

APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

*César Augusto Antônio**
*César Augusto Micheli***

1 INTRODUÇÃO

A terceirização é o meio pelo qual permite a uma empresa realizar a transferência de serviços e outras atividades, proporcionando, assim, maior disponibilidade de recursos e trabalho qualificado para determinada demanda, com o objetivo de reduzir valores e agregar maior qualidade ao produto final.

A terceirização é regulada pela lei 6.019/1974, Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Lei 13.429/2017, conhecida como “Lei da Terceirização”, sendo que o objetivo desta lei foi a junção da Lei 6.019/74, com a terceirização permanente, uma vez que a lei do trabalho temporário não trava a terceirização permanente.

*Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

**Mestre em Teoria do Direito e do Estado e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIVEM de Marília. Advogado. Docente e Coordenador do NPJ, Estágio e SAJU (Serviço de assistência jurídica à comunidade carente) do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru/SP - FIB.

Desde o projeto até a sanção, em 31 de março de 2017, a lei provocou polêmica em função do contido na Súmula 331, item III, do TST, que somente permitia a terceirização de atividade meio, trazendo possibilidade de quarteirização e afastando direitos fundamentais dos trabalhadores.

2 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 estudada de acordo com a noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo. É possível compreender o desenvolvimento de certo instituto ou tema no decorrer dos anos, o que se mostra uma necessidade premente, segundo as lições do jurista Waldemar Ferreira (SARAIVA, 1992 v1.p1). “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.

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 corporações precisavam se colocar novamente dentro do mercado competitivo de forma intensa, analisando as possibilidades, e acabaram descobrindo saídas para entrar de forma intensa na indústria. Foi introduzido o *downsizing*, que nada mais é do que a redução dos níveis hierárquicos, enxugando o organograma e reduzindo o número dos ofícios no quadro de empregados, 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.

De acordo com Sergio Pinto Martins (2018.p.22):

O instituto da terceirização é apresentado com maior grau em quase todos os países do mundo que frisa a especialização de serviços e mão de obra nas empresas. Assim gera a terceirização novas vagas de emprego, novos empreendimentos a atividades aprimorando, delegando a terceiros a realização de serviços em que não são especializados.

A terceirização ou “outsourcing” ela se dissocia da regra clássica trazida pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, saindo da configuração linear bilateral, em que de um lado temos a empresa contratante e do outro o trabalho contratado.

No Brasil a noção de terceirização foi introduzida através da Consolidação das Leis Trabalhista na era Vargas, nos contratos de Empreitada e Subempreitada, mas, ainda não havia a denominação terceirização. Após, houve a edição do decreto 200 de 1967 no qual no seu art. 10, versa sobre a descentralização da administração pública em âmbito federal.

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, espécie de terceirização temporária. Ademais o objetivo de tal lei fora para que os trabalhadores que não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como estudantes, jovens em período de prestação do serviço militar, donas de casa 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).

2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é a externalização da produção, ou seja, ao invés de uma empresa realizar determinada atividade, contrata-se uma empresa terceirizante, 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.

Destarte, Sergio Pinto Martins traz o seguinte ensinamento (2018. p. 31):

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.

As lições do professor Hélio Santos (2010. p. 123), terceirizar 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

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.p.47):

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.

2.2 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.

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 quais 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 pessoalidade 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. Não obstante, considera-se inaceitável que o tomador de serviços comande a atividade do trabalhador terceirizado, visto que, geraria subordinação, levando ao reconhecimento da relação de emprego,

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 (2013, p. 357).

2.3 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. p.455):

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.

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 (2015.p. 486-487), apresenta críticas consistentes nesse sentido, as quais merecem ser estudadas. 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.

De acordo com Pedro Paulo Teixeira Manus, Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho:

A regulamentação da terceirização no Brasil, destaca-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.

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.

3 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.

Conforme Sergio Pinto Martins (2018. p. 181-184).

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.

Conforme Dr. Enoque Ribeiro dos Santos, desembargador do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho, em seu artigo (A Nova Lei da Terceirização – Lei nº 13.429/2017 Um Cheque Em Branco ao Empresário disponível em /www.editoraforum.com.br/noticias/nova-lei-da-terceirizacao): traz que uma nova lei por envolver pessoas hipossuficientes, não pode afastar realizações de anos de batalha, abrangidos com labor lagrimas e muita luta sindical, na argumentação discente e na criação de jurisprudência de nossos Tribunais. Ademias, deve-se harmonizar e ser escrita a luz do poder político, em um Estado Democrático de Direito. Destarte, não faz acepção que esta nova lei não analise os conceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da função social do contrato, da propriedade e do meio ambiente.

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.

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.

Conforme Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017,p.13-14):

A 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.

3.1 ATIVIDADE-FIM

De acordo com Sergio Pinto Martins (2018.p. 218): 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.

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:

Sergio Pinto Martins (2018, p. 165):

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.

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.

3.2 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.

3.3 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).

3.4 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).

4 A TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

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.

Prevedo 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.

4.1 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 conveniadas 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 pessoalidade 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.

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”.

4.2 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).

5 CONCLUSÃO

É nítido que o tema em questão é o principal meio de modernização das relações trabalhistas. 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 na melhora da 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 cursos, 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

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.

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: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 05. Jul. 2019.