

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

INGRID DUTRA MAFRA

**TERCEIRIZAÇÃO E VÍNCULO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DE
DIFERENCIAÇÃO**

Florianópolis

2013

INGRID DUTRA MAFRA

TERCEIRIZAÇÃO E VÍNCULO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DE
DIFERENCIAÇÃO

Trabalho De Conclusão apresentado ao Curso
de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leilane Mendonça Zavarizi Da Rosa

Co-orientador: Prof. Dárlen Prietsch Medeiros

Florianópolis


2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Terceirização e vínculo de emprego: critérios de diferenciação**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Ingrid Dutra Mafra**, defendida em **03/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9 (Nove), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2013.



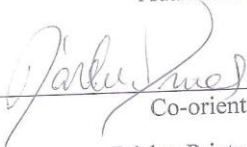
Professor(a) Orientador(a)
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa



Membro de Banca
Jazam Santos



Membro de Banca
Adailton Pires Costa



Co-orientadora
Dárlen Prietsch Medeiros

Ninguém respeita a Constituição.
Mas todos acreditam no futuro da nação.
Que país é esse?
(Renato Russo)

AGRADECIMENTOS

Ao todo criador, Deus, que está acima de todas as coisas deste mundo. Concebendo sempre os nossos desejos e vontades, mesmo quando de forma oculta.

Àqueles a quem dedico este trabalho, minha mãe Nice e meu pai Sérgio, pelo exemplo que têm sido para minha vida. Agradeço por todo o incentivo e pela presença diária em minha vida.

À minha família que, cada um a sua maneira, me incentivou a seguir no “mundo jurídico”.

Ao Bruno, meu namorado, por todo suporte, carinho, amor, atenção, paciência e dedicação. Enfim, por ser o melhor namorado que alguém poderia ter.

Aos amigos da faculdade, em especial Jéssica Formento, Flávia Besen, Elise Beirão, Nayara Azevedo, Bruno Hochheim, Jean Bueno, dentre outros que me ajudaram nessa caminhada rumo ao diploma.

À Cristiane Fortkamp que, na minha infância, trouxe a primeira “imersão” ao mundo jurídico e me inspirou a fazer direito.

Á todos aqueles que de forma presencial ou à distância, com ações ou em pensamento, participaram ou contribuíram para a elaboração deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Na presente monografia, analisa-se a diferença entre vínculo de emprego e terceirização na prestação de serviços. O vínculo de emprego decorre da relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador, consoante os seus elementos caracterizadores que são: subordinação, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e pessoa física. Por sua vez, terceirização corresponde a uma parceria entre empresas, sendo uma tomadora, e a outra prestadora de serviços, envolvendo no processo de terceirização os seguintes elementos: especialização do trabalho, direção da atividade e idoneidade econômica da empresa prestadora, não devendo haver entre as empresas envolvidas na relação jurídica nenhum tipo de fraude. A terceirização, como contratação da prestação de serviços de uma pessoa jurídica em favor de outra pessoa jurídica, vem sendo largamente utilizada e, não havendo expressa regulamentação legal, possibilita, ou dá margem à interpretação errônea quanto às características desse contrato. A questão central da presente dissertação é a tentativa de esclarecer o entendimento equivocado de que se trata de relação com vínculo empregatício. A terceirização é uma prática consagrada em nosso sistema econômico e jurídico. Necessita, contudo, da elaboração de uma legislação que garanta os direitos dos trabalhadores e empregadores envolvidos, principalmente porque, moldando-se aos novos reclamos das necessidades trabalhistas, possibilita, ainda, um desenvolvimento econômico-social, suprimindo, cada vez mais, as lacunas deixadas ao longo do tempo de sua evolução, tornando-a mais eficaz.

Palavras-chave: direito, trabalho, terceirização, empregado, empregador.

ABSTRACT

In the present paper it analyses the difference between employ entail and the services rendered third parties in the service installment. The employ entail elapses from the juridical relation established between employee and employer according as theirs elements that characterize and they are: subordination, personality, non-fortuity, onerous ness and the physics person. The services rendered by third parties corresponds at a partnership among enterprises being a taker enterprise and the elements: the specialization of the work, the direction of the activity and the giver enterprise's economical fitness. It ought not to have between the involved enterprises none type of deceit. The services rendered by third parties (installment of services by a juridical person to another juridical person) they are used. Because there isn't legal regulation of the characteristics of this paper is the endeavor to clear up the mistake to be a relation with employ entail. The services rendered by third parties are a practice in the juridical and economical system. It needs however of legislation that guarantees the rights of the worker and the employers, mainly because molding itself at the new claims of the labor necessities, it makes possible the social and economical development, supplying permitted gaps during this evolution and becoming more efficacious.

Key words: law, work, services rendered by third parties, employee, employer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. LEVANTAMENTO HISTÓRICO	11
1.1.Evolução mundial do Direito do Trabalho	11
1.2.Revolução Industrial	14
1.3. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil	15
1.4. Globalização e a origem da terceirização	17
1.5. Edição da Lei 6.019/74 e do Enunciado 331/TST	20
2. VÍNCULO DE EMPREGO	22
2.1.Relação de trabalho e relação de emprego	23
2.2.Elementos caracterizadores de vínculo de emprego	23
a) Prestação de trabalho por pessoa física	23
b) Pessoalidade.....	24
c) Onerosidade.....	25
d) Não eventualidade.....	25
e) Subordinação.....	26
2.3.Conceitos de empregador e empregado.....	26
2.3.1. Conceito de empregador.....	27
2.3.2. Conceito de empregado.....	28
2.4.Princípios do Direito do Trabalho.....	28
2.4.1. Princípio da proteção	30
• <i>In dubio pro operário</i>	31
• <i>Aplicação da norma mais favorável</i>	32
• <i>Condição mais benéfica</i>	32
2.4.2. Princípio da irrenunciabilidade.....	34
2.4.3. Princípio da continuidade da relação de emprego.....	36
2.4.4. Princípio da primazia da realidade.....	37

3. TERCEIRIZAÇÃO E VÍNCULO DE EMPREGO.....	38
3.1. Conceitos de terceirização.....	38
3.2. Terceirização e vínculo de emprego.....	41
4. AS RELAÇÕES ENTRE A EMPRESA TOMADORA E EMPRESA PRESTADORA.....	46
4.1 Atividade-meio e atividade-fim.....	46
4.2. Licitude da terceirização.....	48
4.3. Contrato de prestação de serviço.....	53
4.4. Responsabilidade das empresas perante os empregados na terceirização.....	55
4.4.1. Breve histórico do termo responsabilidade civil.....	56
4.4.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.....	58
• <i>Responsabilidade civil subjetiva</i>	58
• <i>Responsabilidade civil objetiva</i>	60
4.4.3 Responsabilidade civil das empresas envolvidas na terceirização frente aos empregados da empresa prestadora de serviços.....	63
4.5. Enunciados 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	64
4.5.1. Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho.....	65
4.5.2. Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76

INTRODUÇÃO

Na presente monografia, tem-se como objeto analisar quais são os principais critérios diferenciadores entre a terceirização e o vínculo de emprego à luz dos preceitos do Direito do Trabalho brasileiro. Verifica-se que a terceirização, forma de contratação bastante difundida nos últimos tempos, trouxe soluções, mas pode, também, ser origem de conflitos entre empregados e empregadores.

As contínuas mudanças sociais exigem uma adaptação permanente do Direito para que os nossos problemas tenham soluções adequadas. Especificamente no Direito do Trabalho, ocorrem reflexos dessas mudanças, como acontece com a chegada da terceirização, fazendo surgir novas necessidades legislativas. Essas teriam a função de proteger o trabalhador e dar segurança ao empregador nas tomadas de decisão, quando da descentralização de suas atividades empresárias.

Ao longo do trabalho pretende-se avaliar a importância da terceirização e as implicações jurídicas decorrentes de sua prática. Pretende-se fazer uma distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego, pois ao Direito do Trabalho não é todo trabalho que interessa; interessa-lhe aquele subordinado, por conta alheia, que leva à relação de emprego.

No capítulo 1, inicialmente, verifica-se a evolução do Direito do Trabalho em nível mundial e no Brasil, bem como a influência da globalização na prática da terceirização.

No capítulo 2 do presente trabalho trata-se do conceito de empregado e dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, destacando o elemento subordinação como um critério definidor da relação com vínculo empregatício.

Para finalizar o capítulo 2, abordam-se os princípios que fundamentam o referido vínculo entre empregado e empregador, tais como: o princípio da proteção, o qual está subdividido em in dubio pro operário, da aplicação da norma mais favorável e da condição mais benéfica; o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade e o princípio da primazia da realidade.

No capítulo 3, estuda-se o fenômeno da terceirização, cuja aplicação vem ocorrendo de forma crescente e constante no meio empresarial, preocupando-se especialmente com os níveis econômicos e jurídico, uma vez que interferem nas relações trabalhistas. Examina-se o conceito de terceirização e o modo como se forma o vínculo de emprego nesse caso.

Finalmente, no capítulo 4, examina-se a diferenciação entre a atividade-meio e a atividade fim, a licitude e a responsabilidade (quanto aos direitos trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação de serviços) existentes e nas empresas.

Percebe-se, ainda, a falta de legislação pertinente à terceirização de serviços havendo apenas o entendimento jurisprudencial a cerca da terceirização nos enunciados do Tribunal Superior do Trabalho.

Existe em relação ao contrato de prestação de serviços, existente entre as empresas envolvidas na terceirização, a possibilidade de interpretação errônea quanto às suas características, dando margem a um entendimento equivocado, ou seja, que se trata de uma relação empregatícia.

Devido a esse tema apresentar divergências quanto às atividades que podem, ou não ser terceirizadas e quanto à existência, ou não do vínculo de emprego, o objetivo a ser buscado, ao final desse trabalho, é o de despertar debates na sociedade, levando à compreensão da necessidade de proteger os direitos trabalhistas dos empregados envolvidos no processo de terceirização sem impedir, contudo, o exercício do direito da livre iniciativa e o desenvolvimento empresarial.

1. Levantamento Histórico

Tendo em vista o tema proposto, faz-se necessário um breve histórico do trabalho até o surgimento do Direito do Trabalho. Inicialmente cabe uma apresentação a nível mundial e, posteriormente, a nível nacional. Em seguida será abordada a influência da globalização da economia no surgimento da terceirização no Brasil.

1.1. Evolução mundial do Direito do Trabalho

Para Russomano "o Direito do Trabalho é de formação legislativa e científica recente. O trabalho, porém, é tão antigo quanto o homem." ¹

O trabalho sempre fez parte da vida humana, apresentando-se de diferentes formas, de acordo com a evolução e a cultura de cada civilização. Primitivamente, a busca pelo alimento era a exteriorização do trabalho e da mão-de-obra não remunerada, mas subsistencial, pois o homem é conduzido pela necessidade de satisfazer a fome, de garantir a sua defesa pessoal ou o ataque.

Nesse período, a fabricação de lanças e machados era feita com ossos de animais, para utilização na caça ou nas lutas contra outros homens.

Inicialmente, o homem, ao lutar contra adversários, tinha o intuito de matá-los. Mais tarde, percebeu que escravizá-los era mais interessante, pois assim usufruiria de seu trabalho e (mão-de-obra), nascendo, assim as primeiras relações de trabalho forçado, chegando a ponto de alguns historiadores afirmarem que as civilizações grega e romana foram construídas com o trabalho realizado pelos escravos. ²

Sendo a escravidão, portando, uma das formas iniciais de trabalho, utilizada pela humanidade, foi amplamente utilizada desde a Antiguidade até o início da Idade Contemporânea.

Em meio à realidade da escravidão, o trabalho escravo apresenta-se num cenário de total desrespeito e ausência de proteção ao trabalho humano.

Nesse sentido, Guedes afirma que "O Direito romano resolve formalisticamente a questão, posicionando o escravo dentre os bens móveis; o escravo era considerado uma 'coisa'." ³

¹ RUSSOMANO. Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21.

² CUNHA. Maria Inés Moura S. A. da. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 2.

³ GUEDES. José Antonio Cügula. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 5.

O trabalho executado pelos escravos, que não eram considerados sujeitos de direitos, não tinha nenhuma proteção, muito menos trabalhista, eis que o segundo grande parte da doutrina, não há que se falar em direito do trabalho enquanto a mão de obra predominante era formada por trabalhos executados por escravos, pois o trabalho livre é pré-requisito para o Direito do trabalho.

Vianna, afirma que naquele tempo a escravidão era considerada coisa justa e necessária, tendo, inclusive, o filósofo Aristóteles afirmado que “para conseguir cultura, era necessário ser rico e ocioso e que isso não seria possível sem a escravidão.”⁴

Naquela época, o trabalho era considerado desonroso para os homens livres, sendo que aos escravos cabia todo e qualquer serviço manual e exaustivo.

Durante a Idade Média (476 a 1453), época do Feudalismo, surge uma outra forma de prestação de trabalho, a servidão⁵. Nessa modalidade, o trabalhador deixa de ser considerado escravo, na completa expressão do termo, passando a ser considerado o servo⁶ da gleba, embora também não dispusesse de plena liberdade, estava preso à terra e devia inúmeras obrigações ao senhor feudal. Os servos entregavam grande parte da produção em troca de proteção militar e política do senhor feudal.

Em fase posterior, já no final da Idade Média, as servidões foram se extinguindo, e a população começou a se concentrar nas cidades, como um meio de fuga do poder dos nobres o qual era quase absoluto no campo. É nessa fase da história que surgem as chamadas *corporações de ofício*.

Nesse sentido, Vianna assina:

O homem, que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão, em forma organizada, se bem que ainda não gozando da inteira liberdade. É que, senhor da disciplina, não só profissional, mas também pessoal do trabalhador, surgia à figura do “mestre”.⁷

⁴ VIANNA, SEGADA. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr. 2000, p. 28.

⁵ Servidão: regime de trabalho característico do Feudalismo, onde o homem se encontrava ligado à propriedade latifundiária de um senhor. Nesse sistema, o indivíduo não tinha a condição jurídica do escravo, mas não dispunha da sua liberdade.

⁶ Servo: Do latim *servus* (*servo*, escravo) é o que está sujeito ou submetido a uma servidão.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 756.

⁷ VIANNA, op. cit., p.31.

Nesse plano em que se encontravam as *corporações de ofício*, a estrutura interna da corporação estava dividida em três categorias: os mestres, os companheiros, e os aprendizes.

Os mestres eram os proprietários das oficinas, senhores que já haviam passado pela obra-mestra. A esses pertenciam os lucros e os produtos fabricados, eram a classe dominante, pois eram donos da matéria-prima e das ferramentas. A elevação à categoria de mestre estava condicionada não só às exigências do estatuto da corporação, mas também às do mercado, que limitava o número de mestres.⁸

Os companheiros, trabalhadores que, terminado o aprendizado, não puderam chegar à categoria de mestre, recebiam uma gratificação dos mestres (dinheiro), pelos serviços prestados.

Quanto aos aprendizes, eram os menores, que recebiam ensino metódico do ofício, ou da profissão e moravam na própria corporação. "A aprendizagem era um sistema duro de trabalho: e os mestres impunham aos aprendizes um regime férreo de disciplina, usando, largamente, os poderes que lhe eram conferidos pelas normas estatutárias da corporação".⁹

Naquele momento pode-se dizer que se iniciam traços de trabalho livre, embora com o objetivo de atender aos interesses das corporações e não conferir qualquer proteção aos trabalhadores.

Ainda nessa direção. Vianna completa:

A liberação do trabalhador teria de se fazer mais tarde como consequência da revolução industrial e da generalização do trabalho assalariado, numa nova luta, não mais contra o senhor da terra nem contra o mestre da corporação, e sim contra um poder muito maior, o patrão, o capitalista, amparado pelo Estado, na sua missão de mero fiscal da lei e aplicador da justiça.¹⁰

Em um período posterior ao corporativismo, tem-se o chamado regime de manufaturas, caracterizado pelo monopólio concedido pelo Príncipe a determinado produtor. Esse, para o desenvolvimento do seu empreendimento, admitia trabalhadores, pagando-lhes remuneração, que era fixada unilateralmente por aquele, e os trabalhadores simplesmente aderiam aos atos constitutivos da manufatura.

⁸ CUNHA, op. cit., p. 8.

⁹ RUSSOMANO, op. cit., p. 24.

¹⁰ VIANNA, op. cit., p. 32.

Com a Lei Chapelier, de 17 de março de 1791, que determinou o fim das corporações, começa a execução prática da ideia do trabalho livre.

No decorrer dos séculos, o Direito do Trabalho foi se desenvolvendo e passou a ser uma reivindicação dos trabalhadores na maioria dos países.

1.2. Revolução Industrial

O Direito do Trabalho começa a dar seus primeiros passos no século XVIII, com o surgimento da Revolução Industrial. A principal causa econômica do surgimento dessa revolução foi a invenção da máquina a vapor, substituindo a força humana. Esse sistema impossibilitou a continuidade das velhas estruturas do servilismo e do corporativismo e a era industrial, economicamente capitalista, faz nascer o trabalho assalariado, mudando a estrutura no campo do Direito. Esse tipo de trabalho reside no binômio: prestação de trabalho *versus* recebimento de salário como contraprestação do trabalho.

Nesse cenário Vianna leciona que

a invenção da máquina e sua aplicação à indústria iriam provocar a revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores: primeiramente a máquina de fiar, [...] o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho. tudo isso iria importar na redução da mão-de-obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários.¹¹

Nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começam a se reunir e associar para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas, que eram de 12, 14, 16 horas diárias e contra a exploração de menores e mulheres, considerados meias-forças e que se sujeitavam a receber salários ínfimos e a trabalhar jornadas exaustivas para poder entrar no mercado de trabalho.

Até esse momento o Estado era abstencionista, ou seja, não intervinha nas relações entre empregados e empregadores. No período durante e pós-guerra, inclusive pelas repercussões desta em termos de miséria etc... surge a preocupação maior com a

¹¹ Ibidem, p. 32.

proteção dos direitos humanos, aí incluída a proteção com o trabalho.. A partir de então o Estado torna-se intervencionista, ou seja, começa a intervir nas relações de trabalho.

A primeira Constituição a tratar do tema foi a do México, em 1917, que no seu artigo 123 estabelecia jornada diária de 8 horas, proibição do trabalho de menor de 12 anos, limitação de 6 horas diárias para o menor de 16 anos, descanso semanal remunerado, proteção à maternidade, salário mínimo, jornada de 7 horas para trabalho noturno, direito à sindicalização e à greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho.

Em 1919 surge o Tratado de Versalhes, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que iria proteger as relações de trabalho entre empregados e empregadores no âmbito internacional (expedindo convenções e recomendações).

Ainda que presentes muitos fatos relevantes no cenário mundial do período, passa-se a análise da evolução do Direito do Trabalho no Brasil.

1.3. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

A história do Direito do Trabalho no Brasil não apresenta as mesmas características de origem e desenvolvimento que deram causa ao mesmo na Europa. Nessa esteira, Gomes e Gottschalk referem que

a rarefação de sua população relativa, a explosão de seus centros habitacionais, os resíduos do tradicional sistema colonial, a lenta formação de um mercado interno autossuficiente, a persistente dependência de um comércio exterior de base colonial, uma infraestrutura industrial e profissional rarefeita e ganglionar, uma legislação trabalhista antiliberal não têm permitido ao nosso país criar um Direito do Trabalho com as mesmas características dos povos europeus e outros americanos.¹²

No período compreendido entre o descobrimento e o ano 1888, o país conheceu a escravidão como a principal forma de trabalho. Toda a atividade agrícola era realizada pelos escravos. Inicialmente, os portugueses tentaram escravizar os índios, mas com a

¹² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 6.

negativa desses o Brasil começa a importar negros africanos que serviam de escravos em todas as atividades laborativas.¹³

A abolição da escravatura começou com a impossibilidade legal do tráfico negreiro, associado ao surgimento das campanhas abolicionistas. Somente em 13 de maio de 1888, foi assinada a Lei Áurea, que legalmente eliminou a escravidão no Brasil.

A Abolição da Escravatura e, posteriormente, a Proclamação da República, propiciaram uma nova concepção de sociedade, fazendo brotar um sentimento de indignação com as condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores.

As transformações que vinham ocorrendo na Europa - em decorrência da Primeira Guerra Mundial e da criação da OIT em 1919 - incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país. Existiam muitos imigrantes no Brasil, que vieram dar origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e de salário.

Em 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, surge uma política trabalhista, idealizada por Getúlio Vargas. Esse ministério passou a expedir decretos sobre profissões, sobre o trabalho da mulher (1932), sobre o salário mínimo (1936) e criou a Justiça do Trabalho em 1936.¹⁴

Já existiam algumas leis trabalhistas, como a do trabalho de menores de 1891, sobre a organização dos sindicatos rurais de 1903 e urbanos de 1907. Embora existissem ditas leis, a primeira Constituição nossa a tratar do Direito do Trabalho – embora tenha durado apenas 3 anos - foi a de 1934, na qual era garantida a liberdade sindical, a isonomia salarial, a jornada diária de 8 horas, a proteção ao trabalho da mulher e do menor, o repouso semanal remunerado e as férias anuais remuneradas.

Corno existiam várias normas esparsas regulando as relações trabalhistas, houve a necessidade de sua sistematização. Para tanto, foi editado em 10 de maio de 1943, o Decreto-lei 5.452, que aprovava a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O objetivo da CLT foi apenas o de reunir as leis esparsas e existentes na época, consolidando-as. Não se trata, entretanto, de um código, pois desse presume-se um direito novo.

¹³ Ibidem, p. 6.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

Na Constituição de 1946, encontra-se a participação dos trabalhadores nos lucros (artigo 157,V), a estabilidade, o direito de greve e outros que já estavam presentes na norma anterior.

Surgiram novas leis ordinárias tais como: décimo terceiro salário (4.090/62); salário-família (4.266/63); domésticos (5.859/72); rural (5.889/73); temporários (6.019/74) e outras normas.

Em 5 de outubro de 1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata dos direitos trabalhistas nos seus artigos do 70 ao 11, Capítulo II, "Dos Direitos Sociais", Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", ao passo que, nas Constituições anteriores, os direitos trabalhistas eram sempre inseridos no âmbito da ordem econômico-social.

1.4. Globalização e a origem da terceirização

O fenômeno da globalização da economia pode-se dizer que não é novo, pois mesmo antes da Primeira Guerra Mundial já havia o comércio internacional, com circulação de bens, mercadorias e investimentos privados inclusive no Brasil, facilitando o desenvolvimento de uma nova realidade, que afetou as relações de trabalho.¹⁵

Nascimento leciona que os efeitos da globalização sobre os empregos foram em mais de um sentido:

a) o da sua redução geral; b) o da sua ampliação setorial, decorrência das transformações da sociedade industrial para a pós-industrial, com a criação de novos setores produtivos, que advieram das tecnologias modernas e do crescimento do setor de serviços, hoje maior do que o industrial, com a transferência dos setores industriais de países desenvolvidos para os emergentes; c) a descentralização das atividades da empresa para empreendedores periféricos, por meio das subcontratações; d) a informatização do trabalho da pessoa física, com o crescimento do trabalho autônomo e o uso de formas parassubordinadas de contratação do trabalho; e) a requalificação profissional do trabalhador, com a valorização do ensino geral e profissional.¹⁶

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 46.

¹⁶ *Ibidem*. p. 49.

Os reflexos da globalização sobre os empregos ocorrem a nível mundial, principalmente no Brasil, atingindo os trabalhadores em diferentes sentidos, inclusive no que se refere à descentralização das atividades pelas empresas, em virtude da necessidade de redução de custos, melhor produtividade e conseqüentemente melhor competitividade, fazendo com que a terceirização adquiri-se amplitudes antes desconhecidas no Direito brasileiro.

Sabendo-se que o trabalho sempre existiu, embora houvesse diferentes formas de valorizá-lo em decorrência das transformações econômicas verificadas no mundo inteiro, que impuseram um modelo de produção cada vez mais ágil e com especialização das atividades, mais um fator determinante fez com que surgisse a terceirização.

Acompanhando a tendência de especialização, a terceirização aparece como gerador de novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as. Desta forma, as empresas delegam à terceiros a execução dos serviços que não se especializaram e exercem apenas as atividades nas quais se aprimoraram.

Inicialmente, durante a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, tem-se uma ideia de terceirização, uma vez que as empresas fabricantes de armas vendo-se sobrecarregadas com a demanda começaram a delegar atividades a terceiros, no intuito de aumentar a produção.¹⁷

É um fenômeno decorrente da revolução no padrão de produção trazido pela microeletrônica. Abandona-se o modelo fordista, fundamentalmente verticalizado e passa-se a horizontalizar a produção. A terceirização expressa um novo estágio no processo de acumulação de capital. Com esse procedimento, as empresas procuram concentrar sua atividade naquilo que é o segredo ou a alma do negócio, o que é denominado focalização. A gestão empresarial é facilitada, haja vista que o ordenamento da produção simplifica-se. Com isso torna-se possível que a empresa contratante dos serviços de terceiro se ocupe com a execução do negócio principal, com sua atividade-fim.

No pós-guerra, a terceirização passa a ser uma alternativa para diminuir o desemprego que atingiu a sociedade, quando os países passavam por crises econômicas,

¹⁷ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTr., 1996. p.70.

e o empresário procurava diminuir os custos de sua empresa, Dessa forma a terceirização passou a atingir todos os países em maior ou menor escala.¹⁸

Para o Brasil, a terceirização foi trazida pelas multinacionais, principalmente pela indústria automobilística, que, no final da década de 50, passou a contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, procedendo apenas a montagem final do veículo.

Leiria ratifica o exposto:

A prática de contratar terceiros surgiu nos Estados Unidos, antes da II [sic] Guerra Mundial, e consolidou-se como técnica de administração empresarial a partir da década de cinquenta, com o desenvolvimento acelerado da indústria. No Brasil, a rotina da terceirização foi introduzida pelas fabricas multinacionais de automóveis, que, tendo agilidade como meta, nada mais são do que montadoras, intencionalmente dependentes da produção de peças entregue a outras inúmeras empresas.¹⁹

O processo de terceirização, segundo Cavalcante Junior, passa por um aperfeiçoamento, pois urna vez iniciada como uma forma de redução de custos, agora é lida como uma forma de o empresariado se organizar e se tornar mais competitivo:

A antiga contratação de terceiros passa por um processo de aperfeiçoamento, deixando de ser apenas uma forma de redução de custos, mas também, e, sobretudo, técnica que visa à qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade, o que, no Brasil, passou a ser chamado de terceirização, fenômeno que vem sendo aplacado em escala considerável de nossa economia.²⁰

Na terceirização, uma empresa, a prestadora, assumira o serviço ou atividade terceirizada, possibilitando que a empresa tomadora dos serviços possa se dedicar às

¹⁸ Citam-se como exemplo de países que utilizam a terceirização: a França, o Japão, os Estados Unidos da América, a Argentina, a Venezuela, o México, a Espanha, a Itália, a Coréia do Sul, o Taiwan, o Hong Kong, a Cingapura e outros.

¹⁹ LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. Porto Alegre: Ortiz, 1991. p. 20.

²⁰ CAVALCANTE JUNIOR, op. cit., p. 71.

suas atividades essenciais, com maior eficiência, especialização, eficácia e produtividade.

No Brasil, a terceirização foi adotada inicialmente no âmbito da administração de empresas, posteriormente foi também utilizada pela administração pública que destinou atividade que não lhe é essencial a outras pessoas que são mais competentes na prestação de serviços, podendo fazê-la por um custo menor.

Leiria *in* Prunes nos aclara o contexto e que se situa a prestação dos serviços públicos:

“ Nos últimos anos, inspirado nos exemplos do Primeiro Mundo (Estados Unidos e quase todos os países da Europa), assim como no México, e no sucesso das empresas privadas, também o setor público passou a adotar a nova alternativa de administração, embora de maneira dispersa. União, estado e município há muito que usam terceiros na construção de estradas, coleta de lixo, transporte público, recebimento de taxas e impostos.

Os benefícios para o setor público, constantemente acusado de ser máquina emperrada ou se constituir em cabide de empregos são claramente detectáveis. A terceirização enxuga quadros superlotados e sem função, ao mesmo tempo que garante à comunidade um serviço eficiente.

[...] É claro que o Estado permanece com o compromisso primordial de garantir através de uma honesta concorrência pública e de fiscalização, os bons serviços que podem ser prestados à população”.²¹

1.5. Edição da Lei 6.019/74 e do Enunciado 331/TST

Em 1973, verificava-se no Brasil que a locação de mão-de-obra vinha se tornando frequente. As empresas tinham por objetivo conseguir mão-de-obra mais barata, não pretendendo se furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visavam proteger o trabalhador. Nesse contexto é que surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização, a Lei nº 6.019/74, que regulou a prática do trabalho temporário que já era utilizado em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização.

Muitos foram os problemas que surgiram em virtude de posições políticas e enfoques sócio-econômicos em relação ao trabalho temporário ou intermediado. Com a

²¹ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 100.

edição da Lei nº 6.019/74 e a imensa quantidade de litígios dela decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho viu-se impelido a editar o Enunciado nº 256.

Posteriormente, o Enunciado nº 256 foi cancelado e substituído pelo Enunciado nº 331:

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.²²

A Edição do Enunciado nº 331 do TST teve como referências o Decreto-Lei nº 200/67, art. 10, §7º, Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único, Lei nº 6.019/74, Lei nº 7.012/83; Constituição Federal, art. 37, II.

²² Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331

2. VÍNCULO DE EMPREGO

O presente capítulo se inicia pela abordagem da distinção entre o contrato de trabalho e contrato de emprego, partindo da análise das partes: empregado e empregador. Abordam-se, também, os princípios que fundamentam o referido vínculo entre os mesmos, tais como: o princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade e o princípio da primazia da realidade.

2.1. Relação de trabalho e relação de emprego

Segundo Maurício Godinho Delgado, relação de trabalho é “toda relação jurídica caracterizada por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano²³.”

Assim, a relação de trabalho corresponde a qualquer forma de contratação de trabalho humano que seja admissível entre os particulares, ou seja, toda forma de contratação que não seja vedada em lei²⁴.

A relação de trabalho é gênero - alcançando toda modalidade de trabalho humano - ao passo que a relação de emprego (relação de trabalho subordinado) é espécie, ou seja, relação de emprego é apenas uma das modalidades da relação de trabalho, e ocorrerá sempre que preenchidos os requisitos legais específicos, que estão previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) ²⁵

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (...) ²⁶

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p.265.

²⁴ CRFB/88, art. 5º,II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²⁵ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

²⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

Relação de emprego é a relação de trabalho subordinado, isto é, vínculo de trabalho humano sob subordinação. Porém subordinação não é o único requisito para a caracterização da relação de emprego. Só será empregado o trabalhador que reunir na relação que mantém com seu tomador de serviços, todos os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, são eles: prestação de trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

2.2.Elementos caracterizadores de vínculo de emprego

a) Prestação de trabalho por pessoa física

Apesar desse requisito não ser exclusivo da relação de emprego, o mesmo é a primeira condição para a caracterização da mesma, pois para que haja uma relação de emprego é necessário que exista a exploração da energia do trabalho humano. Isso leva à conclusão que a pessoa jurídica nunca poderá ser empregada e sim contratada para prestar serviços a outra empresa.

A existência de fraude na prestação de serviços por falsas pessoas jurídicas não impede o reconhecimento da relação de emprego desde que assinalados os outros elementos característicos do vínculo empregatício, isto devido ao princípio da primazia da realidade, prevaemente no direito do trabalho, segundo o qual os fatos se sobrepõem à forma de modo a inibir as fraudes aos direitos trabalhistas.

b) Pessoalidade:

A pessoalidade explicita que a obrigação contratada ao empregado terá natureza *intuitu personae*. Isso quer dizer que é vedado ao empregado se fazer substituir por outro, exceto em caráter esporádico e com a aquiescência do empregador.

Exigência que se extrai do artigo 3º da CLT, segundo o qual a prestação do serviço será realizada por certa e determinada pessoa.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.²⁷

²⁷ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

Segundo Martins,

Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado só poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, locação de serviços, empreitada, etc...²⁸

Russomano esclarece, ainda, que o empregado só poderá ser pessoa física quando diz: “a natureza dos serviços feitos, a execução dos mesmos, e a subordinação pessoal em que o empregado se coloca dentro do contrato de trabalho fazem com que a pessoa jurídica nunca possa ser empregado”.²⁹ Por sua vez, tem-se, ainda, o elemento constitutivo eventual da relação de emprego, assim definido pela doutrina e jurisprudência, a alteridade.³⁰

c) Onerosidade

A onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego, haja vista que o empregado presta serviços ao empregador, em retribuição, esse lhe paga salários.

Para Russomano a relação de emprego é bilateral, e esse termo deve ser tomado em dois sentidos:

Ela é bilateral porque depende do entendimento e da consonância de duas ou mais vontades livres para que possa existir; é bilateral, ainda, quanto aos seus efeitos, criando uma série sucessiva de direitos e de deveres para as pessoas que manifestaram suas vontades e que são titulares de prerrogativas recíprocas, e derivadas para ambos, do contrato ou da lei que regula o contrato.³¹

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito individual do trabalho*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 108.

²⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: José konfino, 1965. P.121.v.1.

³⁰ Alteridade: alter:outro – i – dade: qualidade – isto é, qualidade do outro ou que está no outro. Alteridade significa que, para e existência de contrato de trabalho, é necessário que o empregado preste serviços por conta alheia, jamais por conta própria, pois, no contrato de trabalho, inexistente atribuição do risco do empreendimento ao empregado, mas tão somente ao empregador. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*.3.ed.São Paulo: LTr., 2004, p.393.

³¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: José konfino, 1965. P.111.

d) Não eventualidade

Empregado é um trabalhador não eventual, que presta seus serviços habitualmente, devendo esse ter relação com a atividade da empresa. Deve haver habitualidade na prestação laboral, já que o contrato de trabalho é de prestação sucessiva, que não se esgota em uma única prestação. A prestação de um serviço em caráter eventual, ocasional, episódico, sem relação com as atividades ordinárias da empresa, não enquadrará o prestador do serviço na situação de empregado.

e) Subordinação

A subordinação é o requisito principal para a caracterização da relação de emprego. É a diferença entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho. Atualmente a doutrina e a jurisprudência adotam pacificamente a ideia de subordinação jurídica, na qual podemos extrair que a subordinação existente entre empregado e empregador é jurídica tendo em vista que decorre do contrato estabelecido entre ambos (contrato de trabalho).

De um lado o empregador exerce o poder diretivo, do qual decorre o poder de direcionar objetivamente a forma pela qual a energia do trabalho do obreiro será disponibilizada, e de outro o empregado se submete a tais ordens, transparecendo assim, a subordinação jurídica. “A subordinação do empregado e o poder diretivo do empregador são os pólos negativos e positivo dos poderes e deveres no contrato de emprego, à medida que a sujeição do trabalhador é reflexo do poder de comando da outra parte”.³²

Nascimento define subordinação como “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.”³³

2.3. Conceitos de empregador e empregado

³² GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchiades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José. *Fundamentos do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 200. p.301.

³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.422.

2.3.1. Conceito de empregador

A CLT prevê em seu artigo 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.³⁴ Segundo Camino³⁵, empresa é o conjunto de pessoas e bens, materiais e imaterias, organizados com determinado fim econômico.

Esclarece Camino, empregador é

Quem empreende atividade econômica, de qualquer natureza (industrial, comercial, de prestação de serviços). A consolidação das Leis do Trabalho expressa a regulamentação legal das relações entre o capital e o trabalho, portanto, no âmbito das atividades econômicas desenvolvidas pela iniciativa privada.³⁶

A CLT, ainda em seu artigo 2º, parágrafo 1º dispõe: “Equiparam-se ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados.” Aqui se incluem as instituições sem fins lucrativos, mas que são elevadas à categoria de empregadora por equiparação, assim como os profissionais liberais, necessitando, para tanto, que contrate outra pessoa física para lhe prestar serviços dentro dos moldes da relação de emprego.

Moraes Filho, diz que “o empregador é a pessoa natural ou jurídica para quem presta serviços outra pessoa natural, sob sua dependência, de maneira contínua e mediante salário.”³⁷

Na mesma linha de pensamento, Gomes e Gottschalk afirmam que “a expressão empregador designa na técnica do Direito do Trabalho, a pessoa natural ou jurídica que utiliza, dirige e assalaria os serviços de outrem, em virtude de contrato de trabalho.”³⁸

³⁴ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

³⁵ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003..238-239.

³⁶ CAMINO, op. cit., p.241.

³⁷ MORAES FILHO, Evaristo. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr., 1993.p.215.

³⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.89.

Em que pesem as severas críticas ao termo empresa na definição do artigo 2º da CLT, é de se crer que ele foi adotado propositalmente, no sentido de despessoalizar o termo empregador, como bem ensina Delgado

Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem justabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento enfocado, independentemente da alteração de seu titular.³⁹

Para Cotrim Neto “empregador é a empresa, ou, melhor dito, empregador e empresa são duas expressões com o mesmo conteúdo. Empregador ou empresa é a fonte de trabalho.”⁴⁰

Cotrim Neto acrescenta ainda: “Sujeito-empregador é, sempre, a fonte de trabalho, correspondendo, apenas, ao seu detentor eventual (proprietário, diretor, administrador...) aquilo que no Direito do Trabalho se convencionou nomear o ‘comando’ ou o ‘poder diretivo’”.⁴¹

2.3.2. Conceito de empregado

Empregado é um dos sujeitos da relação de emprego, pois o outro sujeito dessa relação é o empregador. Tem-se, portanto, o que presta o serviço e aquele em favor do qual o serviço é realizado.

O termo empregado é amplamente definido por vários doutrinadores, mas a maioria deles segue o entendimento e a caracterização disposta na CLT no art. 3º, onde considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.⁴²

Nessa definição legal de empregado, encontram-se os elementos componentes da relação de emprego, que, uma vez configurados na relação de trabalho, serão regulados pela CLT, pois a ordem jurídica não permite a contratação de trabalho humano, com elementos formadores da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do trabalhador.

³⁹ DELGADO, op.cit., p.390.

⁴⁰ COTRIM NETO, A.B. *Contrato e relação de emprego*. São Paulo: Max Limonad, 1944, p.102.v.6.

⁴¹ *Ibidem*, op.cit., p.391.

⁴² BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

Nascimento define que “empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário.”⁴³

Para Catharino, “Empregado é o trabalhador a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação de emprego, privada e não estatutária. É o trabalhador que põe sua força de trabalho a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação jurídica de outra espécie.”⁴⁴

2.4. Princípios do Direito do Trabalho

O direito do trabalho possui princípios próprios, que regulamentam e superam as lacunas e as omissões das Leis do Trabalho e da Carta Magna. Essas afirmações comportam uma série de conceituações e análises.

Inicialmente, se faz necessário o esclarecimento da autonomia do Direito do Trabalho, para a compreensão de seus princípios.

Segundo Martins, “é possível concluir, portanto, que há plena autonomia do Direito do Trabalho em relação às demais disciplinas do Direito. Há princípios próprios, copiosa legislação sobre o tema, que importa uma vasta matéria, com institutos distintos de outros ramos do Direito, tendo por inspiração normas que irão proteger a hipossuficiência do trabalhador, visando à modificação e melhoria de suas condições de trabalho e sociais. Existem conceitos próprios do Direito do Trabalho que empregam um método para estudar seu sistema, justificando, dessa forma, sua autonomia.”⁴⁵

Passamos agora a analisar o conceito de princípio. Celso Bandeira de Mello esclarece que princípio

“é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”⁴⁶

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.410.

⁴⁴ CATHARINO, José Martins. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr., 2004. P.347.

⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito individual do trabalho*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Garcia, citado por Plá Rodriguez, traz uma definição de princípio mais específico para o Direito do Trabalho, quando ensina que princípios são “aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito.”⁴⁷

Cabe salientar que os princípios, para De Castro citado Plá Rodriguez, têm as seguintes funções:

- a) Informadora: inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico;
- b) Normativa: atuam como fonte supletiva, no caso de ausência da lei. São meios de integração do direito; e
- c) Interpretadora: operam como critério orientador do juiz ou do intérprete.⁴⁸

No Direito do Trabalho brasileiro, encontra-se expressamente no artigo 8º da CLT, a função integrativa dos princípios, atuando como fonte suplementar no preenchimento de eventuais lacunas existentes nas normas jurídicas.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.⁴⁹

Segundo Ruprecht,

Os princípios do direito do trabalho são normas que inspiram a disciplina, tendo como objeto fazer que sejam concretamente aplicados os fins do Direito do Trabalho. São verdadeiros princípios de orientação, por isso preferimos denominá-los de princípios normativos do Direito do Trabalho, pois estabelecem as diretrizes necessárias para a justa aplicação desse

⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo. LTr. 1978.p.15.*

⁴⁸ PLÁ RODRIGUEZ, op.cit., p. 17.

⁴⁹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

Direito, o que não impede deles se utilizar como meios interpretativos, embora não seja sua função principal.⁵⁰

2.4.1. Princípio da proteção

Inicialmente, cita-se o significado do princípio da proteção segundo Plá Rodriguez:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.⁵¹

O princípio da proteção tem por objetivo proteger o empregado, tendo em vista que este é considerado, via de regra, a parte mais fraca na relação de emprego, e portanto, necessita de uma proteção jurídica do Estado, a fim de garantir um equilíbrio entre os sujeitos dessa relação de emprego. O Estado busca proteger o empregado, mediante normas imperativas⁵², para garantir um equilíbrio entre as partes da relação jurídica empregatícia.

Frente ao mencionado entendimento, esclarece Süsskind quando declara que:

esse princípio resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes.⁵³

O princípio da proteção limita a vontade das partes, ao firmarem o contrato de trabalho, buscando a proteção do empregado, por ser ele considerado hipossuficiente em relação ao empregador, isto é, economicamente mais fraco. Esse princípio poder ser considerado essencial e inerente ao sistema jurídico trabalhista, pois constitui a raiz do Direito do Trabalho, dando amparo preferencial ao empregado, buscando, assim, um equilíbrio entre as partes. Por isso, o Direito do Trabalho é considerado um direito

⁵⁰ RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr. 1995.p.5-6.

⁵¹ PLÁ RODRIGUEZ, op.cit., p. 27.

⁵² Normas imperativas são normas de ordem pública, que caracterizam a intervenção do Estado.

⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr., 1995. P.148-149.

protetor, pois busca uma igualdade entre as partes da relação jurídica mediante um favorecimento ao mais fraco economicamente, no caso o empregado em face ao empregador, para alcançar o equilíbrio entre as partes.

Esse princípio da proteção se desdobra em outros três princípios. Segundo Plá Rodriguez ele se expressa sob três formas distintas: *indubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável, e da condição mais benéfica.

- ***In dubio pro operário***

Para Süssekind esse desmembramento do princípio traduz inicialmente que a regra *in dubio pro operario* refere-se à interpretação das normas ao referir: "*In dubio pro operario* aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória." ⁵⁴ Portanto, a interpretação mais favorável ao trabalhador, não poderá desprezar a vontade do legislador, isto é, a interpretação mais favorável não deverá criar normas novas. E quanto às provas, essas deverão ser respeitadas, não se admitindo decisão contrária a elas.

A dificuldade quanto à interpretação da norma jurídica poderá ocorrer se essa foi redigida de forma ambígua, dando possibilidades de interpretá-la de várias formas. Nesse caso, o intérprete poderá fazer uso do princípio da proteção mediante a aplicação da regra *in dubio pro operario*, desde que respeite a vontade do legislador em uma só norma e na matéria probatória.

A referência a uma só norma se deve ao fato de que se fosse mais de uma norma, nesse caso, não haveria dúvidas: a solução se daria pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, sendo essa a regra do princípio da proteção, tratado a seguir.

- ***Aplicação da norma mais favorável***

A regra da norma mais favorável se aplica independentemente da observação da hierarquia das normas jurídicas, contrariando, dessa forma, a estrutura do Direito que, em regra, deveria optar pela norma hierarquicamente superior, outorgando ao Direito do Trabalho, sob esse aspecto, caráter peculiar.

⁵⁴ SÜSSEKIND, op. cit., p.150.

Nascimento dictiona, assim, sobre o assunto:

Ao contrário do direito comum em nosso direito, entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento da empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor.⁵⁵

No Direito do Trabalho, o princípio da aplicação da norma mais favorável surge como caráter peculiar, pois uma norma hierarquicamente superior não se sobrepõe, necessariamente, a outras normas que visem à melhoria da condição social do trabalhador, ocorrendo, nesse caso, a inversão da pirâmide (kelseniana) na hierarquia das normas, e a norma com hierarquia superior servirá de suporte para as garantias mínimas dos trabalhadores, podendo tais garantias ser superadas por outras normas de caráter inferior, mas que visem à melhoria da condição social do empregado.

O princípio da aplicação da norma mais favorável não pode ser aplicado contra as normas, mas na existência de tais normas, visto que se está na busca de uma justiça social e, conseqüentemente, do equilíbrio entre os sujeitos da relação de emprego.

• *Condição mais benéfica*

O terceiro desdobramento do princípio da proteção corresponde à aplicação da condição mais benéfica, que, segundo Süsskind determina

a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.⁵⁶

Por força dessa regra nenhuma outra norma trabalhista poderá ser alterada no sentido de prejudicar o empregado, estando essa mesma positivada no artigo 468 da CLT que prevê:

⁵⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva. 1972. p.232.

⁵⁶SÜSSEKIND, op. cit., p.150.

Nos contratos individuais de trabalho só [em] e lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, [em] prejuízos ao empregado sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.⁵⁷

E importante destacar que à medida que o empregador vai concedendo espontaneamente, ou por meio de normas algumas vantagens aos seus empregados, as mesmas passam a constituir o contrato de trabalho e não podem ser retiradas, pois adquirem o *status* de direito adquirido.

O direito adquirido, ou seja, o direito de o empregado permanecer sob condição que lhe seja mais benéfica, significa que mesmo advindo outra norma, essa não lhe poderá tirar as vantagens que já estão incorporadas ao seu contrato de trabalho.

No entanto, a regra da condição mais benéfica não será aplicada quando o Direito Positivado determinar a não incorporação da referida condição ao contrato de trabalho. Nesse sentido, tem-se o Enunciado 277 do TST, que vincula a validade do contido na sentença normativa ao prazo estipulado.⁵⁸

A fim de buscar um equilíbrio entre empregado e empregador, o princípio da proteção une-se ao princípio da irrenunciabilidade de direitos do trabalhador.

2.4.2. Princípio da irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade, segundo Plá Rodriguez é "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio."⁵⁹

É pelo do princípio da irrenunciabilidade de direitos que o Direito do Trabalho procura garantir a igualdade entre os sujeitos que fazem parte da relação de emprego.

⁵⁷BRASIL Consolidação das leis do trabalho, Decreto-Lei 5.452, de 1/5/1943.

⁵⁸“As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.”

⁵⁹PLÁ RODRIGUEZ, op. cit., p. 65.

Pode-se dizer que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas decorre do princípio da proteção, pois de nada adiantaria a concessão de direitos ao trabalhador se esse pudesse livremente a eles renunciar.

Conforme assevera Camino "se fosse permitido ao trabalhador dispor de seus direitos, os postulados que orientam o Direito do Trabalho não passariam de belas teses."⁶⁰

A irrenunciabilidade das garantias adquiridas permite a proteção dos interesses do trabalhador, que, se pudesse delas dispor livremente, essas poderiam deixar de existir devido a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador.

Por essa razão, prevê o artigo 9º da CLT "São nulos, de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

A lei permite a renúncia em algumas hipóteses no curso do contrato de trabalho, como por exemplo, o empregado detentor de garantia de emprego que pede demissão, ou o cipeiro que pede transferência para outra cidade (este sim é um bom exemplo de renúncia tácita).

O prazo prescricional dos direitos trabalhistas esta regulamentado no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal de 1988, quando diz:

"XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional é cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho." Esse prazo prescricional, no entanto, não se aplica a empregados menores, considerados, no Direito do Trabalho, como sendo aqueles com menos de 18 anos, conforme estabelecido no artigo 440 da CLT, que reza: "Contra os menores de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição."

Ruprecht, ao conceituar a renúncia expressa, o faz nos seguintes termos:

"Renuncia expressa, e quando se manifesta clara e ostensivamente que se desiste de um direito ou de um benefício."⁶¹ (como o pedido de demissão de empregado detentor de garantia de emprego, por exemplo)

A forma expressa de renunciar ocorre quando fica clara que existiu a concordância em "abrir mão" de certo direito ou benefício, como ocorre, por exemplo,

⁶⁰ CAMINO, op. cit., p.67

⁶¹ RUPRECHT. op.cit., p. 52.

no artigo 7º, VI, da nossa Constituição Federal que diz: "Irrenunciabilidade (irreduzibilidade, não irrenunciabilidade) do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo." E também este exemplo não é renúncia, aqui há uma transação para evitar o mal maior)

A renúncia, portanto, de certa forma, é permitida, de modo excepcional, quando autorizada na legislação trabalhista, sendo que os direitos e garantias podem ser passíveis de renúncia, conforme visto acima.

Portanto, a renúncia aos direitos garantidos aos empregados, somente em casos excepcionais (só quando prevista por lei)⁶² e ainda assim, deve ser observado se a manifestação quanto à vontade do trabalhador em renunciar a tais garantias ocorreu sem ser pressionado, coagido a tomar tal decisão.

Essa limitação à autonomia da vontade surgiu como um meio que o legislador encontrou para evitar o abuso da autonomia da vontade, limitando-a de tal forma que os trabalhadores, ao fazerem uso dela, o façam de maneira que não tenham (como consequência) prejuízos aos direitos a eles concedidos. Justificada está assim, a proteção do trabalhador, em razão do princípio da irrenunciabilidade.

As garantias dos direitos dos trabalhadores são, em princípio, irrenunciáveis, sob pena de nulidade do ato, demonstrando, assim, uma limitação à autonomia da vontade, o que se pode observar inclusive no enunciado do artigo 468 da CLT, que limita a autonomia da vontade das partes, considerando lícita a alteração contratual quando dessa não resultar prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula e por mútuo consentimento.

Artigo 468/CLT: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.⁶³

Em verdade, o que se veda é a renúncia aos direitos na empresa, a fim de evitar atos fraudulentos do empregador, destinados a reduzir vantagens do trabalhador,

⁶² Artigo 444 da CLT: - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

⁶³ BRASIL Consolidação das leis do trabalho, Decreto-Lei 5.452, de 1/5/1943.

praticados em razão do poder de coação natural que o patrão possui sobre o empregado, uma vez que este necessita manter seu emprego para assegurar sua subsistência.

2.4.3. Princípio da continuidade da relação de emprego

Existem diversas denominações para designar o princípio da continuidade da relação de emprego, sendo também denominado princípio da continuidade, da estabilidade ou da permanência. Procura-se usar a denominação continuidade, por ser a mais utilizada pelos doutrinadores.

Segundo Plá Rodriguez, "este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir a relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos."⁶⁴

Esse princípio tem como regra que a relação de emprego terá duração indeterminada, garantindo, assim, a segurança do empregado em se manter vinculado a um empregador.

Tal princípio está estabelecido em favor do trabalhador, pois o empregador não poderá invocar esse princípio para se opor à vontade do trabalhador em se desligar do emprego.⁶⁵

O Princípio da continuidade da relação de emprego está previsto no Enunciado 212 do TST:

Súmula nº 212 do TST - DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA⁶⁶

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

2.4.4. Princípio da primazia da realidade

Princípio da primazia da realidade segundo Plá Rodriguez "significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou

⁶⁴PLÁ RODRIGUEZ. op. cit., p. 90.

⁶⁵PLÁ RODRIGUEZ. op. cit., p. 137.

⁶⁶ Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.”⁶⁷

Na verdade pode-se dizer que para o Direito do Trabalho o que realmente é levado em consideração são os fatos que ocorreram na prática e não, o que foi formalizado.

A valorização que é atribuída aos fatos que ocorrem na prática em detrimento dos documentos existentes entre as partes, segundo Castro é devido:

a) a hipossuficiência do empregado, que se sujeitará a firmar documentos ou celebrar acordos que não espelhem a realidade dos fatos ou não reflitam a verdadeira vontade exclusivamente com o propósito de manter o emprego; b) a existência da boa-fé, imperando a realidade (verdade) sobre a ficção, corrigindo as situações em que os documentos afastem a verdade, intencional ou erroneamente;

c) a dignidade da atividade humana, que é o cerne do Direito do Trabalho;

d) a interpretação racional da vontade das partes, que não é exclusiva do Direito do Trabalho e se caracteriza pelas modificações tácitas que ocorram na execução do contrato com o assentimento das partes, que deverão ter primazia sobre a contração originária.⁶⁸

Em que pese a realidade de os fatos terem preferência no Direito Laboral, não se deve desconsiderar a importância dos documentos que estão revestidos de presunção *juris tantum*, sendo que prevalecerão enquanto não for demonstrado que os fatos se deram de forma diversa da apresentada em um documento.

3. Terceirização e vínculo de emprego

3.1. Conceitos de terceirização

⁶⁷Ibidem, p.210.

⁶⁸CASTRO, Rubens Ferreira. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

A palavra *terceirização*, no sentido em que demonstra a existência de um contrato civil de entrega de atividades ou serviços à outra empresa, vem sendo conceituada por vários doutrinadores, como se vê a seguir.

A terceirização vem de neologismo oriundo do vocábulo *terceiro* (que significa *interveniente, mediano*). Martins conceitua terceirização afirmando que

deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto ser terceiro.⁶⁹

Polonio conceitua terceirização asseverando que “pode ser definida como um processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa.”⁷⁰

Tomando por base o conceito de terceirização dado por Polônio, pode-se dizer que *terceirização* é um processo de repasse de atividades de uma empresa para outra o qual fornece serviços especializados, cujas essas atividades serão desenvolvidas na segunda empresa.

Nessa direção Robortella diz que

a palavra “terceirização” incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.⁷¹

Magano, citado por Verçosa, infere que “o verbo terceirizar usa-se modernamente para significar a entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa”.⁷²

⁶⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Alias, 2001. p.19.

⁷⁰ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 96

⁷¹ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr.. 1994. p.236.

⁷² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duderco. *Direito e a terceirização da economia*. In: CARDONE, Marlyª; SILVA, Floriano Vaz da. (Coords.) *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr., 1993. p. 9.

Nessa mesma linha de pensamento, Bilhalva afirma que "a terceirização é alternativa de flexibilização empresarial".⁷³

Giosa conceitua terceirização como sendo

um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio que atua.⁷⁴

Tendo-se por base o conceito acima exposto, pode-se dizer que se caracteriza a terceirização quando há o repasse de determinadas atividades para a empresa parceira, com o objetivo de a empresa tomadora das atividades, ou dos serviços centrar-se em suas atividades essenciais e com isso tornar-se mais competitiva. A relação de parceria pressupõe a atuação conjunta das empresas para crescimento mútuo.

Também nesse sentido Silva conceitua o termo terceirização como sendo

a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenha esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.⁷⁵

Cavalcante Junior define terceirização "como o processo pelo qual a empresa, objetivando alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos, repassa a terceiros um determinado serviço, ou a produção de um determinado bem."⁷⁶

A empresa prestadora de serviços não coloca à disposição de terceiros mão-de-obra, mas assume um compromisso de executar determinada atividade especializada ou serviço, diferentemente do que reza a Lei 6019/74 acerca do trabalho temporário, em que o intermediário, empresa de trabalho temporário consegue colocação do trabalhador dessa para prestar serviço diretamente na empresa tomadora do serviço.⁷⁷

⁷³ BILHALVA, Vilson Antônio Rodrigues. *Terceirização. Juris Síntese Milleennium*, n. 22, p. 1. 2000.

⁷⁴ GIOSA, Livio A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1997. p. 14.

⁷⁵ SILVA, op. cit., p. 30.

⁷⁶ CAVALCANTE JUNIOR, op. cit., p. 74

⁷⁷ Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Art 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente

Ainda, com relação ao conceito exposto por Martins, o tomador de serviços é o terceiro na relação jurídica de emprego, não participando dela, mas se beneficiando dos serviços colocados a disposição pela empresa prestadora.

A relação jurídica da terceirização é contratual, decorrente do acordo de vontade celebrado entre duas empresas para prestação de serviços especializados de forma continuada, em caráter de parceria, pois as empresas que fornecem trabalho especializado possuem mão-de-obra qualificada e pronta para produzir um serviço para a empresa tomadora, para o qual não estaria ela tecnicamente preparada.

Castro conceitua terceirização nos seguintes termos:

O vocábulo "terceirização" é utilizado para designar uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a 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.⁷⁸

Ainda sobre conceito de terceirização Delgado diz: "Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente."⁷⁹

Sobre esse aspecto, Delgado assevera, ainda, que a terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação entre as empresas tomadora e prestadora de serviço e o trabalhador, esse formando vínculos jurídicos trabalhistas com a empresa prestadora de serviços.⁸⁰

A partir dos conceitos citados, pode-se concluir que a terceirização envolve a contratação de uma empresa por outra, para o fornecimento de um produto ou serviços, e não de mão-de-obra. Os empregados envolvidos na produção, ou no serviço, não

ou a acréscimo extraordinário de serviços. Art 4º. 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. Art. 9º. O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente, deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

⁷⁸ CASTRO, op. cit., p.78.

⁷⁹ DELGADO, op. cit., p. 428.

⁸⁰ Ibidem, p .428.

ficam subordinados a(s) empresa(s) beneficiada(s) com tais atividades, de tal forma que o vínculo de emprego dos empregados envolvidos na relação de terceirização fica com quem tem essa obrigação, conforme a seguir exposto.

3.2. Terceirização e vínculo de emprego

Na terceirização, a relação socioeconômica e jurídica faz surgir uma relação assimétrica trilateral, que é distinta da relação do vínculo empregatício, pois que nessa surge uma relação de caráter essencialmente bilateral, entre empregado e empregador. Enquanto na terceirização a relação jurídica envolve o interesse de três partes: a empresa que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço ou atividade, chamada empresa tomadora; a chamada empresa prestadora, que corresponde à empresa especializada em determinado serviço ou atividade, e o empregado que é o contratado pela empresa prestadora, formando, assim, a relação trilateral na terceirização, de sorte que o vínculo empregatício ocorre entre a empresa prestadora de serviço e o empregado, e não desse com a tomadora.

Esse modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica, que ocorre na terceirização, sofre restrições da doutrina e da jurisprudência justralhistas, uma vez que tal modelo se choca com a estrutura teórico-normativa original do Direito do Trabalho.⁸¹

Nesse sentido, Robortella ensina que

o direito do trabalho tradicional sustenta-se basicamente no estereótipo de uma empresa total, que assume por si mesma o ciclo completo de produção, muitas vezes com matéria-prima, transporte, comercialização, seguro e financiamento próprios.⁸²

Pode-se considerar a terceirização como uma forma de flexibilização⁸³ do Direito do Trabalho, uma vez que da tradicional relação empregado/empregador,

⁸¹ Ibidem, p. 429.

⁸² ROBORTELLA, op. cit., p. 242.

⁸³ A flexibilização do Direito do Trabalho é um conjunto de regras que têm por objetivos compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho, visando assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador, reservando-lhe direitos mínimos e, ao empregador, a possibilidade de adaptação do seu empreendimento, principalmente em épocas de crise.

estabelece-se um plano triangular entre duas empresas e o empregado prestador de serviço, esse vinculado à empresa prestadora de serviço, e não, à empresa tomadora.

Com essa estrutura, todos os prestadores de serviço eram contratados e assalariados diretamente pela empresa beneficiada com as atividades, o que hoje funciona diferentemente, ou seja, vem ocorrendo a descentralização das atividades, que são repassadas a empresas parceiras.

O contrato existente entre as empresas de origem da parceria, entre as empresas especializadas em determinada atividade, com seus próprios empregados, que não se sujeitam ao poder de comando da empresa tomadora, forma o vínculo de emprego diretamente com a empresa prestadora de serviço.

O trabalhador (considerado empregado pela legislação celetista) comporta os elementos caracterizadores do vínculo de emprego, quais sejam: a pessoa física, a onerosidade, a habitualidade ou a não-eventualidade, a pessoalidade e a subordinação, sendo essa última o principal elemento do vínculo de emprego.

Sabe-se que a subordinação, na relação de emprego, é a principal característica. O empregador acompanha e fiscaliza a qualidade dos serviços prestados por seus empregados, e, quando há terceirização, na relação contratual de prestação de serviços, não deverá haver subordinação dos trabalhadores da empresa prestadora pela empresa tomadora, sob pena de caracterização de vínculo trabalhista e a consequente anulação do processo de terceirização.

Nesse sentido, ou seja, quanto à não-formação de vínculo de emprego entre empregados da prestadora com a tomadora, Martins acrescenta: "Ainda que os serviços terceirizados coincidam com as necessidades permanentes da empresa tomadora, não há de se falar na formação de vínculo com esta quando inexista subordinação".⁸⁴

Em vista de a terceirização ser alvo de sérias críticas porque muitas vezes o trabalho humano recebe o caráter de simples mercadoria, ou ainda, a terceirização encobre um verdadeiro contrato de trabalho, torna-se necessário o surgimento de uma legislação sobre o tema, de forma que não persistam mais dúvidas quanto ao verdadeiro contrato de terceirização e a um falso contrato de trabalho.

Na terceirização, a empresa prestadora do serviço é a empregadora de seus empregados, logo, esses não são empregados da empresa tomadora dos serviços, e o vínculo jurídico entre as empresas é de natureza civil, estando, portanto, fora do Direito

⁸⁴ MARTINS, op. cit., p. 126.

do Trabalho, desde que observadas a não-pessoalidade e a não-subordinação da tomadora sobre os empregados da prestadora.

Na terceirização, poderão ocorrer vantagens e desvantagens econômicas e administrativas para as empresas envolvidas no processo, como nos ensina Verçosa:

As vantagens econômicas e administrativas da terceirização são buscadas pela empresa interessada com vistas à especialização e à centralização de esforços na área de sua vocação específica, procurando-se obter economia de escala e redução do custo final de seu produto.⁸⁵

Com relação à desvantagem, o mesmo autor diz que

Desvantagens, de outra parte, são entrevistas na dependência recíproca da empresa horizontalizada e suas fornecedoras e vice-versa, quanto aos problemas que podem ser enfrentados por uma delas, afetadoras das demais, os quais podem dificultar (ou, até, na falência, impedir) a realização de suas atividades.⁸⁶

As empresas que buscam com a terceirização uma maior qualidade, agilidade e competitividade, também se deparam com alguns aspectos positivos e outros negativos para a empresa tomadora dos serviços ou atividades.

Podem-se citar como aspectos positivos: a) redução de custos operacionais; b) redução de despesas administrativas; c) redução de encargos trabalhistas e previdenciários; c) melhor qualidade no resultado dos trabalhos; d) agilidade; e) flexibilidade; f) competitividade.

Os aspectos negativos para a empresa tomadora referem-se aos riscos inerentes à atividade desenvolvida, bem como àqueles decorrentes da parca legislação existente. Giosa enumera alguns aspectos negativos: "dificuldade de encontrar o parceiro ideal; dificuldade de efetivar um contrato de parceria; problemas com o corpo funcional: desconhecimento da legislação trabalhista; dificuldade no convencimento da alta administração; dificuldade no controle do custo interno com a parceria e conflitos com os sindicatos."⁸⁷

⁸⁵ VERÇOSA, op. cit., p. 12.

⁸⁶ Ibidem, p. 12.

⁸⁷ GIOSA, op. cit., p. 94.

Com relação ao empregado, também existem aspectos positivos e negativos que podem ser destacados. Alguns dos aspectos positivos seriam: a melhoria nas condições laborais e ambientais, otimizando as condições de segurança e saúde, uma vez que a reunião de pessoas, em um mesmo local, será menor, reduzindo acidentes de trabalho; haverá também a criação de empregos na terceirizada; aperfeiçoamento de mão-de-obra; implementação do sonho de adquirir e trabalhar em seu próprio negócio, desenvolvendo o seu lado empreendedor e maior motivação para produzir, pois o negócio é seu.⁸⁸

A terceirização, segundo Prunes, pode resolver ou minimizar o problema dos trabalhadores em face das alterações do mundo globalizado, que tem provocado uma onda de desemprego nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, já que as organizações estão saindo da Era Industrial e entrando na Era dos Serviços.⁸⁹

Segundo o mesmo autor,

imensos contingentes de empregados deverão necessariamente migrar para o setor de serviços complementares da agricultura, da indústria e do comércio. Estes setores, primários e secundários, chegaram a uma situação que não mais necessitam (ou permitem) maior número de trabalhadores. A terceirização não apenas é necessária (para assimilá-los nas empresas ou empreendimentos criados) como ainda é indispensável para a continuidade das empresas originais e a sobrevivência dos trabalhadores.⁹⁰

Quanto aos aspectos negativos para o empregado, a terceirização poderá representar a perda do emprego e, como consequência, a perda dos benefícios sociais que estavam vinculados ao contrato de trabalho, decorrentes das normas coletivas da categoria. Na empresa prestadora de serviços, os empregados poderão ser contratados com salários inferiores, isto é, sem que haja respeito com o piso da categoria, e ter de aceitar trabalho precário.⁹¹

Nesse contexto, em que a terceirização, por um lado, traz vantagens e, por outro lado, desvantagens, tanto para o trabalhador quanto para a empresa tomadora dos serviços, é importante não esquecer que a relação contratual trabalhista está sob a égide

⁸⁸ MARTINS, op. cit., p.43.

⁸⁹ PRUNES. José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 64.

⁹⁰ Ibidem, p. 66.

⁹¹ MARTINS, op. cit., p. 44.

de um regime jurídico, estabelecido na CLT, que revela a presença protecionista do Estado em amparo ao trabalhador empregado.

4 AS RELAÇÕES ENTRE A EMPRESA TOMADORA E EMPRESA PRESTADORA

4.1 Atividade-meio e atividade-fim

Diferentemente de outros países onde a terceirização já está mais arraigada na cultura e na legislação, no Brasil, ainda se discute (para fins trabalhistas) quando é possível terceirizar e quais as atividades que podem ser terceirizadas.

A terceirização é a possibilidade, ou seja, uma faculdade e não obrigatoriedade de contratação de terceiro para a realização de atividades pertencentes à empresa contratante. A esse conceito é necessário dar-se importância à livre iniciativa, à atividade-meio e à atividade-fim.

O conceito de atividade-meio se contrapõe ao de atividade-fim e tem gerado muitas controvérsias na jurisprudência e na doutrina relativas a elas.

O entendimento de Martins sobre atividade-meio e atividade-fim é a seguinte:

A atividade-fim é a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social. É sua atividade preponderante, como se verifica no parágrafo 1º do art. 581 da CLT. A atividade-meio, por sua vez, segundo o autor, pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar.⁹²⁻⁹³

A atividade-meio é a atividade de apoio à consecução da atividade-fim. Apesar de não pertencer ao objeto social da empresa, viabiliza que esse se concretize.

Martins, ainda, entende que certas atividades-fim da empresa podem ser terceirizadas, principalmente nos casos em que envolvam a produção e desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Citando, por exemplo, o que ocorre na indústria automobilística e na compensação de cheques.⁹⁴

No mesmo sentido Verçosa assevera que

a terceirização dentro de um aspecto mais abrangente, podendo açambarcar inclusive as atividades-fim, sem, contudo, fugir da conceituação definida pelos demais autores citados, pois entende que corresponde a um processo onde há a horizontalização da atividade econômica, transferindo a empresa maior uma parte de suas funções para empresas menores, passando a concentrar-se em rol de atividades mais restrito.⁹⁵

Cavalcante Junior também segue a mesma linha, ou seja, leciona que a terceirização poderá ocorrer, tanto na atividade-fim quanto na atividade-meio:

⁹² MARTINS, op. cit., p. 122.

⁹³ Artigo 581 da CLT: Para os fins do item III do artigo anterior, as empresas atribuirão parte do respectivo capital às suas sucursais, filiais ou agências, desde que localizadas fora da base territorial da entidade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal, na proporção das correspondentes operações econômicas, fazendo a devida comunicação às Delegacias Regionais do Trabalho, conforme a localidade da sede da empresa, sucursais, filiais ou agências.

§1º. Quando a empresa realizar diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, na forma do presente artigo.

⁹⁴ MARTINS, op. cit., p. 123.

⁹⁵ VERÇOSA, op. cit., p. 9.

A terceirização não deve sofrer amarras ou rotulações. É fenômeno econômico que não pode ficar limitado às atividades acessórias, pois um dos traços característicos da economia moderna é o uso intenso da tecnologia mais recente, o que conduz à especialização dos serviços, permitindo maior produtividade. [...] De outro lado, com o advento da globalização da economia ou universalização dos mercados o que seja atividade acessória ou principal de uma empresa. Um exemplo é o caso das montadoras de automóveis, que hoje em dia se resumem a isto, montar, sendo que a fabricação de todos os componentes é terceirizada. Ou será que os componentes não são essenciais ao produto final?⁹⁶

No entanto, para Falcão "terceirização consiste na possibilidade de contratação de terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa tomadora".⁹⁷

Também para Polonio, um dos objetivos do processo de terceirização é que o mesmo ocorra fora das atividades-fim da empresa tomadora. Veja-se o que diz:

É a liberação da empresa da realização de atividades consideradas acessórias (ou atividade-meio), permitindo que a administração concentre suas energias e criatividade nas atividades essenciais. Como resultado deste processo alcança-se maior eficiência com produtos de melhor qualidade.⁹⁸

De acordo com os conceitos de Falcão e Polônio, a terceirização só poderá ser admitida na atividade-meio da empresa tomadora. Esse entendimento não é unânime, pois são encontradas, na doutrina, correntes que entendem ser possível a terceirização nas atividades-fim, tendo como exemplo os já citados Verçosa, Martins e Cavalcante Júnior.

Para Castro,

não há, entretanto, critério absolutamente seguro para diferenciação dessas atividades, a tal ponto de o critério tornar-se determinante no que tange a responsabilização das empresas na intermediação de mão-de-obra. Na realidade, tais conceitos não são conceitos jurídico-trabalhistas. São conceitos inerentes à atividade empresarial, que hoje conta com uma especialização

⁹⁶ CAVALCANTE JUNIOR, Op. cit., p. 73-74.

⁹⁷ FALCÃO, Ismael Marinho. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Edipro, 1997. p. 30.

⁹⁸ POLONIO, op. cit., p. 97-98.

tecnológica em suas necessidades, praticamente alheia ao Direito. Na dinâmica empresarial, em questão de pouco tempo, a atividade-meio pode converter-se em atividade-fim e vice-versa.⁹⁹

Pelo exposto, fica claro que os termos atividade-meio e atividade-fim não servem de parâmetro para a admissibilidade, ou não, da terceirização, mas o que se deve observar é quanto à licitude da mesma.

4.2. Licitude da terceirização

Tem-se que para a terceirização atingir seus objetivos é necessário que seja legitimamente aplicada, ou seja, de forma lícita. O uso da terceirização deverá ser sem fraude às leis trabalhistas, acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Defensor da terceirização, quanto à legalidade e conveniência dessa, Leiria defende que

a contratação de terceiros só traz vantagens. E - o que é fator importante - para ambos os lados da nova parceria que se forma. Vale ressaltar que, no momento atual brasileiro, terceirizar é algo estratégico, oportuno e legal. É estratégico, porque permite a concentração de energia nas atividades-fim das empresas, com ganhos adicionais pela redução de custos administrativos. É oportuno, porque o Judiciário trabalhista vem alterando seus conceitos, abandonando a prioridade às garantias individuais e dirigindo-se para os ganhos coletivos. É legal, no sentido de segurança de que à vontade da empresa seja consagrada pela óptica judicial, desde que sejam tomados os devidos cuidados nas contratações, o que é perfeitamente possível e desejável.¹⁰⁰

Por seu turno, Melhado diz que a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, para caracterizar a licitude ou ilicitude da terceirização, não é aceitável, porque a evolução e o aperfeiçoamento da administração empresarial são uma necessidade imposta pelo mercado competitivo.

⁹⁹ CASTRO, Claudio Dias de. Terceirização: Atividade-meio e atividade-fim. *Revista Trabalho e Doutrina*. São Paulo. p. 4. jul. 2002.

¹⁰⁰ LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. 6. ed. São Paulo: Ortiz. 1991. p. 26.

Dai porque deve ser afastada a idéia preconceituosa de que a terceirização somente é legal quando realizada em atividades-meio, sendo previamente ilegal nas atividades-fim da terceirizada, na medida em que a complexidade do processo produtivo chega a tal ponto que muitas vezes é impossível diferenciar as ações acessórias das principais, e isto ocorre em face da contínua mutação das técnicas de produção.¹⁰¹

O fundamento da ilegalidade é a burla à lei. No caso da terceirização, é a fraude de que trata o artigo 9º da CLT.

Para Castro,

atividade-fim e atividade-meio não são conceitos jurídico-trabalhistas e sim empresariais. Cabe, pois, às empresas contratante e contratada delimitar o objeto da prestação de serviços. Apenas no caso de verificação de alguma ilegalidade (fraude à lei, inadimplemento e inidoneidade financeira das empresas), deverá haver a necessária responsabilização do tomador.¹⁰²

Os critérios, a fim de caracterizar-se a terceirização ou não, são o confronto direto com os requisitos que caracterizam o vínculo de emprego, principalmente aos requisitos pessoalidade e subordinação, e não a atividade-fim e/ou atividade-meio.

Para Polonio, trata-se de conclusão absurda de que a atividade-meio não seria essencial, pois a essencialidade está intrinsecamente relacionada à necessidade. Assim, qualquer paralisação de atividades normais na empresa implica uma paralisação nas suas atividades essenciais.

Nessa esteira, Polonio, aduz que

o problema não está em definir o critério mais adequado, pois, segundo pensamos, sua definição há que ser sempre a legal, uma vez que não se pode emprestar um elemento preciso de outra ciência que não opere com precisão na área do direito. O que não se pode aceitar, uma vez que não há óbice legal, é que determinadas atividades possam ser objeto de terceirização e outras não, salvo casos específicos previstos em lei.¹⁰³

¹⁰¹ MELHADO, Reginaldo. Globalização. Terceirização e isonomia salarial. *Revista LTr*, São Paulo. v. 60. n. 10, p.1326. 1996.

¹⁰² CASTRO, op. cit., p.5.

¹⁰³ POLONIO, op. cit., p. 35.

Reforçando esse entendimento, Giosa assenta que “a terceirização não tem limites. Desde que a empresa se dedique mais à sua vocação, à sua missão, seus esforços tendem a se concentrar menos na execução e mais na gestão, exigindo qualidade, preço, prazo e inovações”.¹⁰⁴

Martins traz uma importante distinção entre a terceirização lícita e/ou ilícita ou terceirização legal e/ou ilegal.

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 se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e prejuízos aos trabalhadores.¹⁰⁵

Embora inexistente, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação específica no que respeita à terceirização, mesmo assim essa não contraria os dispositivos celetistas, quer mediante atividade-meio, quer mediante atividade-fim da empresa, pois, de acordo com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, todos têm direito a estabelecer e a operar livremente um empreendimento. São preceitos constitucionais insculpidos no artigo 5º, inciso II,¹⁰⁶ e artigo 170, parágrafo único,¹⁰⁷ da Constituição Federal de 1988.

Na visão de Leiria. Soulo e Saratt,

ao se falar de terceirização e sua prática, não estamos tratando de situações inidôneas, ilícitas, que visam a [sic] lesar direitos de empregados através de uma relação de fachada que tem como objetivo a obtenção de ganhos unilaterais a curto prazo.¹⁰⁸

¹⁰⁴ GIOSA, op. cit., p. 32.

¹⁰⁵ MARTINS, op. cit., p. 142.

¹⁰⁶ Art. 50, inciso II da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

¹⁰⁷ Art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹⁰⁸ LEIRIA, Jerônimo Souto; SOUTO, Carlos Fernando; SARATI, Newton Dorneles. *Terceirização*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzalto, 1993. p. 109.

Pelo que se depreende dos autores, a terceirização é uma atividade lícita, desde que não venha a ferir os direitos dos trabalhadores quando constatados os elementos configuradores da relação de emprego.

Apesar de algumas atividades como limpeza, vigilância e alimentação já estarem terceirizadas em centenas de empresas no Brasil, alguns estudiosos continuam considerando que o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Portaria 3/98 do Ministério do Trabalho impedem a terceirização da atividade-fim das empresas. A exceção é a contratação de mão-de-obra temporária prevista na Lei 6.019/74. Decorrente disso, empresas foram objetos de multas pelos Ministérios (Trabalho e Previdência) e tiveram condenações trabalhistas quanto aos direitos decorrentes dos empregados das empresas prestadoras de serviços.

Na realidade, a lei brasileira não proíbe explicitamente a terceirização na atividade-fim, mas também não a permite em seus dispositivos legais, de modo que permanece a discussão enquanto não se cria uma legislação mais ampla e definida. De qualquer modo, no novo texto do artigo 31 da Lei 8.212/91 que regulamenta o recolhimento da contribuição para o INSS, a expressão "serviços contínuos relacionados ou não com as atividades normais da empresa" foi alterada para "serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa". Por enquanto, para efeitos legais, tem-se utilizado o contrato social da prestadora para identificar (na cláusula do objeto social) quais são as atividades-fim da empresa.

O foco da atividade empresarial deve situar-se no seu objeto social, razão de ser da empresa, a atividade para a qual ela foi criada, ou seja, tudo o que não for sua atividade-fim, pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial, poderá ser entregue e contratado com outra empresa, que tem como atividade-fim essa especializada, restando, no entanto, uma corrente doutrinária em menor escala, que preconiza a utilização da terceirização também nas atividades-fim das empresas.

A terceirização - seja lícita ou ilícita - produz efeitos jurídicos específicos. A diferença entre esta e aquela, segundo Gandra, refere-se

à distinção entre prestação de serviços e locação permanente de mão-de-obra. Se, na prestação de serviço, o componente primordial é a mão-de-obra e não o equipamento (como no caso de mero fornecimento de digitadores), e essa mão-de-obra é utilizada quase que exclusivamente pela mesma empresa

tomadora de serviço. por vários anos, o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviço, mas o fornecimento de mão-de-obra mais barata.¹⁰⁹

Entende-se que a terceirização licita é aquela modalidade de contrato de prestação de serviços da qual não deriva prejuízos aos direitos trabalhistas do trabalhador, nem fraude à legislação trabalhista. Havendo serviços prestados, não quer dizer, necessariamente, que sejam com mão-de-obra mais barata, pois muitas vezes são realizados por profissionais extremamente qualificados, os quais a empresa tomadora não os tem no quadro de empregados e que também não justificaria tal investimento, quando essa não tem demanda para mantê-lo com vínculo empregatício entre seus empregados, por ser, em muitos casos, atividade que se situa fora do âmbito das atividades normais da empresa tomadora de serviços.

Sendo esse o principal motivo de as empresas buscarem outras empresas parceiras para realizar contratos de prestação de serviços, eles se constituem em verdadeiros contratos de parceria de natureza civil. É deles que se passará a tratar.

4.3. Contrato de prestação de serviço

Ao lado do contrato de trabalho. as empresas *vêm* adotando um outro tipo de contrato, ou seja, o contrato entre empresas, as quais têm por escopo terceirizar atividades de prestação de serviços.

Robortella faz alusão ao que deve caracterizar ditos contratos: "especialização do trabalho. direção da atividade pelo prestador e sua idoneidade econômica."¹¹⁰ É por meio desses pressupostos que sempre será possível distinguir a atividade terceirizada.

Conforme o já discorrido sobre contrato de trabalho, em resumo, ele representa a relação jurídica entre empregado e empregador, tendo por objeto a prestação de serviços

¹⁰⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Terceirização legal e ilegal. Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, ano V, n: 54. p. 127-129.

¹¹⁰ ROBORELLA Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 1994. p. 247.

continuada pelo primeiro, subordinada e remunerada mediante um salário, pelo empregador.

Como sujeitos da relação jurídica de vínculo de emprego, tem-se o empregado que deverá ser sempre uma pessoa física, e o empregador, que poderá ser uma pessoa física ou jurídica.

Na terceirização, o que existe é uma relação contratual de prestação civil de serviços terceirizados, sujeitando-se as partes (empresa prestadora e empresa tomadora) estritamente aos direitos e às obrigações fixados nas cláusulas do contrato celebrado.

Essa espécie de contrato de prestação de serviços está disciplinada no artigo 594 do Código Civil brasileiro, quando afirma: "Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição."¹¹¹

Logo, quando existem, em uma relação de prestação de serviços, os requisitos: pessoalidade, continuidade e subordinação, tem-se o contrato de trabalho, mas se, no entanto, não estiverem presentes tais requisitos, aplica-se o previsto no citado artigo, ou seja, tem-se um contrato de natureza civil, onde uma das partes assume a obrigação de prestar uma atividade lícita, material ou imaterial, mediante remuneração.

Para Gomes, tal atividade trata-se de um contrato de prestação de serviços:

Contrato de prestação de serviços *stricto sensu*, designa-se o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração executando-o com independência técnica e sem subordinação.¹¹²

Daí, a existência da terceirização entre as empresas, sendo que uma delas, (a prestadora) normalmente tem maior conhecimento técnico e executa a atividade sem subordinação da empresa tomadora, existindo entre elas um contrato de natureza civil.

Assim, assevera Castro que a natureza jurídica da terceirização é contratual:

A natureza jurídica da terceirização é contratual, consistindo no acordo de vontades celebrado entre duas empresas, de um lado a contratante, denominada tomadora, e de outro lado a contratada, denominada prestadora,

¹¹¹ BRASIL, Artigo 594 do Código Civil brasileiro. Art. 594. "Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição."

¹¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 325.

pelo qual uma prestará serviços especializados de forma continuada à outra, em caráter de parceria.¹¹³

Para Verçosa, na terceirização, ao contrato existente entre as empresas envolvidas no processo, pode-se chamar um contrato de fornecimento,¹¹⁴ como nos ensina quando diz que:

o contrato de fornecimento é um dos instrumentos técnico-jurídicos lembrados como aptos a fazerem a funcionar a terceirização entre a empresa horizontalizada e suas contratadas, quando se trata, evidentemente, de divisões de atribuições no campo da produção dos equipamentos integrantes dos bens fabricados pela primeira.¹¹⁵

Assevera, ainda, Verçosa que

Uma das características próprias do contrato de fornecimento está no caráter pessoal nele estabelecido entre as partes, essencial ao funcionamento da descentralização de atividades das empresas interessadas. Não se trata de negócios extemporâneos os realizados entre elas, mas de operação a longo prazo, onde o bom entendimento e a confiança recíprocos são fundamentais ao sucesso do empreendimento.

Além do bom entendimento e da confiança recíprocos entre as empresas, o contrato existente entre essas é um ato jurídico e deve atender aos requisitos de validade disposto no artigo 104 do Código Civil brasileiro,¹¹⁶ quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, consentimento e legitimidade.

¹¹³ CASTRO. Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 83.

¹¹⁴ Contrato de fornecimento é aquele em que as duas partes acordam no fornecimento, pelo vendedor (empresa prestadora): de certas mercadorias, para entregar em um prazo determinado. ou não, por um preço que pode ser fixado antecipadamente para todas as entregas parciais ou que pode ser ajustado em cada uma dessas entregas. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 151.

¹¹⁵ VERÇOSA, op. cit., p. 16-19.

¹¹⁶ BRASIL. Artigo 104 do Código Civil Brasileiro. "A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável:

III- forma prescrita ou não defesa e lei."

A validade do contrato entre as empresas tomadora e prestadora, depende do objeto da prestação de serviço, tendo o objeto da prestação de serviços um fim lícito, possível, determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.

Martins acrescenta, ainda, que "a contratação entre as empresas terceirizante e a terceirizada deve ser feita de boa-fé, evitando-se burlar direitos trabalhistas e prejudicar o empregado."¹¹⁷

Portanto, o contrato existente entre as empresas envolvidas na terceirização é um contrato de natureza civil. Quem contrata empregados é a empresa prestadora, empregados esses que irão, de certa forma, trabalhar em atividades relacionadas à empresa tomadora, mas que, no entanto, não são dela empregados.

Tratando-se de um contrato lícito¹¹⁸ entre as empresas envolvidas na terceirização, a empresa tomadora deverá manter uma certa vigilância sobre a empresa prestadora, com relação aos direitos dos empregados destas, pois caso contrário, a tomadora poderá tornar-se responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados daquela. Quanto à responsabilidade das empresas que fazem parte do processo de terceirização será o assunto a ser desenvolvido no próximo item.

4.4. Responsabilidade das empresas perante os empregados na terceirização

Busca-se discorrer sobre a responsabilidade civil das empresas perante os empregados, pois teve-se uma noção da relação de emprego e a relação jurídica entre as partes envolvidas na terceirização, ou seja, a empresa prestadora, empresa tomadora e empregado da empresa prestadora.

Fala-se primeiramente sobre um breve histórico do termo responsabilidade civil, após sobre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, para após trabalhar-se sobre a importância da responsabilidade civil nas relações de trabalho e chegar-se à responsabilidade civil das empresas envolvidas na terceirização, principalmente quanto aos empregados da empresa prestadora de serviços.

4.4.1. Breve histórico do termo responsabilidade civil

¹¹⁷ MARTINS, op. cit., p. 126.

¹¹⁸ "O conceito de licitude é abrangente e significa a conformidade com o direito, ou seja, estar em sintonia com a lei, a moral e os bons costumes." DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: LTr., 1998.

Para se entender sobre a aplicação da responsabilidade civil, seja ela solidária, seja ela subsidiária nas relações jurídicas entre as empresas envolvidas na terceirização, faz-se necessário um breve histórico e o conceito de responsabilidade civil.

Nos primeiros tempos da civilização humana, a responsabilidade civil se caracterizava pela reação conjunta de um determinado grupo, contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Era denominada vingança coletiva.

Posteriormente, a vingança coletiva evoluiu para uma reação individual, denominada *vingança privada*. Nessa fase, "os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal. sintetizada nas fórmulas 'olho por olho, dente por dente', 'quem com ferro fere, com ferro será ferido'."¹¹⁹

Nesse período, o poder público não intervinha a não ser para coibir abusos e declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação. Na lei das XII Tábuas, esse critério vinha especificado com a seguinte expressão: "Se alguém fere outrem, que sofra a pena de Talião. salvo se existiu acordo."¹²⁰ A responsabilidade era objetiva, pois não se cogitava o fator culpa, era a reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Posteriormente, tem-se o período da composição, onde a pessoa lesada passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vingança pela compensação econômica. A vingança é substituída pela reparação do dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro a critério da autoridade pública, se o delito fosse público, e, em se tratando de delito privado, ou seja, contra interesses de particulares, o lesado determinava o *quanto*.

Nos delitos públicos, que eram as ofensas mais graves de caráter perturbador da ordem, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos. Já nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. Dessa forma, o Estado passou a assumir sozinho a função de punir.

Para Diniz, é na Lei Aquilia que se esboça um princípio geral regulamentador da responsabilidade civil com culpa na reparação do dano:

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 09. v.1.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 10.

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a idéia da reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.¹²¹

Segundo Venosa, "*A Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade,*"¹²² haja vista ter criado uma forma pecuniária de indenização do prejuízo com base no estabelecimento de seu valor, tendo o lesante um empobrecimento.

Posteriormente, a Lei Aquilia também foi estendida aos danos causados por omissão. O Estado passou a intervir, fixando o *quanto* nos prejuízos. e a vítima a ter que aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição tinha caráter de pena privada e como reparação, uma vez que não havia distinção entre as responsabilidades civil e penal.¹²³

Inicialmente, pode-se dizer que a responsabilidade penal¹²⁴ sempre esteve associada à responsabilidade do agente, no caso ilícito,¹²⁵ mas, no entanto, não se tinha uma diferenciação quanto às responsabilidades civil e a penal.

4.4.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Dependendo do fundamento que se dê para a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Para Stocco

¹²¹ Ibidem, p. 10.

¹²² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 22.

¹²³ DINIZ, op. cit., p. 10.

¹²⁴ A responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, determinada pela violação da norma penal, sendo necessário que o pensamento exorbite do plano abstrato para o material, pelo menos em começo de execução. STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil - e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 51.

¹²⁵ Ilícito, é todo fato ou ato que importe numa violação ao direito ou em dano causado a outrem, [...] O ilícito civil apresenta-se como toda ação ou omissão, de que resulte ou se gere prejuízo a direitos alheios ou ofensa a legítimos interesses de outrem, a qual se pratique em contravenção ao que se preceitua na lei ou contrariamente aos princípios gerais. Dá somente direito à indenização. O ilícito penal, que se mostra a prática de ato vedado em lei ou a omissão de fato não permitido, constitui o delito propriamente dito, sujeitando a pessoa a duas sanções diferentes: a penal, constitui na repressão e consequente punição da ilicitude, e a civil, decorrente da indenização a que se sujeita, para reintegração da ofensa material causada ao patrimônio da vítima. Ilícitude penal equivale a crime ou delito. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 407.

não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não a ordem social. Tampouco importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não, moralmente responsável. Aquele a quem sua consciência nada reprova pode ser declarado civilmente responsável.¹²⁶

Assevera ainda Stocco que "a responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, O desequilíbrio ou a descompensação do patrimônio de alguém."¹²⁷

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, dependendo do elemento culpa. Passa-se, para melhor análise, a uma breve explicação de cada uma delas:

- *Responsabilidade civil subjetiva*

A responsabilidade civil subjetiva é a modalidade de responsabilidade que se fundamenta na ideia de culpa, isto é, de como o comportamento do agente contribuiu para o prejuízo sofrido pela vítima, podendo ser na forma culposa ou na forma dolosa.

Fundamentada na ideia de culpa, a responsabilidade civil subjetiva está disposta no artigo 186 do Código Civil brasileiro¹²⁸ e se relaciona com as definições de ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência, ficando certo que o comportamento ilícito do agente foi o causador do ato lesivo.

A ação ou a omissão voluntária, como pressupostos da culpa, corresponde à exteriorização da atividade humana. Para o Direito a ação consiste em "um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém." Com relação à omissão, diz que essa adquire relevância jurídica e torna o omissor responsável quando "este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado".¹²⁹

A culpa pode configurar-se de duas maneiras, ou seja, como negligência ou como imprudência. Para Theodoro Júnior a negligência ocorre quando "o agente omite a atividade que, se adotada, impediria o evento danoso" e na imperícia "a falta é

¹²⁶ STOCCO, op. cit., p.52.

¹²⁷ Ibidem, p. 52.

¹²⁸ Artigo 186. "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

¹²⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes: et al. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 62 v. 18.

comissiva: o agente atua precipitadamente, sem a necessária reflexão sobre o que poderia resultar, por inteiro, de sua atitude temerária".¹³⁰

Por ação ou omissão voluntária entende-se ser o ato de fazer ou de deixar de fazer algo por livre e espontânea vontade. Por negligência, entende-se a falta de atenção, de diligência, isto é, o desleixo, descuido injustificado da ação do autor em determinado momento, ocorrendo quando o agente podendo prever os acontecimentos, não tenta evitá-los, e imprudência, é a falta de atenção do autor em relação às consequências de seu ato ou ação, quando devia e podia prevêê-las.¹³¹

Tanto a negligência, que corresponde a uma atitude omissa, quanto à imprudência que corresponde a uma atitude ativa, a culpa ocorre em decorrência de o agente não evitar o dano.

Sampaio define responsabilidade civil subjetiva nos seguintes termos:

A responsabilidade civil subjetiva ou clássica, em que se estrutura nosso Código Civil, funda-se, essencialmente, na teoria da culpa. Tem-se como elemento essencial a gerar o dever de indenizar o fator culpa entendido em sentido amplo. Ausente tal elemento, não há que se falar em responsabilidade civil.¹³²

No entendimento de Lisboa, a responsabilidade civil subjetiva “é aquela apurada mediante culpa leve ou lata¹³³ do agente causador do prejuízo econômico ou moral da vítima.”¹³⁴

Ainda para Lisboa, "a responsabilidade civil subjetiva pode ser imputada ao agente independentemente da prova da culpa, nos casos em que a lei presume a culpa do mesmo, cabendo este a prova de que não se comportou dolosamente ou culposamente.”¹³⁵

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105. v. 3.

¹³¹ SILVA, De Plácido e. op. cit.. p. 417- 573.

¹³² SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2002, p. 25.

¹³³ *Lata* é igual à culpa grave.

¹³⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 239.

¹³⁵ *Ibidem*. p. 244.

O dever jurídico de reparação¹³⁶ quando ocorre a responsabilidade civil subjetiva, pressupõe, portanto, a prova da culpa do agente ou a sua presunção. No entanto, na responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa não precisa estar presente para que o dano seja reparado, bastando que haja o risco a outrem, conforme dito a seguir.

- *Responsabilidade civil objetiva*

A responsabilidade civil objetiva é a espécie de responsabilidade que encontra seu fundamento no risco, não se vinculando à existência de culpa.

Para Diniz:

Responsabilidade objetiva se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.¹³⁷

Gonçalves disserta sobre a responsabilidade civil objetiva com o seguinte texto:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo da causalidade.¹³⁸

Essa modalidade de responsabilidade obriga o agente causador do dano a repará-lo, mesmo que não haja a presença do elemento culpa, haja vista levar em consideração o fato que ocorreu o risco de causar dano a outrem, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Portanto, para efeito de reparação, a culpa, ou a intenção do agente, não é levada em consideração. Há necessidade somente de que se

¹³⁶ No entanto, existem situações jurídicas descritas pela lei que exoneram o agente do dever jurídico de reparação. Na responsabilidade civil subjetiva são elas: a legítima defesa própria ou de terceiro, o estado de necessidade próprio ou de terceiro, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal, ou caso fortuito, e a força maior.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 508. v.7.

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

prove a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima.

Rodrigues nos dá a base da responsabilidade civil objetiva da seguinte forma:

Na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou danosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.¹³⁹

O dano, na responsabilidade civil objetiva, será indenizado não se exigindo prova de culpa do agente, que por meio de sua atividade, causou prejuízos a terceiro, mas aquele será obrigado a reparar o dano.

No entanto, salienta-se que a culpa, embora não seja elemento obrigatório, muitas vezes existe por presunção, conforme afirma Gonçalves: "Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível."¹⁴⁰

No Código Civil brasileiro, a teoria objetiva está codificada no artigo 927 em seu parágrafo único quando dispõe que "haverá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Quando se trata do Direito do Trabalho, a responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa, passa a responsabilidade objetiva, ou seja, a teoria da culpa cede lugar à teoria do risco. A teoria do risco representa uma evolução na responsabilidade civil e baseia-se no fundamento de que a pessoa que cria o risco deve arcar com a reparação dos danos que sua atividade pode causar a outrem. Logo, a reparação do dano não dependerá da prova da culpa do agente, sendo suficiente a comprovação do nexo de causalidade¹⁴¹ entre a ação danosa e o prejuízo que dela resultar.

¹³⁹ RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 11.

¹⁴⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 238.

¹⁴¹ Relação de causalidade é o nexo causal ou etiológico entre a ação ou a omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", empregado no art. 186 do CCB. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. GONÇALVES, op. cit., p. 456.

Para Alonso a responsabilidade civil necessita de três pressupostos, quais sejam: uma ação, o dano, e o vínculo entre ambos.¹⁴²

Portanto, para a caracterização da responsabilidade civil objetiva é indispensável que haja a conjunção dos três pressupostos, ou seja, ação, dano, e relação existente entre ambos. Em não havendo algum desses elementos, o direito à reparação não existirá, uma vez que não gerou a responsabilidade civil.

Portanto, na responsabilidade civil objetiva encontram-se os seguintes elementos: o risco da atividade desempenhada pelo agente ou por seu preposto, o sujeito passivo, o dano à vítima ou ao seu patrimônio, e o nexo de causalidade entre a atividade de risco e o dano verificado.

Para Lisboa, os excludentes da responsabilidade civil objetiva correspondem à culpa exclusiva da vítima, à culpa exclusiva de terceiro, ao caso fortuito e à força maior.

Culpa exclusiva da vítima é a violação do dever jurídico que proporciona dano ao próprio velador, durante o exercício da atividade perigosa, pelo agente ou seu subordinado. Culpa exclusiva de terceiro é a violação do dever jurídico de terceiro que proporciona dano à vítima, durante o exercício da atividade perigosa, pelo agente ou seu subordinado.¹⁴³

A responsabilidade civil objetiva, ou seja, a responsabilidade sem culpa, parte da premissa da inexigibilidade de indagações em torno do elemento volitivo, haja vista que o dever de reparar está baseado na ocorrência do dano e dissociado do real querer do lesante. O legislador prefere evitar discussões quanto à presença, ou não, da culpa, facilitando o acesso do lesado à devida reparação pelo dano sofrido.¹⁴⁴

No próximo título, tratar-se-á da responsabilidade civil das empresas envolvidas na terceirização em relação aos empregados da empresa prestadora de serviços.

4.4.3 Responsabilidade civil das empresas envolvidas na terceirização frente aos empregados da empresa prestadora de serviços

¹⁴² ALONSO. Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84.

¹⁴³ LISBOA, op. cit., p. 272.

¹⁴⁴ MATIELO. Fabrício Zamproga. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: D-Sagra Luzzallo, 1998. p. 20.

O Código Civil brasileiro responsabiliza objetivamente, independentemente de culpa, os empregadores em geral, conforme os artigos 931,¹⁴⁵ 932,III¹⁴⁶ e artigo 942, parágrafo único.¹⁴⁷

Pelo já exposto, percebe-se que a regra geral no Direito brasileiro continua sendo a da responsabilidade civil subjetiva, mas em função de previsão legal ou de atividade de risco, passa a ser aplicada a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade Civil objetiva é de extrema importância para o Direito do Trabalho, uma vez que há casos em que não se pode partir do pressuposto de que há uma relação de igualdade entre as partes, como presume a teoria subjetiva. Existem casos em que uma das partes não se enquadra nesse perfil, porque é portadora de hipossuficiência. Como é o caso dos trabalhadores diante do empregador.

Para Pamplona Filho, a responsabilidade civil do empregador é objetiva.

A ideia de culpa, na modalidade in *eligendo*, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilidade civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação [...] de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida.¹⁴⁸

O fato de o empregador assumir os riscos econômicos de seu empreendimento, faz com que a responsabilidade passe a ser uma responsabilidade civil objetiva, ou seja, que deixe de existir o elemento culpa.

Na lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), em seu artigo 16, estabelece a responsabilidade solidária entre as empresas tomadora e prestadora de serviços, mas a responsabilidade somente é solidária em se tratando dos itens especificamente

¹⁴⁵ Artigo 931. “Ressalvados outros casos previsto em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados.”

¹⁴⁶ Artigo 932. -São Também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III- O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

[...]

¹⁴⁷ Artigo 942. "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

¹⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 10 jun.2003.

enumerados na lei a, ainda, somente no caso de falência da empresa prestadora do serviço.

A responsabilidade solidária¹⁴⁹ prevista no artigo 2º, parágrafo 2º da CLT, busca cercar o empregado de garantias de seus direitos trabalhistas, não somente ao seu empregador, mas também contra as empresas envolvidas no grupo econômico.

Quanto à responsabilidade subsidiária,¹⁵⁰ o empregado deverá chamá-la ainda na fase de conhecimento da ação, mas somente responderá pelas obrigações a empresa principal da qual o trabalhador é empregado. Se essa não puder arcar com suas responsabilidades, aí sim poderão ser acionadas as outras empresas envolvidas. No caso de terceirização, o empregado está juridicamente subordinado à empresa prestadora de serviços; se essa não cumprir com os direitos trabalhistas de seus empregados, responderá subsidiariamente à empresa tomadora de serviços.

4.5. Enunciados 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Com o surgimento da terceirização, a jurisprudência passou a buscar alternativas de tal forma que os direitos do trabalhador (na terceirização) fossem garantidos, uma vez que não existe legislação específica sobre o assunto, havendo apenas o entendimento jurisprudencial conforme os citados enunciados.

4.5.1. Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho

A relação empregatícia no Direito do Trabalho, com base na CLT é taxativa, exceto no caso do Artigo 455,¹⁵¹ que admite a subempregada. No entanto, com o advento da terceirização entre as empresas. (sem contudo existirem leis ou jurisprudências sobre o tema), começaram a surgir controvérsias sobre o assunto, e os

¹⁴⁹ De sólido, do latim *solidus* (inteiro, consolidado) exprime a quantidade de ludo o que deva ser cumprido ou feito por inteiro, sem divisão, ou fracionamento. SILVA. De Plácido e., op. cit., p. 771.

¹⁵⁰ Do latim *subsidiarius* (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem comum designa o que vem em segundo lugar, isto é, é secundário, auxiliar, ou supletivo. SILVA, De Plácido e., op. cit., p. 776.

¹⁵¹ BRASIL. Artigo 455. "Nos contratos de subempregada responderá o subempregado pelas obrigações derivadas do contato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empregador principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregado e a retenção da importância a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo".

tribunais ao julgar tais casos. se viram na incumbência de uniformizar a jurisprudência sobre a terceirização. Em 1986. veio a ser aprovado o Enunciado 256 do TST, mediante da Resolução Administrativa 4/86, publicada no DJU de 30 de setembro de 1986, com a seguinte redação:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102. de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Esse entendimento jurisprudencial do colendo Tribunal Superior do Trabalho seguia uma linha de estrito cumprimento dos preceitos legais. Os contratos de prestação de serviços, ou seja, a terceirização, deveriam ter uma utilização restrita, conforme já previsto nas leis do trabalho temporário e de serviço de vigilância, leis 6.019, de 3/1/74, e 7.102, de 20/6/83, respectivamente, que representavam uma exceção a filosofia estabelecida pela CLT, qual seja, a de não tolerar a terceirização.

No entanto, continuavam a existir muitas divergências quanto a responsabilidade com relação as obrigações derivadas do contrato de trabalho do empregado da empresa prestadora de serviços envolvida na terceirização, bem como quanto a em que atividades poderia ocorrer a descentralização de serviços. Essas questões fizeram com que surgisse um novo enunciado, ou seja, o Enunciado 331 do TST, que tem por objetivo dirimir divergências que ainda permaneciam em questões trabalhistas. O Enunciado 331 tem o mesmo espírito do Enunciado 256, com uma pequena atenuação no que diz respeito a admitir a terceirização das atividades-meio das empresas e quanto à responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços com relação aos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora de serviços, mesmo que a terceirização não esteja enquadrada nos permissivos legais ora existentes.

4.5.2. Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho

O Enunciado 331 do TST foi primeiramente aprovado pela Resolução Administrativa 23/93, de 17 de dezembro de 1993, que correspondeu a uma revisão do Enunciado 256 do TST. Com uma nova resolução (a de número 96/2000), o Enunciado

331 teve o inciso IV alterado, mas o enunciado continuou composto por quatro incisos, conforme a sua atual redação:

A súmula 331 sofreu nova modificação em Maio de 2011, passando a apresentar a seguinte redação:

Súmula 331 TST

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

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Com a publicação do Enunciado 331, o grande avanço que se pode citar com relação à terceirização é a inclusão do inciso III, que ampliou a possibilidade de as empresas utilizarem a terceirização, uma vez que passou a permitir a contratação entre empresas, de atividades e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Com base nesse entendimento jurisprudencial, muitas empresas passaram a descentralizar suas atividades empresariais, fazendo uso da terceirização, realizando verdadeiras parcerias com empresas possuidoras de maiores conhecimentos

especializados, uma vez que, na maioria das vezes, essas são possuidoras de profissionais com maior técnica e conhecimentos específicos em determinadas áreas e serviços.

Ainda, levando em consideração o Enunciado de 331, a terceirização sofre algumas restrições, pois, além daquela ocorrer somente em atividades-meio, tem que observar a não-ocorrência da pessoalidade e a subordinação por parte da empresa tomadora de serviços sobre os empregados da empresa prestadora, que não poderá exercer uma subordinação direta sobre os empregados desta.

Tendo-se por base o sumulado no Enunciado 331 do T8T, verifica-se a existência da responsabilidade civil da empresa tomadora de serviços quando as verbas trabalhistas não forem adimplidas pela empresa prestadora dos serviços. Trata-se de uma responsabilidade subsidiária, diferente do constante na Lei do Trabalho Temporário, que era de responsabilidade solidária e somente em caso de falência dessa.

A responsabilidade civil com relação às obrigações trabalhistas existentes na terceirização - que ocorre quando uma empresa tomadora de serviços. Por meio de um contrato de natureza civil, contraia uma empresa prestadora de serviços - fica por conta daquela que contrata empregados, ficando, pois, com a responsabilidade pelo pagamento das obrigações trabalhistas de seus empregados. Somente responderá subsidiariamente a empresa tomadora, no caso de não pagamento dos direitos trabalhistas à empresa prestadora, se essa tomadora não tiver bens suficientes e ainda deverá fazer parte da relação processual.

Pamplona Filho acrescenta:

A ideia dessa responsabilidade é com base em uma culpa *in eligendo* do tomador de serviços, na escolha do prestador, bem como *in vigilando* da atividade exercida, aplicando-se analogicamente outras disposições da legislação trabalhista, como, por exemplo, o artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho.^{152_153}

¹⁵² PAMPLONA FILHO, *op. cit.*

¹⁵³ BRASIL. CLT. Artigo 455. “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 estes devida, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

A culpa *in eligendo*¹⁵⁴ por parte da empresa tomadora de serviços, em virtude de contratar uma empresa prestadora de serviços inidônea econômica e tecnicamente, implica em responsabilidade subsidiária da tomadora em relação às obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora.

Com relação à culpa *in vigilando*¹⁵⁵ a responsabilidade da empresa tomadora ocorrerá em virtude de a mesma não manter a vigilância quanto aos procedimentos da empresa prestadora com relação aos direitos trabalhistas dos empregados dessa, direitos tais como: pagamentos dos salários, recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e previdenciários.¹⁵⁶

Com o objetivo de se prevenir contra surpresas desagradáveis, como ter que responder subsidiariamente às obrigações trabalhistas, a empresa tomadora de serviços deverá ter cuidado ao escolher seus parceiros na hora de realizar contratos de terceirização, tomando as seguintes providências como ensina Ferraiuolo:

- Planejamento prévio levando em conta os problemas culturais e sociais;
- Pré-qualificação dos contratados visando evitar perda de qualidade e competitividade;
- Revisão da estrutura visando à diminuição dos níveis hierárquicos:
- Não-extensão de benefícios concedidos aos empregados da contratante aos empregados da contratada;
- Celebração de contratos com pessoas jurídicas;
- Não terceirizar parcialmente serviços e/ou áreas;
- Contratação de serviços e por prazo definido:

¹⁵⁴ Culpa *in eligendo* (resultante da escolha) é a que se atribui ao proprietário, patrão, empregador, etc., pelas faltas cometidas por seus serviços, empregados ou prepostos, na execução de atos ou omissões que possam causar danos a outrem, desde que ocorridos no exercício do trabalho que lhes é cometido. SILVA, de Plácido *e.*, op. cit., p. 234.

¹⁵⁵ Culpa *in vigilando* (falta de vigilância), é a que se imputa à pessoa, em razão de prejuízos ou danos causados a outrem, por atos de pessoas, sob sua dependência, por animais de sua propriedade, consequentes de falta de vigilância ou atenção que deveria ter, de que resultam os fatos, motivadores dos danos e prejuízos. *Ibidem*, p. 234.

¹⁵⁶ Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), previsto na Lei 8.036, de 11/11/1990. Previdenciário previsto na Lei Plano de Custeio sobre o n. 8.212 de 24-7-1991. Quanto ao pagamento dos salários, os mesmos deverão ser pagos até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, conforme § 1º do artigo 459 da CLT. Artigo 459. O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações. § 1º. Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.”

- Priorização das atividades-meio no processo de terceirização.¹⁵⁷

E acrescenta ainda: no processo de terceirização, deve-se evitar:

- Subordinação direta da mão-de-obra da contratada a proposta dos empregados da contratante;
- Avaliação e controle de frequência dos empregados da contratada pela contratante;
- Comunicação direta da contratante aos empregados da contratada.¹⁵⁸

No entendimento de Leiria, ainda quanto à idoneidade da empresa prestadora, a empresa tomadora devesa examinar os seguintes pontos daquela:

- Contrato social
- Atividade-fim
- Composição social
- Responsabilidade dos sócios
- Capital Social
- Bens imóveis
- Seguros
- Certidão de arquivamento do contrato social
- Situação perante a Previdência Social
- Situação perante a Justiça Federal
- Situação perante a Justiça Comum
- Situação perante a Justiça do Trabalho
- Situação perante o Ministério da Fazenda
- Estrutura patrimonial (três últimos balanços). se for o caso
- Capacidade operacional (máquinas, equipamentos, veículos, quadro de pessoal, etc.).¹⁵⁹

¹⁵⁷ FERRAIUOLO, Roberto. *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. Coordenadores CARDONE, Marty A., SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. São Paulo: LTr. 1993. p. 71-72.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 71-72.

E ainda, com relação aos recursos humanos, o mesmo autor diz que a empresa tomadora deverá verificar:

- Registro de empregados
- Controle de frequência
- Composição da folha de pagamento
- Forma de pagamento dos salários
- Pagamento de carga horária trabalhada
- Adicional noturno
- Adicional de insalubridade/periculosidade
- Pagamento dos repouso remunerados e feriados
- Contrato de prorrogação de jornada de trabalho
- Contribuição sindical e previdenciária
- Salário-família
- Salário-maternidade
- Imposto de Renda retido na fonte
- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
- Atendimento a convenções coletivas
- Demais determinações de proteção ao trabalho e salário.

Percebe-se que, com o surgimento do Enunciado 331 do TST, ficou mais clara a responsabilidade das empresas envolvidas na terceirização, pois a empresa tomadora de serviços será subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, apenas se exigindo que essa tenha participado da relação processual e que também conste do título executivo judicial, e ainda, que a empresa prestadora de serviços não tenha bens, ou que os mesmos sejam em quantidade insuficiente para pagamento dos créditos trabalhistas. Portanto, a empresa prestadora de serviços e a empregadora, logo, (a empresa prestadora) será a principal responsável pelos débitos trabalhistas, só respondendo a tomadora, quando a prestadora não possuir bens, ou se os mesmos forem insuficientes para satisfazer tais créditos.

¹⁵⁹ LEIRIA, Jerônimo Souto. Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial. Porto Alegre: Ortiz, 1991. p. 37-38.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, evidenciou-se a importância da terceirização como uma prática consagrada no sistema econômico-jurídico de nosso país.

Para isso, fez-se uma revisão teórica dos principais doutrinadores que se dedicaram ao estudo do tema em questão.

Constatou-se a existência de uma distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego, uma vez que para o Direito do Trabalho interessa o trabalho subordinado, e não, qualquer trabalho.

Um dos sujeitos da relação de emprego é o empregado que tem sua definição no artigo 3º da CLT, ali seja: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador. Sob dependência deste e mediante salário".

É desse conceito que derivam os elementos constitutivos da relação de emprego.

Entende-se que os princípios do Direito do Trabalho que fundamentam o vínculo de emprego são: o princípio da proteção, o qual está subdividido em *in dubio pro operario*, o da aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica; o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade e o princípio da primazia da realidade.

O outro sujeito da relação de emprego é o empregador, cujo conceito também é estabelecido pela CLT no seu artigo 2º que diz: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."

A CLT, ainda em seu artigo 2º, parágrafo 1º acrescenta: "Equiparam-se ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados." Aqui encontramos as instituições sem fins lucrativos, que são elevadas à categoria de empregadores por equiparação, assim como os profissionais liberais, necessitando, para tanto, que contrate outra pessoa física para lhe prestar serviços dentro dos moldes da relação de emprego.

Ainda, com relação ao empregador, esse poderá ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica, diversamente do empregado que, necessariamente, deverá ser uma pessoa física, já que a pessoalidade é um dos elementos caracterizadores do conceito de empregado, o empregador, tanto pessoa física como pessoa jurídica, tem a característica de ser um empreendedor no mundo dos negócios. Ele está amparado pelo princípio da livre iniciativa, uma das garantias constitucionais.

A livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica e um dos seus princípios gerais previsto no artigo 170 da atual Constituição Federal.

A livre iniciativa, como direito subjetivo, contém em si o ideal de universalidade dos direitos humanos, com a pretensão de direitos válidos em todos os tempos, para todos os homens, consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrando a igualdade de todos perante a lei, o direito à liberdade e o direito do

cidadão de lutar contra a opressão, portanto, um direito fundamental de cidadania da pessoa humana.

Assim como os direitos humanos são uma conquista resultante das reivindicações sociais, uma prática que se tornou comum é a terceirização.

A evolução dos direitos trabalhistas foi sendo construída ao longo dos séculos, sendo recente, entretanto, o reconhecimento dos mesmos tais como hoje são reconhecidos.

A globalização interfere de vários modos sobre os empregos. Ora reduzindo-os, ora ampliando setores, tais como o de serviços. A descentralização das atividades empresariais oportuniza o surgimento de novos empreendedores, como uma de suas consequências. A descentralização, pela busca de melhor competitividade, especialização, eficácia e produtividade das empresas, associada ao empreendedorismo das pessoas, é a causa do surgimento da terceirização.

A terceirização surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, quando fabricantes de armas dos Estados Unidos delegaram a terceiros a atividade de fabricá-las, com a finalidade de aumentar a produção.

Continuou a terceirização após o término da Segunda Guerra como uma solução adotada por empresários, inclusive do Brasil, no final dos anos 50.

A palavra *terceirização*, no sentido de demonstrar a existência de um contrato civil de repasse de atividades ou serviços a outra empresa, é um processo de descentralização de atividades empresariais para empresas parceiras com maior conhecimento tecnológico, deixando a empresa tomadora centrada em suas atividades essencialmente ligadas ao seu negócio.

Tomando por base o acima exposto, pode-se dizer que se caracteriza a terceirização quando há o repasse de determinadas atividades para a empresa parceira, com o objetivo de a empresa tomadora das atividades, ou serviços, ficar centrada em suas atividades essenciais e, com isso, tornar-se mais competitiva. A relação de parceria pressupõe a atuação conjunta das empresas para crescimento mútuo.

A relação jurídica da terceirização é contratual, isto é, decorrente do acordo de vontade celebrado entre duas empresas para prestação de serviços especializados, em caráter de parceria, pois tais empresas (que fornecem trabalho especializado) possuem mão-de-obra qualificada e pronta, para produzir um serviço à empresa tomadora.

Em relação ao vínculo de emprego no qual a relação é de caráter essencialmente bilateral, entre empregado e empregador, na terceirização, a relação jurídica envolve o

interesse de três partes: a empresa que contrata os serviços de uma empresa especializada com determinado serviço ou atividade, é chamada *empresa tomadora*; a chamada *empresa prestadora* corresponde à empresa especializada em determinado serviço ou atividade, e o *empregado* é o contratado pela empresa prestadora, formando, assim, a relação trilateral na terceirização. Logo o vínculo empregatício ocorre entre a empresa prestadora de serviço e o empregado, e não deste com a tomadora.

Conclui-se que a terceirização envolve a contratação de uma empresa por outra, para o fornecimento de um produto ou serviços, e não de mão-de-obra. Os empregados envolvidos na produção, ou no serviço, não ficam subordinados à(s) empresa(s) beneficiada(s) com tais atividades, de tal forma que o vínculo de emprego dos empregados envolvidos na relação de terceirização fica com quem tem essa obrigação, ou seja, com a empresa prestadora de serviços. .

Os conceitos de atividade-meio e atividade-fim têm gerado muitas controvérsias nas jurisprudências e na doutrina, quanto à possibilidade de quais são as atividades que podem ser terceirizadas.

A atividade-fim à maioria dos doutrinadores corresponde àquela atividade central da empresa, ou seja, a que é o objeto social da empresa, portanto, sua atividade preponderante. Por outro lado, a atividade-meio corresponde às atividades complementares, de apoio ao desenvolvimento da atividade-fim.

Os termos *atividade-meio* e *atividade-fim* não servem de parâmetro para a admissibilidade, ou não, da terceirização, mas para definir o que deve ser observado, isto é, a não existência de fraude às leis trabalhistas, a acordos ou a convenções coletivas de trabalho.

O contrato existente entre as empresas, na terceirização, é diferente do contrato de trabalho. Nesse, a relação jurídica existente é entre empregado e empregador; naquela, a relação é de natureza contratual de prestação de serviços de caráter civil.

Conclui-se que o contrato existente entre as empresas envolvidas na terceirização é um contrato de natureza civil. Quem contrata os empregados é a empresa prestadora, logo tais empregados irão, de certa forma, trabalhar em atividades relacionadas à empresa tomadora, não possuindo com ela vínculo de emprego.

Tratando-se de um contrato lícito entre as empresas envolvidas na terceirização, a empresa tomadora deverá manter uma certa vigilância sobre a empresa prestadora, com relação aos direitos dos seus empregados, pois, caso contrário, a tomadora poderá

tornar-se responsável subsidiariamente pelo pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados daquela.

Constata-se que a terceirização não deve sofrer amarras ou rotulações, uma vez que são possíveis em atividades consideradas não essenciais. Deveria o mesmo ocorrer nas ditas atividades-fim, pois, tanto o trabalho realizado na atividade-fim como na atividade-meio, merece a proteção do Direito do Trabalho. O que se deve repelir é a fraude aos direitos dos trabalhadores em qualquer atividade, permitindo a manifestação do empreendedorismo e da livre iniciativa.

Percebe-se que a construção jurídica da terceirização de serviço ainda é insuficiente já que o tema é controvertido, tornando-se um desafio constante aos legisladores.

Pelo exposto, constatou-se a necessidade de ser mantida a terceirização, já que não há impedimentos legais a sua implementação, desde que seja elaborada uma legislação que garanta os direitos dos trabalhadores e empregadores envolvidos no processo de terceirização.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BILHALVA, Vilson Antônio Rodrigues. *Terceirização*. *Juris Síntese Milleennium*, n. 22, 2000.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Lei 5452, de 1/5/1943.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASTRO, Claudio Dias de. Terceirização: Atividade-meio e atividade-fim. *Revista Trabalho e Doutrina*. São Paulo, jul. 2002.

- CASTRO, Rubens Ferreira. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CATHARINO, José Martins. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr., 2004.
- CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTr., 1996.
- COTRIM NETO, A.B. *Contrato e relação de emprego*. São Paulo: Max Limonad, 1944, v.6.
- CUNHA, Maria Inés Moura S. A. da. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: LTr., 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes: et al. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. v. 18.
- FALCÃO, Ismael Marinho. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Edipro, 1997.
- FERRAIUOLO, Roberto. *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. Coordenadores CARDONE, Marty A., SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. São Paulo: LTr. 1993.
- GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchides Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José. *Fundamentos do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 200.
- GIOSA, Livio A. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUEDES, José Antonio Cügula. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

- LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. Porto Alegre: Ortiz, 1991.
- LEIRIA, Jerônimo Souto; SOUTO, Carlos Fernando; SARATI, Newton Dorneles. *Terceirização*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzalto, 1993.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Terceirização legal e ilegal. Síntese Trabalhista*: Porto Alegre, ano V, n: 54.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito individual do trabalho*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: D-Sagra Luzzallo, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELHADO, Reginaldo. Globalização. Terceirização e isonomia salarial. *Revista LTr*, São Paulo. v. 60. n. 10, 1996.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr., 1993.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 10 jun.2003.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio*. São Paulo. LTr. 1978.
- POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 100.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr.. 1994.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2002,
- RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr. 1995.

- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1965.v.1.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2002.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil - e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr., 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duderco. *Direito e a terceirização da economia*. In; CARDONE, Marly^a; SILVA, Floriano Vaz da. (Coords.) *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr., 1993.
- VIANNA, SEGADA. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr. 2000.