presente trabalho.

3 O DIREITO DO TRABALHO

No que tange ao Direito do trabalho, há necessidade de lembrar a sua origem, o seu início e desenvolvimento no decorrer do tempo, como também dos novos conceitos e instituições que foram surgindo com o passar dos anos. O Direito tem uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de seus ramos sem que tenhamos noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

Nos ensina Sergio Pinto Martins 2012, que é possível compreender os problemas atuais, através da concepção histórica com o desenvolvimento de certas disciplinas, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado. Ao analisar instituto que se passou é possível ter o conhecimento jurídico, pois, verifica suas origens, sua evolução, os aspectos políticos ou econômicos que o influenciaram. Ao verificar o que pode acontecer no futuro, é preciso estudar e compreender o passado, estudando o que ocorreu no transcurso do tempo. Heráclito já dizia: “O homem que volta a banhar-se no mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio nem o homem é o mesmo homem”. Isso ocorre por que o período passa e as coisas não, são exatamente iguais como eram, mas precisam

ser estudadas para se compreender o futuro. Para fazer um estudo sobre o que pode acontecer no futuro é necessário não perder de vista o passado. Não se pode romper com o passado, desprezando-o. É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer seus ancestrais. Esse ramo do Direito é muito dinâmico, mudando as condições de trabalho com muita frequência, pois, é intimamente relacionado com questões econômicas.

A *priori*, o trabalho foi considerado na Bíblia como castigo. Adão teve de trabalhar para comer em razão de ter comido o fruto proibido (Gênesis, 3).

A palavra trabalho vem do latim *trīpalium*, era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Instrumento este usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho. (FÜHRER. 2001, p. 17)

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo nenhum direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois, era propriedade do *dominus*. Nesse período, constata-se que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente, até o momento em que o escravo vivesse, ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Compreendia apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política. (MARTINS, 2012. p. 34).

Em Roma, o trabalho era feito pelos escravos. A Lex Aquilia (284 a.C.) considerava o escravo como coisa. Era visto o trabalho como desonroso. A *locatio conâuctio* tinha por objetivo regular a atividade de quem se comprometia a locar

suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento.

Num segundo momento, em se tratando do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam pelo uso da terra. Nessa época, o trabalho era considerado um castigo. Os nobres não trabalhavam.

Já num terceiro plano, surgem as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes, os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão. (MARTINS, 2012. p. 36).

Havia nessa fase da História um pouco mais de liberdade ao trabalhador; os objetivos, porém, eram os interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores. As corporações de ofício tinham como características: (a) estabelecer uma estrutura hierárquica; (b) regular a capacidade produtiva; (c) regulamentar a técnica de produção.

Os aprendizes trabalhavam a partir de 12 ou 14 anos, e em alguns países já se observava prestação de serviços com idade inferior. Ficavam os aprendizes sob a responsabilidade do mestre que, inclusive, poderia impor-lhes castigos corporais, já em se tratando dos pais dos aprendizes, esses pagavam taxas, muitas vezes elevadas, para o mestre ensinar seus filhos. Se o aprendiz superasse as dificuldades dos ensinamentos, passava ao grau de companheiro. O companheiro só passava a mestre se fosse aprovado em exame de obra-mestra, prova que era muito difícil, além dos companheiros terem de pagar taxas para fazer o exame. Entretanto, quem contraísse matrimônio com a filha de mestre, desde que fosse companheiro, ou casasse com a viúva do mestre, passava a essa condição. (MARTINS, 2012. p. 34).

Na indústria escocesa, os trabalhadores eram comprados ou vendidos com

os filhos. Em 1774 e 1799 foram editados decretos parlamentares para extinguir a servidão vitalícia dos mineiros escoceses.

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois, foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado. Outras causas de extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações. (MARTINS, 2011. p. 35).

Em 1791, logo após a Revolução Francesa, houve o início da liberdade contratual. O *Decreto D'Allarde*, de 17 de março de 1791, determinou que a partir de 1.º de abril do referido ano seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovesse, sendo, contudo, ela obrigada a munir-se previamente de uma patente, a pagar as taxas exigíveis, e a sujeitar-se aos regulamentos de polícia. Suprimiu de vez as corporações de ofício, permitindo a liberdade de trabalho.

Ademais, o direito do Trabalho e o contrato de trabalho começaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Nesse interim houve a invenção da máquina a vapor como fonte energética, aperfeiçoada por James Watt. A máquina de fiar foi patenteada por John Watt em 1738, sendo que o trabalho era feito de forma muito mais rápida com o referido equipamento. O tear mecânico foi inventado por Edmund Cartwright, em 1784. A máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright que também foram substituindo a força humana, terminando com vários-postos de trabalho existentes e causando desemprego na época. Os ludistas organizavam-se para destruir as máquinas, pois entendiam que eram elas as causadoras da crise do trabalho. Com os novos avanços nos métodos nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas e contra a exploração de menores e mulheres. Substituíam-se o trabalho adulto pelo das mulheres e menores, que trabalhavam mais horas, percebendo salários inferiores. (MARTINS, 2011. p. 36).

A partir desse momento, surge uma liberdade na contratação das condições de trabalho. O Estado, por sua vez, deixa de ser abstencionista, para se tomar intervencionista, interferindo nas relações de trabalho.

Inicia-se há necessidade de intervenção estatal nas relações do trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores, a ponto de serem exigidos serviços em jornadas excessivas para menores e mulheres, de mais de 16 horas por dia ou até o pôr do sol, pagando metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens. (MARTINS, 2011. p. 39).

3.1 REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho surge como uma possibilidade de regulamentar as atividades econômicas, o direito do trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a emergir e, sem dúvida, por conta de sua força expansiva, o estimulante da construção de tantos outros direitos sociais, entre os quais aqueles que dizem respeito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

O processo construtivo do direito do trabalho e, por consequência, dos demais direitos sociais decorreu do conflito de classes. Sua edificação e crescimento, por outro lado, provieram de uma plethora de acontecimentos historicamente favoráveis. Sem dúvida, no tocante à história constitutiva do direito do trabalho, pode-se dizer que é incrível o poder que as coisas parecem ter quando elas precisam acontecer.

O ramo jurídico ora em análise, parece efetivamente ter emergido pela força do inevitável, do inexorável. Ele tinha de acontecer, por isso aconteceu: múltiplos fatores alinharam-se e contribuíram para a edificação dos direitos sociais, especialmente para a construção de um sistema jurídico capaz de proteger os trabalhadores dos abusos perpetrados por seus patrões. Se o direito do trabalho, como regulação normativa de origem estatal ou convencional, não tivesse

acontecido, certamente a história que envolvia conflitos entre capital e trabalho seria diferente. (MARTINEZ, 2016. p. 81).

Ensina o professor Miguel Reale 1980 que:

O direito não é um fenômeno estático. É dinâmico. Desenvolve-se no movimento de um processo que obedece à uma forma especial de dialética na qual se implicam, sem que se fundam, os polos de que se compõe. Esses polos mantêm-se irredutíveis, conservam-se em suas normais dimensões, mas correlacionam-se. De um lado os fatos que ocorrem na vida social, portanto, a dimensão axiológica do direito. Fatos e valores exigem-se mutuamente, envolvendo-se num procedimento de intensa atividade que dá origem à formação das estruturas normativas, portanto se trata da terceira dimensão do direito. (REALE. 1980, p. 145).

Rubens Ferreira de Castro 2000 explica que:

O direito do trabalho surgiu da necessidade de regular a evolução da sociedade em face do aperfeiçoamento das atividades econômicas, sendo que os primeiros sinais de trabalho por conta de outrem surgiram com a organização das comunidades já na idade média, estando suas origens ligadas à escravidão e à servidão (CASTRO, 2000. p. 15)

Nos ensina Mascaro Nascimento 1988

O Direito do Trabalho surgiu como consequência da questão social que foi procedida da revolução industrial do século XVIII e reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e com outros continentes (NASCIMENTO. 1988. p. 4).

A *Encíclica Rerum Novarum* (coisas novas), de 1891, do Papa Leão XIII, pontifica uma fase de transição para a justiça social traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Dizia o referido Papa que: “não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital” (Encíclica Rerum Novarum, Capítulo 28). Leão XIII defendia a propriedade particular por ser um princípio do Direito Natural. Quem não tinha a propriedade, supria-a com o trabalho. Este é o meio universal de prover as necessidades da vida. (LEÃO XXIII. 1981).

Em 1.º de maio de 1886, em Chicago, nos Estados Unidos, os trabalhadores não tinham garantias trabalhistas. Organizaram greves e manifestações, visando melhores condições de trabalho, especialmente redução da jornada de 13 para 8 horas. Nesse dia, a polícia entrou em choque com os grevistas. Uma pessoa não

identificada jogou uma bomba na multidão, matando quatro manifestantes e três policiais. Oito líderes trabalhistas foram presos e julgados responsáveis. Um deles suicidou-se na prisão. Quatro foram enforcados e três foram libertados depois de sete anos de prisão. Posteriormente, os governos e os sindicatos resolveram escolher o dia 1.º de maio como o dia do trabalho. Nos Estados Unidos e na Austrália, o dia do trabalho é considerado a primeira segunda-feira de setembro, necessitando de uma imediata intervenção legislativa, para garantias dos trabalhadores. (MARTINS, 2011. p. 38).

Portanto, surge a primeira Constituição a tratar do tema, sendo: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917, em seu art. 123 da referida norma, estabelecia jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a (seis) horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário-mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho.

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a de Weimar, de 1919. Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho. Daí em diante, as constituições dos países passaram a tratar do Direito do Trabalho, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas. (ZILBERMAN. 2010).

Então em 1919, surge o Tratado de Versalhes, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional expedindo convenções e recomendações nesse sentido.

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O Princípio é o momento em que alguma coisa se origina, é a causa primária; é

o elemento essencial na constituição de um corpo. Assim ensinam os léxicos.

Porém, fugindo do significado meramente gramatical, princípio significa a base, o ponto de partida, e, ao mesmo tempo, a síntese e o ponto de chegada.

Todos os princípios são circulares: O princípio se confunde com o fim. Assim, temos a forma dos corpos celestes, o movimento planetário, tudo obedecendo à lei circular das coisas do Universo.

As leis, quer naturais, quer humanas, são descrições que se prestam para compor o círculo, unindo em pontilhados o espaço compreendido entre o ponto de partida e o de chegada. Os mesmo se coincidem e se representam pelos princípios, norteando todas as coisas.

Na religião, por exemplo, temos o princípio que norteia a fé cristã, o qual diz “Amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo”. A este princípio segue-se inúmeras leis (ou princípios derivados) para atingir um único objetivo “Amar a Deus e ao próximo”. (LIMA, 1994. p.13).

O Direito, em geral, não é diferente. Parte-se do princípio “Direito é inter-relação intersubjetiva”. Fazem-se as leis (escritas ou consuetudinária, expressas ou implícitas) “para se atingir um fim, ou seja, a perfeita” “inter-relação intersubjetiva”, caminho da Justiça e da Paz Universal. (CALADO.2019).

Em se tratando do direito do trabalho, o princípio basilar é o mesmo do direito, em geral, obviamente, que é o da “Paz Social” a ser obtido mediante à justiça, variando o conceito conforme o movimento histórico-políticos dos povos. (LIMA, 1994 p.14).

Na Constituição Federal, existem princípios constitucionais de todo o direito processual. Verifica-se, portanto, que os princípios constitucionais exercem papel fundamental na interpretação e aplicação do direito para qualquer ordenamento jurídico. Estes princípios estão previstos na CF/88, em seu art. 5.º, como veremos a seguir:

O Princípio do Contraditório, que assegura não apenas a defesa, mas principalmente a “qualidade de defesa da parte”, permitindo que possa influir efetivamente no convencimento do juiz. A parte tem o direito de participar na formação e na produção de todos os meios de prova. Assim, como não se faz prova sem juiz, não se faz prova sem a parte. (CALADO, 2019).

Já no que tange à ampla defesa, é o direito assegurado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de se opor ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor, refere-se, portanto, às relações entre as partes e o juiz, dando poderes às partes para poderem reagir, imediata e eficazmente, contra atos do juiz violadores de seus direitos.

A Constituição Federal de 88 adotou ainda, o princípio da igualdade de direitos, destacando a igualdade de aptidão e de possibilidades, isto é, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, conforme reza o seu art. 5.º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Princípio este que autoriza o Poder Judiciário a afastar, como inconstitucionais, leis processuais injustas, ou seja, permite que o Judiciário negue aplicação a leis injustas, ainda que de direito material. (CALADO, 2019).

Princípio da proteção; esse princípio garante proteção à parte hipossuficiente da relação de trabalho, ou seja, ao trabalhador. Para tanto, ela se subdivide em outros três subprincípios: norma mais favorável, condição mais benéfica e *In dubio pro misero*. (TUROLLA. 2017)

Princípio da primazia da realidade; desenvolvido por Américo Plá Rodriguez, tal princípio orienta o interprete na busca da relação de emprego (situação, fato) para daí extrair-se o real contrato de trabalho. O princípio em análise, consiste, em se tratando de discrepância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos segundo esse princípio, os fatos prevalecem sobre os ajustes formais. Este é um princípio de grande importância, pois, visa coibir a coação

dentro do ambiente trabalhista. Em outras palavras: a realidade vale mais do que os documentos, atuando sempre que os registros não estejam de acordo com a realidade fática, seja com relação à qualificação do trabalhador, ao salário e local de trabalho (aspecto substancial), seja com relação aos aspectos instrumentais, como na produção de prova, em deve prevalecer a verdade formal.

Princípio da continuidade; fundamenta-se na necessidade que o trabalhador tem de um emprego que lhe assegure o sustento próprio da família. Outro fundamento, de ordem moral, é o direito que toda pessoa tem ao trabalho. Logicamente, todos necessitam de uma ocupação, para o bem do corpo e da alma, porque ócio é pai de todos os vícios. Todo contrato de trabalho deve ter prazo indeterminado, ou seja, ele só cessa quando existe um motivo expresso em lei para. (LIMA, 1994. p.101)

Nas palavras de Délio Maranhão 2011.

“O contrato de trabalho caracteriza-se, em princípio, pelo sentido de continuidade; vive enquanto não se verifica uma circunstância a que lei atribui efeito de fazer cessar a relação que dele se origina”. (MARANHÃO, 2011. p.43)

Existindo alguns casos excepcionais, como o contrato por prazo determinado, como no período de experiência, que não deve, em nenhuma circunstância, exceder 90 dias. É vetado, claro, que o empregador recontrate o empregado em novo período de experiência após o vencimento deste período. (TUROLLA. 2017)

Princípio da imodificabilidade in pejus do contrato de trabalho; são vedadas alterações contratuais que resultem em prejuízo ao trabalhador, com ou sem anuência prévia. A alteração diz respeito a qualquer cláusula contratual, escrita, verba, ou apenas tácita. Consequentemente, não pode haver modificação da forma de remuneração (de comissão para fixo, ou vice e versa), não podendo haver rebaixamento de funcional, ou agravar as condições de trabalho. Este encontra-se firmado no artigo 468 Celetário: (LIMA, 1994. p.145).

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que

não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança

A este princípio se aplica uma exceção, de acordo com o art.º 7 da Constituição Federal, prevendo redução de salário por meio de negociação coletiva (aquela realizada por sindicatos). É claro que a decisão deve estar muito bem pautada, geralmente por conta de um momento complicado da empresa e sempre pensando em garantir que esta manobra irá salvar suas operações e manter seus postos de trabalho. (LIMA, 1994. p.147)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Princípio da intangibilidade salarial; esse princípio protege a contraprestação máxima da prática laboral, ou seja, o salário. Diversos dispositivos reforçam esse princípio, como o art. 468 da CLT, que veta qualquer mudança que não seja benéfica ao trabalhador, ou o art. 8.º, §1 da Convenção n.º 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que visa proibir descontos salariais, exceto aqueles dispostos em legislação do país em questão.

Convenção n.º 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Art. 8 — 1. Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral.

Princípio da irrenunciabilidade de direitos; em síntese este princípio consiste em que o trabalhador não pode renunciar os direitos a ele assegurados pela legislação do trabalho. Compreendendo no conceito irrenunciabilidade também a intransigibilidade. Essa é a regra. É vedado ao trabalhador renunciar qualquer direito disposto em lei, como FGTS, ou de suas férias, etc.

Princípio da Igualdade de Salário; encontra-se pautado no art. 5º CLT “ A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. Art. 461 CLT

Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Dá-se a equiparação salarial quando o empregado alega em juízo realizar trabalho igual ao de outro colega de empresa, entretanto mediante a recebimento de remuneração inferior, caracterizando assim a discriminação. (LIMA, 1994. p.160).

4 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO

Ao examinar a terceirização, há necessidade de lembrar *sua gênese* e seu desenvolvimento no decorrer do tempo. Trata-se de uma realidade histórico-cultural, que deve ser estudado de acordo com a noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo, é possível compreender o desenvolvimento decerto instituto ou tema no decorrer dos anos, o que se mostra uma necessidade premente, segundo as lições do jurista Waldemar Ferreira “Nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas atuais”. Na Grécia pessoas alugavam escravos para outras, que eram usados no trabalho nas minas. (SARAIVA, 1992 v1.p1).

A terceirização como processo técnico de gestão administrativa e operacional inicia-se em países industrialmente competitivos, originando-se nos Estados Unidos depois da eclosão da Segunda Guerra Mundial, isso porque as indústrias bélicas precisavam concentrar-se na produção de armamentos, e no seu desenvolvimento, para serem usadas contra as forças do eixo e, com isso, passaram a delegar algumas atividades às empresas prestadoras de serviços.

As grandes empresas, no entanto, precisavam se colocar novamente dentro do mercado de forma intensa, pensando em “olhar para dentro”, acabaram descobrindo saídas para entrar de forma competitiva. Foi introduzido o *downsizing*, que nada mais é do que a redução dos níveis hierárquicos, enxugando o organograma e reduzindo o número dos cargos dentro das empresas, o que agilizava as tomadas de decisão. O processo permitiu que as empresas obtivessem uma evolução parcial ao tentarem se tornar mais ágeis. Com isso, a reorientação empresarial fez com que chegassem à conclusão de que, para tornar

ainda mais ágil, deveriam transferir para terceiros a incumbência de execução de atividades secundárias, focando todos os esforços da empresa nas atividades principais. Isso gerou mais resultados e ficou conhecido como outsourcing, ou terceirização, em português. (PETRIN, 2019).

De acordo com Sergio Pinto Martins, (2018);

A terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende à especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. (Martins, 2018.p.22).

Constitui-se a terceirização numa realidade que o direito do trabalho tem que analisar. Este é um ramo do direito bastante dinâmico, que deve verificar os avanços na estrutura da empresa e compatibilizá-los de acordo com a legislação vigente.

O Guia trabalhista nos traz a seguinte definição:

Terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária (interposta) entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes.

É um procedimento administrativo que possibilita estabelecer um processo gerenciado de transferência, a terceiros, da atividade-meio da empresa, permitindo a esta concentrar-se na sua atividade principal. (Guia Trabalhista)

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviço de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e fazendo a montagem final do veículo. (MARTINS, 2018.p. 22).

O art. 17/18 da Lei 4.594/64 dispõe que a seguradora não pode fazer a venda de seguros diretamente, o que tem de ser feito através de corretos autônomo ou corretora.

Já os Decretos-Leis n.º 1.212 e 1216 de 1966, permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares, gerando a prestação de serviços especializados por empresas que atuam da área de segurança privada.

Não obstante, o Decreto 62.756, de 22 de maio de 1968, dispõe sobre a coordenação e fiscalização das Agências de Colocação, submetendo-as ao controle do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, e dá outras providências, relevando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de agências terceirizados, ou seja, empresas prestadoras de mão de obra.

O deputado João Alves teve a iniciativa da apresentação do Projeto de lei nº 1.347, que se transformou na Lei nº 6.019/74. A justificativa do projeto (publicado no Diário do Congresso Nacional, de 30 de junho de 1973, p. 3.766) mostra que o:

Contingente de trabalhadores é representado, por exemplo, por estudantes que não dispõem de um tempo integral para um emprego regular; por donas de casa que, apenas em certas horas, ou em dias da semana, podem se dedicar a um trabalho para o qual tenham interesses e qualificações, sem prejuízo para seus encargos domésticos; para os jovens em idade do serviço militar, que encontram dificuldades de emprego justamente pela iminência de convocação; para os trabalhadores com mais de 35 anos, ou já aposentados, mas ainda aptos e que não encontram empregos permanentes, ou não o querem em regime regular rotineiro. Serve, também, àqueles trabalhadores que ainda não se definiram por uma profissão definitiva e que, oportunidade de livres-escolhas entre várias atividades, podem se interessar por uma delas e, afinal, consolidar um emprego permanentemente. E, por outro aspecto, não se deixam de atender àqueles que, apesar de já empregados, desejam, com um trabalho suplementar, aumentar seus rendimentos.

Neste contexto, surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização, entretanto, não com esta denominação e sim como trabalho temporário, ademais o objetivo de tal lei fora para que os trabalhadores que não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como estudantes, jovem em período de prestação do serviço militar, donas de casas que não

obtinham de tempo para trabalhar de forma integral e aposentados, que não queriam emprego permanente, e até mesmo os que não se decidiram pela profissão.

Após, surge a Lei n.º 7.102 de 20 de junho de 1983, surgindo assim a relação triangular (empregado, empregador e tomador de serviços) e não bilateral (empregado e Empregador).

Nos ensina Sergio Pinto Martins (2018); que a terceirização é um fenômeno que vem sendo largamente utilizada no mundo moderno, especialmente na Europa. Em nosso país é que passou a ser adotada pelas empresas. Isso mostra que estamos saindo da era industrial para adentrar na era dos serviços. (MARTINS, 2018. p. 24).

4.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é a externalização da produção, ou seja, ao invés de uma empresa realizar determinada atividade, contrata-se uma empresa terceirizante (intermediária), que terá como papel efetuar a função que, em princípio, caberia à empresa tomadora dos serviços praticar. Embora utilizada pelas empresas a terceirização até o presente momento não está definida em lei, nem há norma jurídica cuidando do tema, sendo utilizada como uma estratégia na forma de administrar pelas empresas tomadoras de serviços, que tem por objetivo organizá-las e estabelecer métodos da atividade empresarial.

Entretanto, a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, normalmente no campo trabalhista. Não obstante, é fato que as empresas devem obedecer às estruturas jurídicas vigentes, principalmente às trabalhistas, sob pena de arcar com as consequências decorrentes do não cumprimento de suas obrigações, no que diz respeito aos direitos trabalhistas. (MARTINS, 2018. p. 31).

As lições do professor Hélio Santos (2010), terceirização é “a utilização de trabalhadores por pessoa diversa da pessoa do seu empregador”. De forma ilustrativa, explica o referido professor que a terceirização ocorre quando a prestação laboral é obtida de trabalhador vinculado à outra sociedade empresarial

prestadora de serviço, a qual é a responsável direta pelo vínculo empregatício. (SANTOS, 2010. p. 123).

Denota-se ainda, que a terceirização projeta duas relações jurídicas distintas, uma de Direito Civil e outra de Direito do Trabalho, as quais são consideradas por ele como essenciais para caracterização do fenômeno em estudo. A relação de Direito Civil consiste no vínculo existente entre a prestadora e a tomadora dos serviços, enquanto que, a relação de Direito do Trabalho é consubstanciada no vínculo entre a prestadora e seus empregados.

Para Nascimento 2013

O conceito de terceirização está intimamente ligado ao de subcontratação no Direito Civil. Segundo o autor, terceirizar é a transferência a terceiros de determinada obrigação e um direito, exercitáveis, a princípio, no âmbito do contrato originário, mas que passam, por meio da subcontratação, a ser exercitáveis no âmbito do contrato derivado, nesse sentido, traz a terceirização como uma relação jurídica bilateral, consoante ao conceito de subcontratação adotado por ele. (NASCIMENTO. 2013. Pág. 47).

Rubens Ferreira de Castro 2000, conceitua terceirização como sendo:

O vocábulo utilizado para designar uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias as empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal. (CASTRO. 2000. Pág. 78).

4.2 NATUREZA JURÍDICA

A priori, é difícil dizer qual é a natureza jurídica da terceirização, pois, como foi visto anteriormente, há várias concepções a serem analisadas, assim poderá haver a combinação de elementos de vários contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia de locação de serviços, em que o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão de consórcio; de tecnologia, know-how, com a transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas (etc).

Ademais, insta salientar que não há um sistema normativo para tratar sobre a terceirização no conjunto legislativo brasileiro, as normas legais existentes versam sobre hipóteses muito específicas, delegando-se para o Tribunal Superior do Trabalho a missão de estabelecer as diretrizes sobre o tema, decidindo em que ocasiões fáticas a terceirização será considerada lícita ou ilícita, uma vez que esta Corte tem dever de decidir os casos concretos a ela submetidos. Em razão disso, o instrumento normativo que regula juridicamente a terceirização no Brasil atualmente é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual delimitou certas diretrizes quanto à configuração da terceirização de modo lícito, as quais passaremos a analisar nas próximas linhas.

O inciso III traz característica consistente na ausência de subordinação jurídica direta com o tomador de serviços. “A subordinação jurídica do trabalhador decorre do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços”. Dessa forma, considera-se inadmissível que o tomador de serviços comande a atividade do trabalhador terceirizado, até mesmo porque nem sequer detém conhecimentos técnicos para tal.

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

Outro ponto característico consiste na ausência de subordinação jurídica direta com o tomador de serviços. A subordinação jurídica do trabalhador decorre do contrato de trabalho firmado com a prestadora de serviços. Dessa forma, considera-se inadmissível que o tomador de serviços comande a atividade do trabalhador terceirizado, até mesmo porque sequer detém conhecimentos técnicos para tal. (MARTINS, 2018. p.168).

Afinal, o inciso III da Súmula 331 do TST traz como principal característica da terceirização lícita a determinação de que esta somente pode ocorrer em relação a serviços especializados ligados à atividade meio do tomador. Tal característica pode ser imediatamente identificada em face da conceituação elaborada por Alice Monteiro de Barros, qual seja que:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividade considerada secundária, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. (BARROS, 2013. p. 357).

4.3 NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES LEGISLATIVAS

Em que pese, as críticas ao instituto, o avanço no processo de terceirização na cadeia produtiva brasileira é notório e tem desafiado a formulação clássica das relações de trabalho expressa nos artigos 2.º, caput, e 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Por conseguinte, aponta como singularidade desse fenômeno o fato de que ele tem se desenvolvido expansivamente ao longo dos anos à margem de cuidados e esforços para normatização pelo Poder Legislativo.

Aduz o autor que tal circunstância revela-se como um dos maiores exemplos de distanciamento da ordem jurídica em face dos novos fatos sociais.

Nas palavras de Delgado 2014

Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônomo estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho no país. (DELGADO, 2014. p. 455).

Segundo informações veiculadas no Portal da Indústria, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) defende que a terceirização é um fenômeno sem volta e necessário para o fomento da eficiência e consequente competitividade na economia como um todo. Na opinião da CNI, a terceirização é estratégia para o crescimento do setor, tendo em vista a especialização dos serviços, a redução de custos e tempo de produção.

Diz ainda, que a aprovação do Projeto de Lei n.º 4.330/2004 é de fundamental importância para um avanço na economia do país, uma vez que estimularia a opção pela terceirização e garantiria maior proteção aos direitos dos trabalhadores, de modo a criar um ambiente equilibrado e propício aos negócios.

Todavia, o otimismo em relação à aprovação do projeto de lei acima mencionado não é unânime, pois, encontra resistências na doutrina trabalhista pátria, especialmente no que tange à terceirização de atividades-fim. Vólia Bomfim Cassar apresenta críticas consistentes nesse sentido, as quais merecem ser estudadas. (CNI, 2014).

Relata a autora, que o objetivo do projeto é a redução de custos com a diminuição dos salários e que a sua aprovação trará como consequências a perda de diversas conquistas trabalhistas, como benefícios previstos em convenções e acordos coletivos. Ademais, provocaria problemas na organização sindical e seria nocivo do ponto de vista da isonomia. (CASSAR, 2015. p. 486 - 487).

Diante do exposto e da atual regulamentação da terceirização no Brasil, destacando-se a deficiência da normativa estatal sobre a questão, percebe-se que há uma necessidade de regulamentação legislativa sobre a terceirização, tendo em vista o propósito de conciliar o objetivo de crescimento econômico com a proteção dos direitos trabalhistas.

Tal regulamentação deve levar em consideração, primordialmente, os atuais princípios que regem as relações de trabalho, visando a maior proteção possível dos benefícios já conquistados. Entretanto, não é correto desconsiderar as demandas do setor econômico, devendo-se abrir espaço para ponderação os interesses da classe empresária, especialmente do setor da indústria, tendo em vista as necessidades de avanço econômico do país. (PORTAL DAS INDUSTRIAS. 2017)

Entretanto, a Lei que trata especificamente sobre a terceirização não fora aprovada, visto que o impasse continua até hoje, pois, embora a Câmara Federal tenha aprovado o Projeto de Lei 4.330/04, que regulamenta a terceirização, o mesmo encontra-se no Senado Federal sem condições de prosseguimento, antagonismo entre representantes dos interesses dos trabalhadores e dos empregadores naquela Casa Legislativa.

Assim, viu-se o Tribunal Superior do Trabalho obrigado a estabelecer parâmetro para a terceirização, fixando uma diretriz a respeito. A súmula em questão não seria necessária se o legislador lograsse disciplinar a questão, com a Súmula n.º 331. (MANUS. 2016).

4.4 SÚMULA 331 TST

A Súmula 331 TST foi aprovada pela Resolução Administrativa n.º 23/93, de dezembro de 1993, de acordo com a orientação do órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido publicado no Diário da Justiça da União em 21 de dezembro de 1993 (p28.358) (Tribunal Superior do Trabalho).

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

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

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

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

A Súmula 331 foi dividida em seis tópicos, cada qual tratando de vários assuntos, inclusive aqueles que não eram previstos na antiga Súmula 256 do TST, como os serviços prestados à administração pública e os serviços de limpeza, mostrando que a revisão que fora realizado, trouxe novidades ampliando seu conteúdo.

A Súmula 331 do TST não pode ser entendida como taxativa, pois, podem existir outras atividades passíveis de terceirização ou pode existir fraudes nas atividades nelas indicadas. (MARTINS, 2018, p. 164).

4.5 ATIVIDADE - FIM

De acordo com Sergio Pinto Martins 2018: Atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização etc. é a atividade central da empresa direta de seu objeto social.

É atividade principal da empresa, a nuclear ou essencial para que possa desenvolver seu mister.

A atividade-fim da empresa não é o lucro. Este é o seu objeto.

Para o Direito Comercial, a atividade-fim é a que consta do objeto do contrato social. É a atividade principal.

O art. 60 da Lei nº 9.472/97 dispõe que:

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

Sendo está a atividade-fim.

Já o art. 94 II, da Lei 9.472/97 permite a terceirização da atividade-fim. Pode ser utilizado por analogia a regra do § 2º do art. 581 da CLT, no sentido de que:

Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional. (MARTINS. 2018, p. 165).

É aquela cuja rotina está diretamente ligada ao segmento de atuação da empresa. A atividade-fim compreende as atividades essenciais do negócio, em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.

4.6 ATIVIDADE – MEIO

Entende-se como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objetivo central. É uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar.

5 LEI 13.429/2017

A lei n.º 13.429/2017, de 31 de março de 2017, deu nova redação e acrescentou dispositivos à Lei n.º 6.019/74. Passou a tratar não só do trabalho temporário, mas também da terceirização, com sua promulgação, passou-se a permitir a terceirização ilimitada, irrestrita, sem qualquer regulamentação, ou seja, em todas as atividades da empresa. A Lei nº 13.429/2017, prevê que a empresa contratante (tomadora dos serviços) tenha responsabilidade subsidiária, caso a empresa de locação de mão de obra falhe no pagamento das verbas salariais e consectários legais. Em outras palavras, o trabalhador somente poderá acessar a Justiça do Trabalho após o esgotamento das tentativas de cobrança da empresa terceirizada ou de locação de mão de obra. O projeto sobre terceirização (Projeto de Lei nº 4.330/2004), que se encontra em tramitação no Senado Federal neste ponto era mais favorável do que o aprovado na Câmara, pois estabelecia a responsabilidade “solidária”, caso a empresa contratante não fiscalizasse os pagamentos aos empregados pela empresa terceirizada. Neste caso, em vez do exaurimento das tentativas de cobrança por parte do empregado à empresa terceirizada, o trabalhador poderia, de plano, uma vez verificada a inadimplência de suas verbas, colocar no polo passivo da reclamação trabalhista não apenas a empresa terceirizada, como também o tomador de serviços, ou seja, a empresa contratante.

Com aprovação da lei supracitada, houve desvirtuamento completo do instituto da terceirização. Aproveitou-se da súmula n.º 331, item I do TST e inseriu-se na lei de serviço temporário a possibilidade de terceirizar qualquer trabalho, independente da atividade que a empresa tomadora de serviços ou a empresa contratante exerça. (MARTINS, 2018. p.181 - 184).

No dia 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa. Por maioria de 7 votos contra 4 contrários, o Tribunal julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim. Nesse sentido, a modificação realizada pela reforma trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, cuja decisão tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário. Votaram a favor da

licitude da terceirização nas atividades-fim os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. De forma contrária, votaram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Do julgamento do recurso extraordinário 958252 foi firmada a seguinte tese de repercussão geral.

Faz-se mister, denotar a gravidade para além da regulamentação do trabalho temporário nas empresas urbanas, que sempre foi o cerne da Lei n.º 6.019/74, com a alteração do dispositivo da citada lei, passou-se acrescentar dispositivos danosos ao labor acerca da relação de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros. (ANTONIO, 2017. p. 12).

Conforme Dr. Enoque Ribeiro dos Santos desembargador do Trabalho do TRT, a criação de uma nova lei de terceirização, por envolver pessoas, especialmente as mais vulneráveis, não pode afastar conquistas de anos de luta, alcançadas com suor e lágrima na luta sindical, no debate acadêmico e na construção da jurisprudência de nossos Tribunais. Pelo contrário, deve-se compatibilizar e ser escrita à luz do poder político máximo que representa a Constituição Federal, em um Estado Democrático de Direito. (ER SANTOS, 2017).

Desse modo, não faz sentido que esta nova lei não considere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da função social do contrato, da propriedade e do meio ambiente. É importante que toda a discussão, que se repousa sobre o que efetivamente está por trás da Lei n.º 13.429/2017: regulamentar a terceirização, veladamente dar um cheque em branco ao empresariado ou abrir uma porteira a uma terceirização desenfreada e sem amarras. Portanto a Lei n.º 13.429/2017 permite a terceirização ilimitada, irrestrita, sem qualquer regulamentação, ou seja, em todas as atividades da empresa, da mesma forma como preconizava o projeto que tramitava no Senado Federal. (ER SANTOS. 2017).

A Lei nº 13.429/2017 prevê que a empresa contratante (tomadora dos serviços) tenha responsabilidade subsidiária, caso a empresa de locação de mão de obra falhe no pagamento das verbas salariais e consectários legais. Em outras

palavras, o trabalhador somente poderá acessar a Justiça do Trabalho após o esgotamento das tentativas de cobrança da empresa terceirizada ou de locação de mão de obra. O vínculo de emprego, assim, existe entre o empregado e a empresa prestadora de serviço, mas aquele presta o serviço à empresa tomadora conforme a súmula 331 do TST.

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.

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

Nesse ponto, o entendimento de que a atribuição da responsabilidade solidária à tomadora de serviços em todos os casos teria sido a melhor solução legislativa para obstar os abusos na utilização da terceirização e minimizar os efeitos sociais deletérios decorrentes da terceirização, é fato que não foi essa a opção do legislador nas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. Conforme mencionado, o artigo 7º da lei 13.467/2017, estabelece expressamente a responsabilização subsidiária da tomadora, como se vê abaixo:

Art. § 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Portanto, agora por expressa previsão legal, a tomadora responde pelos créditos dos trabalhadores terceirizados que atuaram em seu benefício, porém, apenas é instada a pagar quando a empregadora, acionada judicialmente, não paga o débito. (GARCIA, 2017. p.13-14).

5.1 TERCEIRIZAÇÃO E O TRABALHO TEMPORÁRIO

É necessário a priori, que saibamos diferenciar tanto o trabalho temporário como a terceirização.

O trabalho temporário exercido por pessoa física, funcionário de uma empresa, que tem por objetivo social a prestação de serviços a empresas tomadoras de serviços, funcionando da seguinte maneira: Em um restaurante que tem a função precípua de preparar alimentos, hipoteticamente, a cozinheira entra em licença maternidade ou goza de férias, tendo em vista que ela é uma excelente cozinheira e a empresa não quer contratar outra pessoa para exercer a função, assim que a cozinheira voltar as suas funções terá seu emprego garantida, mas, ao mesmo tempo, a sua ausência restarão grandes prejuízos para empresa, nesta situação hipotética, o restaurante procura uma empresa que forneça tal mão, a saber, um cozinheiro, que substituirá temporariamente a falta daquela funcionária. (MARTINS. 2018, p.159).

Art. 2º da lei 13429/2017, traz que “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”.

Luciano Martinez, (2016) nos ensina que a contratação do trabalhador temporário é excepcional, tendo em vista que ele é selecionado pela empresa tomadora como se seu efetivo empregado fosse, isto deixa claro o caráter pessoal na contratação do trabalhador, fenômeno que não ocorre na terceirização de serviços. Importante ressaltar que nesta modalidade o trabalhador temporário presta serviço consciente da atividade-fim que será exercida, uma vez que é contratado justamente para substituir o funcionário regular e permanente. (MARTINEZ, 2016, p. 460).

Por força desta excepcionalidade, a permanência do trabalhador temporário é limitada em 180 dias, consecutivos ou não (§1º, art. 9.º), podendo ser prorrogado

por mais 90 dias, consecutivos ou não (§2º, art. 9.º da lei 6.019/74) (MARTINS, 2018, p. 159).

Neste interim, é necessário nos inteirarmos à luz da Portaria MTE nº 789 de 2 de junho de 2014, que versa a matéria.

O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto nos arts. 8º a 10 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e no art. 27 do Decreto nº 73.841, de 13 de março de 1974, resolve:

Art. 1º Estabelecer instruções para o contrato de trabalho temporário por período superior a três meses e o fornecimento de dados relacionados ao estudo do mercado de trabalho.

I - Autorização para celebração de contrato de trabalho temporário por prazo superior a três meses

Art. 2º Na hipótese legal de substituição transitória de pessoal regular e permanente, o contrato poderá ser pactuado por mais de três meses com relação a um mesmo empregado, nas seguintes situações:

I - quando ocorrerem circunstâncias, já conhecidas na data da sua celebração, que justifiquem a contratação de trabalhador temporário por período superior a três meses; ou

II - quando houver motivo que justifique a prorrogação de contrato de trabalho temporário, que exceda o prazo total de três meses de duração.

Parágrafo único. Observadas as condições estabelecidas neste artigo, a duração do contrato de trabalho temporário, incluídas as prorrogações, não pode ultrapassar um período total de nove meses.

Art. 3º Na hipótese legal de acréscimo extraordinário de serviços, será permitida prorrogação do contrato de trabalho temporário por até três meses além do prazo previsto no art. 10 da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, desde que perdure o motivo justificador da contratação.

Art. 4º A empresa de trabalho temporário deverá solicitar as autorizações previstas nos arts. 2º e 3º desta Portaria por meio da página eletrônica do MTE, conforme instruções previstas no Sistema de Registro de Empresa de Trabalho Temporário - SIRETT, disponível no endereço www.mte.gov.br.

§ 1º Quando se tratar de celebração de contrato de trabalho temporário com prazo superior a três meses, a solicitação de autorização deve ser feita com antecedência mínima de cinco dias de seu início.

§ 2º Quando se tratar de prorrogação de contrato de trabalho temporário, a solicitação de autorização deve ser feita até cinco dias antes do termo final inicialmente previsto.

§ 3º Independe de autorização do órgão regional do MTE a prorrogação de contrato de trabalho temporário, quando, somada à duração inicial do contrato, este não exceder a três meses.

Art. 5º O requerimento das autorizações previstas no art. 2º e 3º desta Portaria

será analisado pela Seção de Relações do Trabalho - SERET da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado da Federação onde o trabalhador temporário prestará seus serviços.

§ 1º Compete ao Chefe da Seção de Relações do Trabalho, de forma fundamentada, decidir sobre a autorização solicitada.

§ 2º A competência estabelecida no § 1º deste artigo poderá ser delegada pela chefia aos servidores lotados na Seção de Relações do Trabalho da respectiva unidade.

§ 3º A decisão sobre a autorização constará de termo gerado pelo SIRETT, que será disponibilizado no próprio sistema.

Art. 6º Será denegada a autorização quando não preenchidas as condições previstas nesta Portaria.

§ 1º A concessão das autorizações previstas no art. 2º ou no art. 3º desta Portaria é realizada com base na análise formal e objetiva da documentação e das declarações prestadas pelos requerentes, não implicando responsabilidade da autoridade concedente caso as condições fáticas do contrato diverjam das informações prestadas pelo solicitante.

§ 2º Compete à Inspeção do Trabalho a verificação da regularidade das condições do contrato de trabalho temporário, inclusive quanto a seus motivos, a ser realizada de acordo com o planejamento de cada regional.

II - Informações destinadas ao estudo de mercado

Art. 7º Para fins de cumprimento do disposto no art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974, as empresas de trabalho temporário deverão informar, até o dia sete de cada mês, os dados relativos aos contratos de trabalho temporário celebrados no mês anterior.

§ 1º As informações serão prestadas no SIRETT, por meio de preenchimento do formulário eletrônico ou pela transmissão de arquivo digital com formato padronizado.

§ 2º Em caso de prorrogação de contrato de trabalho temporário que independa de autorização, a empresa de trabalho temporário deverá informar a nova data de encerramento, por meio do SIRETT, até o último dia do período inicialmente pactuado.

§ 3º Em caso de rescisão antecipada do contrato de trabalho temporário, a empresa de trabalho temporário deverá informar a nova data de rescisão, por meio do SIRETT, em até dois dias após o término do contrato.

§ 4º A solicitação de autorização para contratação por período superior a três meses, prevista no art. 4º, supre a obrigação de informação contida no caput deste artigo.

III - Disposições gerais

Art. 8º Para efeitos desta Portaria, considera-se:

I - Hipótese legal para a contratação de trabalho temporário: necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços;

II - Motivo justificador: fato determinado que, no caso concreto, justifica a hipótese legal para a contratação de trabalho temporário.

Art. 9º A falta de envio das informações previstas no artigo 7º desta Portaria, bem como as incorreções ou omissões em sua prestação, consiste em infração ao art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974, a ser apurada na forma do Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 10. O contrato de trabalho temporário será considerado nulo de pleno direito, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, quando comprovada, pela Inspeção do Trabalho, a inexistência do motivo justificador da contratação nele indicado, sujeitando os infratores às cominações legais correspondentes.

Art. 11. A atividade de locação de mão de obra temporária é exclusiva da empresa de trabalho temporário e não pode ser transferida a terceiros.

Art. 12. Os casos omissos serão resolvidos pela Secretaria de Relações do Trabalho.

Art. 13. Fica revogada a Portaria nº 550, de 12 de março de 2010.

Art. 14. Esta portaria entra em vigor em 1º de julho de 2014.

5.2 CLASSIFICAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser dividida em estágios terceirização inicial, intermediária e avançado:

Terceirização Inicial: Trata-se da modalidade em que a empresa repassa a terceiros, atividades que não são preponderantes, como, por exemplo, restaurante, limpeza, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica, etc.

Terceirização Intermediária: Ocorre quando as atividades terceirizadas são mais ligadas indiretamente à atividade principal da empresa, como a manutenção de máquinas e usinagem de peças.

Terceirização Avançada: São as atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como gestão de fornecedores, fornecimento de produtos, este último estágio seria a terceirização na atividade-fim da empresa. (MARTINS, 2018, p. 34).

A terceirização pode, ainda, ser interna ou externa:

Interna: A empresa repassa para terceiro sua atividade de produção, porém, as empresas tomadoras de serviço, trabalham dentro da própria terceirizante. O que vem ocorrendo em multinacionais do ramo alimentício, automobilístico, jurídico, etc.

Externa: É repassado para terceiros certas etapas de sua produção, neste caso, realizadas fora da empresa.

Quanto à área: pode ser pública ou privada;

Quanto à atividade: pode ser realizada na atividade-meio ou atividade-fim;

Quanto à duração: pode ser temporária (lei 6.019/74) ou de prazo indeterminado;

Quanto aos efeitos ou à regularidade: pode ser lícita ou ilícita;

Quanto à tipicidade: pode ser típica (pois, é regulada em lei) ou atípica (por não ter previsão legal). (MARTINS, 2018, p. 35).

5.3 ÁREAS TERCEIRIZADAS

A terceirização pode ser classificada como atividade-acessória, meio e fim. O que se observa é que tem sido feita principalmente nas atividades-meio, para que a empresa terceirizante possa dedicar mais à sua atividade-fim ou ao objeto principal do empreendimento. Na prática, as empresas terceirizam a atividade de vigilância, conservação, manutenção predial, montagem e fornecimento, entrega de cestas básicas, previdência privada, assistência jurídica, contábil e médica, bem como seleção de pessoas e recursos humanos, treinamento de funcionários, auditoria, fornecimento de preparação de alimentos, transportes coletivos, seguro, informática, gráfica, atividades estas que deveriam ser, à primeira vista, subsidiárias as atividades-meio. (MARTINS, 2018, p. 61).

5.4 A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO CIVIL

Os principais contratos civis empregados na terceirização são a empreitada e a sub empreitada, regulados pelo Código Civil. Os contratantes devem estar imbuídos de probidade de boa-fé.

A liberdade de contratar será exercida nos moldes da função social do contrato (art. 421 do Código Civil). Nos ensina também, o art. 425 do Código Civil, que é lícito às partes estipular contratos atípicos observando as normas gerais fixadas neste código.

É de suma importância que o contrato seja realizado por escrito entre a empresa prestadora e a empresa tomadora de serviços, especificando quais são os direitos e deveres das partes, inclusive quanto à terceirização.

A empreitada é regulada no Código Civil, nos arts. 610 a 626, distinguindo-se da locação de serviço, tendo em vista que aquela contrata o resultado e está, contrata uma atividade, embora em ambas haja independência e autonomia na prestação de serviços.

A empresa terceirizante poderá contratá-lo para prestar serviços, por um prazo determinado, como, por exemplo, para a construção de uma obra, bem como apenas para um evento, podendo ser tão-somente para realizar uma instalação elétrica. (MARTINS, 2018, p. 68).

6 A TERCEIRIZAÇÃO LICITA E ILICITA

Nos moldes do ordenamento jurídico atual, não existe norma vedando a contratação de serviços por terceiros, mas, de modo geral, há dois limites a terceirização

- I) Os limites constitucionais;
- II) Os legais.

O III do art. 3.º da constituição consagra a dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional. Não obstante, essa regra precisa ser interpretada sistematicamente com o art. 170 da constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

- I - Soberania nacional;
- II - Propriedade privada;
- III - Função social da propriedade;
- IV - Livre concorrência;
- V - Defesa do consumidor;
- VI - Defesa do meio ambiente;
- VII - Redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - Busca do pleno emprego;
- IX - Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Prevendo o princípio da livre iniciativa, mostrando serem lícitos quaisquer serviços, como se observa no código civil ao tratar da prestação de serviços nos (arts. 593 a 609), e da empreitada (arts. 610 a 626), até mesmo porque os prestadores de serviços pagam impostos, como o ISS (lei complementar n.º 116/2003).

Nos ensina Sergio Pinto Martins 2018 que o lucro não pode ser considerado antissocial, pois é inerente à atividade econômica e decorrente do capitalismo. Ao obter lucro, a empresa cria empregos. A norma que trata do representante comercial autônomo, Lei n.º 4886, de 9 de dezembro de 1965, prevê uma atividade lícita e determina que o representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado informações detalhadas do andamento dos negócios a seu cargo, não se entendendo que esse procedimento represente subordinação, mas verificação da representação, de modo a expandir os negócios do representante e promover seus produtos (art. 28) (MARTINS, 2018, p. 213).

Os fatos apresentados mostram que nem sempre “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços” (inciso I da Súmula 331 do TST), salvo nas existências de fraude, caso em que se poderá falar que o vínculo de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, aplicando-se o art. 9.º CLT - Serão

nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

6.1 DISTINÇÃO

Conforme Sergio Pinto Martins (2018) é necessário, entretanto, estabelecer a distinção entre a terceirização lícita e ilícita ou terceirização legal e ilegal, para complementar o raciocínio da Súmula 331 TST.

A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que refere à locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores. (MARTINS, 2018, p. 214).

6.2 HIPÓTESES DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização é lícita, pois, toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição conforme art. 509 do código civil, “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

A terceirização busca apenas reduzir os custos da empresa, e essa é uma de suas principais vantagens, terceirizando processos, a empresa pode gastar menos com o desperdício de produtos e máquinas, além de ter um menor custo com rescisões, troca de funcionários, substituição nas férias e faltas. (MARTINS, 2018, p. 214).

É lícita toda terceirização realizada através de trabalhadores temporários (Lei n. 6.019/74), desde que não sejam excedidos os 180 dias de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora de serviço; em relação a vigilantes (Lei n. 7.102/83); de serviço de limpeza; da empreitada (artigos. 610 a 626 do Código Civil); da sub empreitada (art. 455 da CLT); da prestação de serviços (artigos. 593 a 609 do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme Lei Complementar n. 116/2003, pois, tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei

n.º 4.886/65); na compensação de cheques, feita por empresas especializada e desde que não haja subordinação e pessoalidade do trabalhador com o tomador de serviços; do estagiário, de modo a lhe propiciar a complementação de seus estudos, mediante a intervenção obrigatória da instituição de ensino (Lei n.11.788/2008); e às cooperativas (Lei n. 12. 690/2012), desde que não exista subordinação.

A Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos servidores de telecomunicação, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Permite o inciso II do art. 94 a concessionária: “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementar aos serviços, bem como a implementação de projetos associados”.

O serviço de instalação e manutenção de telefones é feito fora do âmbito da empresa de telecomunicação e com material fornecido pela prestadora de serviços.

O correspondente bancário não pode ter suas instalações semelhantes à da instituição contratante, inclusive logomarca e configuração arquitetônica (art. 10, II, Resolução n. 3.954/2011). (MARTINS, 2018, p. 182-213).

O art. 72 da lei n. 8.666/93 permite a subcontratação:

O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

A lei n. 11. 442/2007 permite a contratação de terceiros para transporte rodoviário ou cultural.

É também forma lícita de terceirização a de trabalho domicílio, desde que feito sob a forma de contratação de autônomo. Não é só na contratação de costureira, marceneiros, confeitores ou cozinheiras que se tem a terceirização, mas também em outros tipos de profissões, desde que haja efetiva autonomia do prestador de serviços. A contratação de trabalhadores avulso também é lícita, desde que exista a intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional. (MARTINS, 2018, p. 183).

O TST admite como lícita a prestação de serviços médicos por empresas conveniada, para efeito de abono de faltas dos trabalhadores (Súmula 282 do TST). A convenção n. 161 da OIT foi aprovada pelo decreto legislativo n. 86 de 14 de dezembro de 1989, sendo promulgado pelo decreto n. 127, de 23 de maio de 1991.

Tal convenção, que trata dos serviços de saúde do trabalho, em seu art. 7.º permite que os referidos serviços sejam organizados para uma só ou para várias empresas, o que mostra que as empresas que cuidam de assistência médica têm suas atividades consideradas lícitas, inclusive pela referida Convenção. A subempreitada também vem a ser uma forma de terceirização lícita, pois, é prevista, no art. 455 da CLT.

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

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

A terceirização legal é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal é a que se refere à locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores. (MARTINS, 2018, p. 184)

De acordo com o Professor Gustavo Cisneiro:

A terceirização será ilícita quando estiverem presentes a personalidade e a subordinação jurídica entre o trabalhador terceirizado e o contratante, hipótese também prevista na parte final do item III da Súmula 331 do TST. A terceirização será ilícita quando o contratante utilizar os trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços a terceiros (desvio de função, acúmulo de funções) – § 1.º do art. 5.º-A da Lei 6.019/1974.

A terceirização será ilícita quando a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) não atender aos requisitos previstos no 4.º, 5.º e 6.º da Lei 6.019/1974. (CISNEIRO. 2018)

Art. 4.º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

A terceirização será ilícita quando um ex-empregado do contratante passar a prestar serviços para o mesmo empregador na qualidade de terceirizado antes do decurso do prazo mínimo de dezoito meses, contados a partir da rescisão, o que inclui o prazo do aviso prévio, trabalhado ou indenizado (OJ 82 da SDI-1) – 5º-D da Lei 6.019/1974. (MARTINS, 2018, p. 214)

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Art. 5º O funcionamento da empresa de trabalho temporário dependerá de registro no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

A terceirização será ilícita quando a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) tiver como titulares ou sócios trabalhadores que tenham laborado, nos últimos dezoito meses, a contar do firmamento do contrato de terceirização, na qualidade de empregado ou trabalhador autônomo, para o contratante, salvo se já estiverem.

A terceirização será ilícita quando o contrato de terceirização, firmado entre a empresa prestadora de serviços a terceiros (empresa de terceirização) e o contratante, não atender aos requisitos previstos nos incisos do 5.º-B da CLT”. (CISNERO. 2018).

6.3 OBRIGAÇÕES

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego, principalmente a subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário de trabalho, não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deverá haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidade próprias de cada parte.

Desta forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos ao seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Há que se distinguir a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens, e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando o é nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos à prova, pois são especialista no que irão fazer. (MARTINS, 2018, p. 217-218)

Algumas regras podem se enunciadas para se determinar a licitude da terceirização, como:

- I) Idoneidade econômica da terceirização;
- II) Assunção de riscos pela terceirizada;
- III) Especialização nos serviços a serem prestados;
- IV) Direção dos serviços pela própria empresa terceirizada;
- V) Utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim;
- VI) Necessidade extraordinária e temporária de serviços.

Deve-se evitar a terceirização com pessoas físicas que exerçam individualmente suas atividades, inclusive ex-empregado que passe a trabalhar em sua residência, o que poderia dar ensejo à existência de contrato de trabalho em domicílio (art. 6.º CLT), desde que presente a subordinação. O mesmo pode-se dizer em relação à repetição das mesmas empresas prestadoras dos serviços ou sempre dos mesmos trabalhadores prestando serviços na tomadora, desde que evidenciada a subordinação.

Deve-se dar preferência para o terceirizado que seja pessoa jurídica, pois o contrato de trabalho forma-se, apenas, com pessoa física (art. 3.º CLT). O próprio ex-funcionário da empresa não deve, de preferência, ser contratado para a prestação de serviços terceirizados, mesmo rotulando-o na empresa de autônomo, podendo tal rótulo ser aplicado se os serviços não forem prestados no próprio local de trabalho, não houver exclusividade nem subordinação nos serviços prestados ao terceirizante. (MARTINS, 2018, p. 218)

7 CONCLUSÃO

É nítido que o tema em questão, é o principal meio de modernização das relações trabalhista, a terceirização implica na própria sobrevivência da empresa, tendo em vista a necessidade da diminuição dos custos gerais e operacionais. A nova Lei pode regularizar a situação já instalada de milhares de trabalhadores, que atuam sob a informalidade, respeitando, assim, os direitos e preservando a arrecadação previdenciária.

O setor de serviços é um dos grandes favorecidos pela nova legislação, principalmente em segmentos como estética, limpeza e conservação, turismo, educação e tantos outros que aguardavam ávidos por essas mudanças. Se, antes, a terceirização era viável apenas a atividades-meio, agora ela poderá ser adotada a atividades-fim, ou seja, uma escola terá professores terceirizados, sem que eles percam seus direitos trabalhistas. E, caso a empresa terceirizada não recolha as contribuições previdenciárias referentes ao funcionário ou não pague os salários e benefícios, a empresa tomadora de serviços é acionada, pois, é responsável em caráter subsidiário, garantindo, assim, que o trabalhador não tenha prejuízos.

A terceirização poderá ser utilizada pensando em melhora na qualidade dos produtos para as empresas. Isso acontece porque, ao contratar os serviços terceirizados, o empresário se torna capaz de manter o foco na sua atividade principal e, ao mesmo tempo, garantir benefícios para o desenvolvimento do seu negócio, visto que terá a possibilidade de terceirizar atividades a serem desempenhadas apenas por especialistas, com isso haverá melhora na qualidade das operações, boa produtividade nas principais áreas de atuação, otimização de seu tempo e, principalmente, redução nos custos gerais da organização.

Os abusos devem ser coibidos e as fraudes não podem ser toleradas por ninguém, é evidente que antes de se terceirizar uma atividade, é preciso uma boa análise por parte do empresário com o objetivo de reduzir os riscos e evitar que seja configurada uma situação de emprego com os empregados terceirizados.

É necessário sempre ter em mente que, se houver uma subordinação direta entre empregados e a empresa tomadora de serviços, a situação poderá ser caracterizada como ilicitude da terceirização. Dessa forma, existindo uma demanda trabalhista partindo do empregado terceirizado, a tomadora dos serviços poderá se

tornar responsável pelos débitos trabalhistas que a prestadora deixar de pagar para os funcionários.

É fundamental, portanto, investigar, antes de contratar, a empresa de terceirização. Sempre é importante solicitar certidões negativas referentes a tributos e encargos, referências comerciais e financeiras, ações trabalhistas em curso, certificações de qualidade (ISO:9001, por exemplo).

Entretanto, é necessário lembrar que a lei que trataria sobre o tema de forma específica encontra-se em trâmite no Senado Federal (Aguardando Apreciação pelo Senado Federal) projeto de lei PL 4330/2004, no qual poderia sanar todas as dúvidas e fechar todas as lacunas que causam impunidades e abusos aos trabalhadores, lesando direitos e ferindo princípios.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro De. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- BONAT, Debora. **Metodologia da Pesquisa**. Debora Bonat. 3.ED. — CURITIBA: IESDE BRASIL S.A.
- BOAVENTURA. M. Edivaldo. **Metodologia Da Pesquisa Monografia Dissertação Tese**. Edivaldo M. Boaventura. Ano: 2004 Editora: Atlas.
- CALADO, Daniel. **Os Princípios Basilares do Direito do Trabalho**. Artigos 2019. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/os-principios-basilares-do-direito-do-trabalho>. Acesso em 07.ago. 2019.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE; SÃO PAULO: MÉTODO, 2015 P. 486-487.
- CASTRO, RUBENS FERREIRA DE. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2000.
- CASTRO, Rubens Ferreira De. **A Terceirização No Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CISNEIRO. Gustavo. Juiz do Trabalho – TRT 6ª REGIÃO, **Terceirização Ilícita na Reforma Trabalhista**. 2018.
Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/07/10/terceirizacao-ilicita-na-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 07.set.2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **TERCEIRIZAÇÃO: O Imperativo das Mudanças**. BRASÍLIA: CNI, 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ED. São Paulo: LTR, 2014.
- DELIO. Maranhão, Carvalho. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1997.

ER SANTOS. Enoque Ribeiro dos. Desembargador do Trabalho do TRT – 1ª Região. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. O texto foi publicado na edição número 25 da Revista Fórum Trabalhista – **A Nova Lei da Terceirização – Lei nº 13.429/2017 Um Cheque Em Branco ao Empresário.** RFT. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/nova-lei-da-terceirizacao-lei-no-13-4292017-um-cheque-em-branco-ao-empresariado/>. Acesso em: 03. Jun.2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização: trabalho temporário, cooperativas de trabalho.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

JRL LOPES. José Reinaldo De Lima Lopes. Professor. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça Na História do Pensamento Jurídico Moderno.** 1994.

LEÃO XXIII, Papa. **Encíclica Rerum Novarum.** Dada em Roma, junto de S. Pedro, a 15 de maio de 1891, no décimo quarto ano do Nosso Pontificado. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_rerum_novarum.pdf. Acesso em 03.jun. 2019. Acesso em: 13.jun.2019.

LIMA. José Reinaldo de Lopes. Professor. **As Palavras E A Lei: Direito, Ordem E Justiça Na História Do Pensamento Jurídico Moderno.** Editora: Editora 34 : desp Local: São Paulo. Data de publicação: 2004

MANUS. Pedro Paulo Teixeira. Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho. **A terceirização Sob a Ótica da Súmula 331 do TST e o Entendimento do Supremo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/reflexoes-trabalhistas-terceirizacao-otica-sumula-331-tst-tese-stf>. Acesso em 09.ago. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho.** Luciano Martinez. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Direito do Trabalho - Brasil I. Título Página.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização No Direito do Trabalho**. Sergio Pinto Martins. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. 1 Terceirização Legislativa 2. Direito Do Trabalho I Título.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 15 Ed. São Paulo: Saraiva, 1998

PETRIN. Natalia. **Estudo Prático da Terceirização**. 2019. disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/terceirizacao/>. Acesso em: 23.jul.2019.

PORTAL STF. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental**. Processo sob processo sob o nº 9997591-98.2014.1.00.0000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 30. Ago.2019.

PORTAL CNI. Confederação Nacional das Indústria. **Terceirização**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/terceirizacao/o-que-e/>

SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Luís: Hélio B Santos, 2010.

TUROLLA. Rodolfo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Publicado em 30 de março de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/principios-do-direito-do-trabalho/>. Acesso em: 14. Jul. 2019.

ZILBERMAN, Bruno Vainer. **Breve Histórico Acerca das Constituições do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro**. 2010. Disponível em: [ttp://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161)
artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Controle_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf. Acesso em: 05. Jul. 2019.