

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PPRIVADO E SOCIAL - DPS

DIREITO DO TRABALHO NA TERCEIRIZAÇÃO

Acadêmico

OSWALDO ANTÔNIO FURLAN

Professor Orientador

JOSECLETO COSTA DE ALMEIDA PEREIRA

Florianópolis - SC

1996

OSWALDO ANTÔNIO FURLAN

**DIREITO DO TRABALHO
NA TERCEIRIZAÇÃO**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito,
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientação do Prof. Msc Josecleto Costa de Almeida Pereira.**

Florianópolis - SC

Dezembro de 1996

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL

**OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA
ABAIXO ASSINADOS APROVAM A MONOGRAFIA**

**DIREITO DO TRABALHO
NA TERCEIRIZAÇÃO**

ELABORADA POR

OSWALDO ANTÔNIO FURLAN

COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO
DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO

BANCA EXAMINADORA:

Professor Josecleto Costa de Almeida Pereira - Orientador

Professor Estêvão Valmir Torelli Riegel - Membro

Professor Fernando Noronha - Membro

Professora Magnólia Ribeiro de Azevedo - Suplente

Florianópolis, dezembro de 1996

Elevada expressão de homenagem, apreço e gratidão

- ao Deus da Ação, por ser operador infinitamente sábio, justo e perfeito;**
- aos componentes da Banca Examinadora, pelo empenho em avaliarem com justeza;**
- a Josecleto Costa de Almeida Pereira, Prof. Mestre, UFSC, por orientação e estímulo; a Alexandra Candemil, Profa., UFSC, por orientação e estímulo na elaboração do projeto;**
- a Magda Barros Biavaschi, Juíza de Direito do Trabalho, mestranda na UFSC, por entrevista e pesquisa bibliográfica na UFRGS; a João Paulo de Souza, bacharelado em Direito e diretor do sindicato SINERGIA, SC, por entrevista; a José Álvaro Cardoso, supervisor-técnico do DIEESE, SC, por entrevista;**
- aos professores que atuaram com eficiência no processo ensino/aprendizagem;**
- aos colegas que, pelo estudo e integração, ilustraram a imagem do estudante;**
- às multidões que, pagando devidamente os tributos, me possibilitaram ensino gratuito;**
- à Bernarda, por apoio irrestrito; à Luciana e Marcos, por esperança fundada;**
- àqueles que, por trabalho e justiça, promovem bem-estar na sociedade.**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	7
2.1. Contrato bilateral envolvendo direitos trabalhistas	7
2.2. Vantagens empresariais da terceirização	16
3. PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS	20
3.1. Danos vertentes do capitalismo e da globalização	20
3.2. Aviltamento dos salários	24
3.3. Precarização das condições de trabalho	26
3.4. Debilitamento da força sindical	26
3.5. Diminuição de empregos, aumento de subempregos	27
3.6. Perda de benefícios sociais	28
4. LIMITES ENTRE O LEGAL E O ILEGAL	30
4.1. Conceitos e princípios em diplomas não trabalhistas	31
4.2. Categorias delimitadoras da terceirização na CLT, 1943	32
4.3. Terceirização como categoria jurídica da subcontratação	36
4.4. Limites da Lei 6.019/74, do trabalho temporário	41
4.5. Exceções estritas nos Enunciados 256, TST-1986, e 257, TST-1986	44
4.6. Fiscalização em prestadoras de serviços: Instrução 7/90, Ministério do Trabalho	45
4.7. Ampliação dos limites no Enunciado nº 331, TST-1993	47
4.8. Tipos de contratos praticados por empresas terceirizadoras	59
5. FRAUDES E POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS	61
5.1. Formas predominantes de fraude	61
5.2. Jurisprudência recente	67

6. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	72
6.1. Definição dos princípios gerais	72
6.2. Subsídios para o legislador	74
6.3. Subsídios para os Sindicatos	78
6.4. Subsídios para integradores de esforços: públicos e privados	81
7. CONCLUSÃO	82
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
9. ANEXOS	
PENSAMENTO DE DOIS SINDICALISTAS E DE UM MAGISTRADO	92
1. Visão de uma juíza do trabalho	93
2. Visão de um sindicalista dos eletricitários	100
3. Visão de um supervisor-técnico do DIEESE	107

ABREVIATURAS

CC - Código Civil

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CPC - Código de Processo Civil

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-
Econômicos.

En. - Enunciado

Entrev. - Entrevistado

Ex. - exemplo

EUA - Estados Unidos da América

FIESC - Federação das Indústrias de Santa Catarina

FSP - Folha de São Paulo

IBGE - Instituto brasileiro de Geografia e Estatística

OIT - Organização Internacional do Trabalho (sede em Genebra)

par. - parágrafo

PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego

SEADE - Serviço de Estatística ... (Fundação)

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Assistência à Empresa

SINE - Sistema Nacional de Emprego

s.v. - sob o verbete

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UFPR - Universidade Federal do Paraná

UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina

1. INTRODUÇÃO

1) Dimensões do problema, delimitação do tema. Em virtude de fatores estruturais e/ou emergenciais, o mercado de trabalho está sofrendo, no Brasil contemporâneo, assim como na maioria dos países do mundo, mudanças profundas e acentuada crise que podem ser resumidas em crescente precarização dos direitos dos trabalhadores e aumento alarmante das taxas de subemprego ou de desemprego. Dentre esses fatores, sobressaem, pela abrangência e poder, os seguintes:

1) O **capitalismo selvagem** já não se volta contra ideologias antagônicas, outrora o Comunismo, mas contra o potencial de mão-de-obra, senão contra todos os consumidores¹.

2) A **globalização do capital** eleva o nível de competitividade, produtividade e lucratividade, provoca alianças internacionais de caráter apenas econômico, compele o patronato a enxugar a folha de pagamento e, em contrapartida, enfraquece o movimento sindical operário. Hoje, as empresas que se propõem competir no mercado, precisam apresentar produtos de alta qualidade com preço acessível. Para isso, desenvolvem tecnologia, reduzem custos e demitem

¹ Ver sobretudo CAMARGO 1992, PINTO 1993, RAMOS 1994, COMISSÃO EUROPEIA 1995, SINGER, 1996.

empregados em índices preocupantes. O ideal da globalização e da tecnologia moderna é: pagar por dez um só operário que realize o trabalho de cem e possibilite dispensar noventa².

3) A **veloz transformação do mercado de trabalho** atinge 10% dos empregos ao ano. Os novos empregos passam a exigir maior qualificação do que antes, colocando sob tensão os próprios sistemas de ensino. O descompasso entre exigência e preparo constitui-se, sobretudo no Brasil, em mais um fator de subemprego e/ou desemprego³.

4) A **escalada do Neoliberalismo**, modelo de Estado descompromissado com sociedade, que poderosos (banqueiros, economistas, administradores) do primeiro mundo buscam fazer que os países do terceiro adotem, tem elevado o desemprego, também na Europa, a níveis que os próprios 17 Estados-membros da Comunidade Européia já não conseguem suportar, como evidenciam seus relatórios 1995 e 1996⁴.

²"Redução de custos, modernização da linha de montagem e necessidade de se manter competitivo são as três principais justificativas do empresariado americano para o downsizing ou enxugamento da folha de pagamento", segundo levantamento de *Nightly Business*, 1996, dos EUA (DIÁRIO CATARINENSE, 1996:9). - Editorial da FSP (19-5-96) concluía dizendo: "A redução de encargos, a flexibilização do mercado de trabalho e o enfrentamento do imenso e mundial desafio colocado pelo desemprego estrutural exigem novos parâmetros institucionais e novas mentalidades. O uso desmesurado de horas extras num ambiente de desemprego crescente, faz parte de concepções que já deveriam ter sido ultrapassadas"

³ Em abril de 1996, o número de desempregados em 38 municípios da região metropolitana de São Paulo atingiu recorde de 1,342 milhão, isto é, 104 mil mais do que em março, segundo a Fundação SEADE e o DIEESE. Comparada com abril de 95, a taxa de desemprego teve aumento de 17,8% na região em apreço. Em Belo Horizonte, o índice subiu de 12,7% em fevereiro para 13,5% em março; em Curitiba, de 12,6% para 13,5; em Porto Alegre, de 11,3% para 13,1%; no Distrito Federal, de 16,7% para 17,2% (FSP, 21-05-96, cad. 2, p. 1) Por outro lado, a indústria, setor que emprega mais mão-de-obra masculina, é que mais corta vagas, segundo a Fundação SEADE. "De 91 a 95, as mulheres perderam 131.979 postos de trabalho. Já os homens perderam 1.078.493 vagas." (FSP, 16-06-96, cad. 2, p. 7). Com isso, o desemprego agrava as consequências, de vez que, comumente, é ao homem que cabe arcar com o maior ônus na tarefa de sustentar a família.

⁴ Na doutrina do Liberalismo, o Estado larga o operário à sua própria sorte e fraqueza e o vê como simples meio de produção. Permite à classe patronal explorar e escravizar a massa trabalhadora. Fazendo-se mínimo, não intervém nas relações sociais, antes se porta como mero espectador do "*laissez faire*". de Gournay; pouco lhe importa a selvageria que sua omissão ocasiona (SÜSSEKIND, 1995:34-36). Os princípios pragmáticos dessa doutrina, renascida, a partir da década de 1940, no Neoliberalismo, foram adotados por Margaret Thatcher e Helmut Kohl, na Europa, e Ronald Reagan, nos EUA, para avanço da Direita. O Neoliberalismo apresenta dupla dinâmica: (1) *de integração* de mercados regionais e inter-regionais e de formação de blocos econômicos supranacionais; (2) *de desintegração*: destruindo e desarticulando a esfera pública, empobrecendo as grandes maiorias e expandindo um conjunto de relações sociais marcadas pela corrupção generalizada (GENTILI, 1996:54-55).

A concepção neoliberal do Estado contrapõe-se a de Estado keynesiano, de Estado como instituição intervencionista e providencial, promotora do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, preconizada pela Social Democracia Européia. Por esta, cabe ao Estado "*limitar, defrontar, destruir a diferença entre*

5) **O desenvolvimento vertiginoso das ciências e tecnologias** vêm desenvolvendo sistemas de complexidade crescente, do que são exemplo a *prodútica*, a *robótica* e a *informática*, demandando maior preparo da mão-de-obra e/ou desempregando multidões. Por efeito delas e, no Brasil, da inexecução da reforma agrária, os 80% dos trabalhadores que, há poucas décadas, se ocupavam da lavoura, ficaram hoje reduzidos a cerca de 30%, enquanto os demais se aglomeram na periferia dos centros urbanos, onde, mal preparados, buscam meios de sobrevivência⁵.

6) Muitos jusreformistas, sem haverem diagnosticado bastante as verdadeiras causas do desemprego, vêm indiciando, como causa principal e/ou única, a legislação vigente. Daí sua grita por **desregulamentação e/ou flexibilização dos direitos trabalhistas**, justificável no direito coletivo do trabalho, mas que, no direito individual, tem caminhado no sentido de ferir princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Chegou-se a defender, pela imprensa, a global derrogação da CLT (de 1943) em favor da livre negociação entre as partes, bem como a denúncia da Convenção 158, da OIT (MARIN, 1995; MARQUES, 1995). Tanto é assim, que o próprio Ministério do Trabalho, ao invés de empenhar-se por tornar perenes os contratos de trabalho, apresentou, em maio de 1996, projeto de

classes e grupos, fazer sobressair o interesse coletivo tornando relativo o direito individual, limitando o seu exercício quando ele contrariasse o interesse da sociedade"... (SÜSSEKIND, 1995:38-40).

O relatório da COMUNIDADE EUROPÉIA, 1995, reconhece à pág. três: "*A meia década de 90, temos desemprego estrutural maciço. (...) Nos sistemas actuais, o desemprego está a adquirir carácter de permanência, enquadrado por uma descoordenação de base entre qualificações, solicitações e incentivos. O pleno emprego (...) poderá ser fenómeno do passado*". Segundo o relatório da Comunidade Européia de fevereiro de 1996, o Estado já não consegue arcar com a pressão social, com o pagamento do seguro desemprego, com mão-de-obra que não gera lucro. Tanto isso é verdade, que o Consenso de Washington, reunido em outubro de 1996, manda que os 17 países-membros comecem a preocupar-se com o desemprego "*porque a receita neoliberal não deu certo*" (Entrev. BIAVASCHI, 1996).

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho, 1996, o percentual de aumento do desemprego, de 1981 para 1995, foi: Suécia, 3 a 7; Alemanha, 4 a 8; França, 7 a 12,8; Espanha, 14 a 23; Itália, 3 a 12; México, 4 a 7; Argentina, 14 a 23. Baixaram: EUA, 1981 para 1996, 8 a 5,5; Japão, 1985 para 1993, 2,6 a 2,5. O Brasil, de 1989 para 1995, elevou-a de 3,7 a 4,65 (DIÁRIO CTARINENSE, p. 4). Mas, no Brasil, as taxas de desemprego apresentadas pelo IBGE e pelo Seade vão, em junho de 1996, de 6% a 16%, porque os conceitos de quem está "desocupado" são bem diferentes (ver J. R. de Toledo, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 jun. 1996, 2º cad. p. 13; ver também A. Urani, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jun. 1996, 2º Cad., p. 2).

⁵ O vertiginoso progresso das ciências e tecnologias acaba de receber, no Brasil, seu dicionário, pioneiro no gênero, autores VIDOSSICH e FURLAN, 1996, 360 p. Ver sobretudo a bibliografia básica, referida às p. 354-360.

contrato de trabalho por tempo determinado, que visava reduzir os encargos sociais sobre novas contratações e favorecer a manutenção de empregos, panacéia que foi aprovada pelo Congresso⁶.

Por **precarização das relações de trabalho** entende-se a substituição das relações formais de emprego por relações informais. Entre as modalidades de sua realização, sobressaem, pela abrangência, *terceirização de serviços*, de contratação por tempo limitado, de assalariamento sem registro, de trabalho a domicílio e outras, típicas de países em vias desenvolvimento. O problema se agrava à medida em que o nível terciário tende a desenvolver-se vertiginosamente, tanto assim que, segundo prevêem tecnólogos, em poucos anos, a terceirização, no que tange aos serviços, ultrapassará o patamar de 70%.

Na profusa prática da terceirização, grande número de empresários brasileiros, valendo-se de seu próprio despreparo ético e do atual estado de vulnerabilidade do Sindicalismo, têm explorado sistematicamente **numerosas formas de fraudar a lei** vigente. Com isso, eles não só têm aviltado os direitos dos trabalhadores, conquistados em mais de meio século de lutas, mas também têm reforçado o caudal do desemprego e do subemprego.

Do ponto de vista justralhista, a terceirização constitui **objeto de muitas divergências** em questões substanciais, que se refletem muito entre doutrinadores e um pouco na jurisprudência. A bibliografia juslaboralista, embora já significativa, reduz-se a numerosos artigos esparsos ou a capítulos em obras administrativo-empresariais, e a raras monografias, entre as quais se notabilizam as de ROMITA (1993) MARTINS (1995) e PRUNES (1995).

Direito do Trabalho na Terceirização: limites legais, fraudes à lei e adequação das práticas terceirizadoras aos princípios básicos do Direito - tal é o enunciado do tema da presente monografia. Cedo a pesquisa evidenciou que o tema é de natureza ampla, complexa, candente, polêmica e de capital importância, para

⁶ Em 22-05-96, mais de dois mil empresários de todo o País concentraram-se no Planalto, objetivando sensibilizar a Administração Pública para a necessidade de "reduzir os encargos sociais que incidem sobre a folha de pagamento das empresas", bem como para reduzir "os encargos dos empregados e as garantias e benefícios dos empregados". O documento entregue ao Presidente pelos empresários lamentam que "a legislação trabalhista pouco flexível e o excesso de regulamentação permanecem inalterados" (FSP, 22-05-96, cad. 01, p. 08).

empregados (sindicalizados), empregadores e consumidores, e, mais ainda, para os poderes públicos, em particular para os agentes da Justiça. Um estudo dos limites legais da terceirização, das fraudes à lei e da adequação das práticas terceirizantes aos princípios básicos do Direito é chamado a representar significativa contribuição no sentido de resolver problemas juslaboralistas e de tornar mais justas, confiáveis e produtivas as relações entre capital e trabalho.

As leis relativas à terceirização, que o presente estudo analisa, circunscrevem-se ao âmbito privado brasileiro, embora faça passagens referências à administração pública e à legislação de outros países. A abrangência das dimensões do problema acima referidas ocasionaram a ultrapassagem do limite de 80 páginas, estabelecido como orientação pelo Centro de Ciências Jurídicas.

2) Objetivos. Os objetivos fundamentais da presente monografia consistem em responder, de forma analítica, crítica e pragmática, a estas principais indagações: Quais são os maiores prejuízos que a terceirização tem trazido aos empregados no Brasil? Quais são os limites legais à terceirização? Quais têm sido as formas mais comuns de fraudar a lei e qual tem sido a correspondente posição dos tribunais? Já que a solução do problema passa essencialmente pela adequação das práticas terceirizadoras aos princípios fundamentais do Direito, quais são as propostas que os sindicalistas e doutrinadores fazem?

3) Metodologia. *1) De abordagem* - No estudo dos diplomas legais e da doutrina, adotou-se método analítico e crítico. *2) De pesquisa* - Esta foi feita mediante: a) estudo e análise da bibliografia existente na biblioteca central das seguintes instituições: UFSC, FIESC, UFRGS, UFPR; bem como de casos recentes de Jurisprudência; b) elaboração, aplicação e análise de três textos resultantes de aplicação de questionário a dois sindicalistas e a uma Juíza do Direito do Trabalho, textos cuja transcrição se apresenta em anexo.

4) Hipóteses do trabalho. Para tornar mais justas e mais confiáveis as relações entre capital e trabalho, particularmente no que diz respeito à terceirização, pode-se prever a necessidade de a sociedade brasileira rever e atualizar a legislação trabalhista vigente, reforçar o sindicalismo e criar senso de responsabilidade ética em todos os empresários. O grau de sucesso na resposta aos

desafios dependerá de fatores tais como: (a) levantamento estatístico da real situação juslaboralista das práticas terceirizadoras no Brasil; (b) capacidade de os diversos segmentos da sociedade brasileira conjugarem esforços e aprenderem da legislação de países que têm obtido maior êxito no equacionamento do problema, tais como o Japão, os EUA e a Alemanha.

5) Estrutura. Ela verte, espontânea, da própria natureza do tema: 1) introdução; 2) fenômeno da terceirização no Brasil; 3) precarização dos direitos trabalhistas; 4) limites entre o legal e o ilegal; 5) fraudes à lei e jurisprudência dos tribunais; 6) adequação aos princípios fundamentais do Direito; 7) conclusão.

2. FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Esta seção destina-se a apresentar a terceirização enquanto fenômeno administrativo-empresarial que envolve direitos trabalhistas. Descreve o processo e ressalta as vantagens que nele os empresários buscam.

2.1. Contrato bilateral envolvendo direitos trabalhistas

Alguns doutrinadores, tais como PRUNES (1995:33) e MARTINS (1995:17), identificam *terciarização* e *terceirização*. Mas esses termos, apesar de cognatos, designam conceitos diferentes.

Crescimento do setor terciário. Com base em estudos de Allen B. Fischer, e de Coin Clark⁷, o quadro das atividades humanas recebe, hoje, em geral, a seguinte classificação, para efeitos de taxionomia macro-econômica:

a) *setor primário*: atividades da extração de matérias primas e da agropecuária;

⁷ Allen B. Fisher, *The clash of progress and security*, 1935; Coin Clark, *The conditions of economic progress*, 1940.

b) *setor secundário*: atividades da indústria de transformação, que abarca a produção fabril (materiais e produtos), a construção civil (construção privada e trabalhos públicos) e a geração de energia (água, gás, eletricidade);

c) *setor terciário*: as de serviços, tais como comércio; armazenamento em geral; atividades de transporte; sistemas de saúde, água e esgoto; fornecimento e distribuição de energia elétrica; sistema bancário; administração pública, municipal, estadual e federal; enfim, todo o segmento educacional; serviços de distribuição (transportes, comércio); atividades que não visam elaborar produção física⁸. O setor de serviços compreende cinco setores: públicos, sociais privados, ligados à indústria, ao consumo e a serviços creditício-financeiros (DIEESE, 1993:15-16).

Segundo Clark, o desenvolvimento econômico vem acompanhado de: 1) importante diminuição dos efetivos do setor primário; 2) progressão, às vezes seguida de estagnação, do setor secundário; 3) rapidíssima expansão do setor terciário. Os fatores que determinam essa evolução acham-se, basicamente, no progresso técnico e na evolução do consumo.

Crescente recurso à terceirização de produtos e serviços. Nas últimas décadas, o processo migratório da área rural para centros urbanos tem crescido em índices elevadíssimos e decorre sobretudo do veloz processo de desenvolvimento tecnológico. Também no Brasil, sobretudo a partir de 1950, esses fenômenos chegaram a deslocar 70% da população tradicionalmente dedicada a atividades agro-pecuárias para as periferias urbanas, onde se concentraram, inicialmente, em atividades industriais, donde passaram, gradativamente, para o setor terciário: comércio, transportes e serviços (ROCHA, 1994:117).

Salvo anomalias, o setor terciário tende a crescer, em relação aos outros dois setores, acompanhando o aumento de ingresso por habitante. Vários fatores, tais como o referido progresso técnico-científico e a conseqüente complexificação da vida social, têm multiplicado o volume de serviços. Na implementação deles, os empresários, objetivando aumentar a competitividade, a qualidade e a produtividade, e, em contrapartida, enxugar a folha de pagamento e os encargos

⁸ Ver VIDOSSICH e FURLAN, 1996, s.v. *terciarizar e terceirizar*.

sócio-trabalhistas, têm recorrido, em ritmo acelerado, ao processo de repassar parte das suas atividades para outras empresas (*terceiros*), que supõem especializados em determinados setores. O processo de subcontratar *terceiros* para realizar serviços de qualquer setor tem sido denominado, já classicamente, por termos que compõem uma família lexical de cognatos, da qual participam *terceirização*, *terceirizar*, *terceirizador* etc, embora não poucos façam reparos à excessiva abrangência do conceito.

Nos casos em que a empresa prestadora de serviços terceiriza algumas de suas atividades em benefício do seu tomador, opera-se a *quarteirização*, termo que se formou por analogia a *terceir+ização*, não pelas regras derivacionais aplicadas a esta, as quais originariam *quart+ização*.

Do ponto de vista do modelo de organização da produção, as empresas podem classificar-se em três tipos: (1) a *taylorista* ou *fordista*, verticalizada, volumosa, pesada, sem agilidade, como a Igreja e as Forças Armadas; (2) a *taylorista "desenferrujada"*: agrega aspectos participativos, mas só para a gestão seguinte; (3) *terceirizadora* ou *toyotista*: retém o que é aderente ou próprio e repassa a terceiros o que é acessório (LEIRIA, 1993:23-24; NASCIMENTO, 1996:11).

A *terceirização* designa conceito administrativo-empresarial, não juslaboralista. Como tal, compreende múltiplas facetas e valores: sociais, econômicos, empresariais, etc. Nenhuma das conceituações emitidas consegue compreendê-las todas (ver PRUNES, 1995:13-20).

Conceitos de terceirização. A terceirização constitui "*forma moderna de enfrentar problemas e custos de produção, quando, componentes de um produto final, são confeccionados ou montados noutras empresas que não o fabricante do produto final*". Ex.: na indústria automobilística, as rodas e os pneumáticos passaram a ser produzidos por terceiros para as *montadoras* (PRUNES, 1995:20). "*A empresa concentra-se em sua atividade-fim, aquela para a qual foi criada e que justifica sua presença no mercado, e passa a terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) atividades-meio*" (DAVIS, 1992:11). A terceirização é "*estratégia econômica que proporciona qualidade, agilidade, simplicidade e competitividade, mediante um*

processo de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio, permitindo às empresas concentrarem-se no seu objetivo final ou atividade-fim" (ROBORTELLA, 1994: 269). A terceirização é tendência econômica mundial de reorganização da produção capitalista, participa de movimento mais amplo que se tem denominado de *flexibilização* da empresa ou do processo produtivo e implica na alteração dos atuais paradigmas da relação de emprego, requerendo mudanças da ordem jurídica. Exemplos: *"o conceito de carreira; trabalho temporário (ciclos produtivos); trabalho part time time; conceito de trabalho por tarefa; local de trabalho etc"* (Jarbas de Vasconcelos, apud PRUNES, 1995:20).

Segundo OLIVEIRA (1996:182),

"A terceirização consiste na transferência de atividade de uma empresa para outra, por meio de contratos que têm como objetivo a prestação de serviços, a realização de obra ou o fornecimento de produtos. Através dessa parceria, a empresa contratante deixa de realizar determinados serviços (ou, mesmo, de fabricar alguns componentes do seu produto final) especializando-se e concentrando esforços no desempenho da sua atividade principal (atividade-fim), que passa a ser desenvolvida com mais rapidez e eficiência, com custos e riscos reduzidos e gerenciamento facilitado, graças à diminuição do quadro de funcionários e dos gastos salariais e sociais. Obtém-se, dessa forma, o aumento da produtividade e da eficiência técnica, além do ganho na qualidade das atividades terceirizadas, já que as prestadoras de serviços são especializadas e dominam uma tecnologia própria. Conclui-se, então, que, com a terceirização, a empresa se torna mais flexível e adaptável às mudanças de mercado".

Empresas: da verticalização para a horizontalização. Nas últimas décadas, as empresas vêm buscando, por um lado, concentrar suas atividades *"naquilo que é o segredo do negócio da empresa, no que ela faz bem, no que a diferencia frente à concorrência, frente aos consumidores, frente à população"*, ou seja, concentrar-se nas atividades-alvo, *focalizá-las*, e, por outro, *terceirizar* as atividades que se encontram fora do alvo ou foco (DIEESE, 1993:6). Assim, *focalizar e terceirizar* constituem fenômenos correlatos, mas diversos. Pela *"focalização"*, a empresa passa a dedicar-se apenas ao *foco*, ao alvo, de sua

atividade, ficando as demais com terceiros, os prestadores de serviços e/ou produtos.

Assim, o moderno processo de industrialização e a economia, como um todo, caminham no sentido inverso do da fase inicial da era industrial, que era de estrutura **vertical**: concebia-se a empresa como instituição auto-suficiente e que organizava todas as fases do processo produtivo. Essa estrutura clássica vem sendo substituída gradativamente pela **horizontal**, que compreende um complexo de empresas menores.

"Os fenômenos da terceirização e o da terciarização se relacionam à medida que segmentos da economia transferem para o terciário parte de suas atividades". Mas a terceirização pode também ocorrer através da transferência da produção entre fábricas, à altura do mesmo nível terciário, sem, portanto, promover o crescimento deste (DIEESE, 1993: 60). Eis dados do IBGE relativos ao crescimento dos três setores, entre 1980-91: 34% no terciário, 30% no agropecuário, 3% no industrial.

Reengenharia das empresas. A terceirização produz parcerias, redimensionamento das estruturas, desverticalização, associações, alianças estratégicas, uniões de empresas, busca do empreendedor interno e do externo (QUEIROZ, 1992:140). Provoca verdadeiro desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como entidade auto-suficiente, autárquica, que se responsabilizava por (quase) todas as fases do processo produtivo. Pela terceirização, a empresa se desconcentra na medida em que ela se abstém de várias atividades, dentro de concepção que combina *agilidade com flexibilidade*; troca o ideal do *big is beautiful* pelo do *small is beautiful*, abrindo espaço para que os indivíduos realizem o seu potencial em pequenos empreendimentos. - A desconcentração, levando a empresa à integração horizontal com seu contexto, exige menor capital e, ao mesmo tempo, alto grau de especialização. Tal fator provoca multiplicação das pequenas empresas especializadas, que trabalham com mais eficiência em tarefas-meio de um conjunto industrial integrado (ver ROBORTELLA, 1994:270).

Alternativas procedimentais para empresários: a) encontrar, no mercado, empresas especializadas, já estabelecidas; b) incentivar a criação de empresas que seriam administradas por ex-empregados especializados e conhecedores das atividades a serem terceirizadas; c) desenvolver empresas que pretendam terceirizar (QUERIROZ, 1992:15-16). Freqüente é a ocorrência de geração de empresas prestadoras mediante transformação de empregados em empreendedores. A terceirização implica, muitas vezes, na demissão de contingentes significativos de funcionários, o que traz inevitáveis riscos para a empresa, entre os quais: efeitos sobre a produtividade, prejuízo para sua imagem, responsabilidade da empresa sobre os restantes e sobre os desempregados (QUEIROZ, 1992:83-92).

Origem, propagação e tendência irreversível. A terceirização, enquanto fenômeno empresarial, surgiu, recentemente, nos Estados Unidos, antes da II Guerra Mundial (1939-1945), e consolidou-se como técnica de administração empresarial a partir da década de 1950, com o desenvolvimento acelerado da indústria. Nos Estados Unidos, 78% das empresas de grande porte passaram ou passam por processo de *reengenharia*. A terceirização encontra-se largamente difundida no Japão e em todos os países da Europa (OLIVEIRA, 1996:182). Propagou-se no mundo inteiro, tanto mais quanto maior é o avanço da tecnologia e o volume de serviços.

Na **Europa**, o fenômeno apresenta algo de similar ao dos Estados Unidos (ESTADO DE SC, Processo nº 111/96, p. 7). A propósito, o **modelo italiano** de expansão econômica está centrado no desenvolvimento das pequenas empresas que, por apresentarem melhor relação trabalho/produto, "*contribuem para elevar o nível de emprego e de renda nacional*". - Em muitos casos, ex-empregados, agregando ao pleno domínio do *know how* a experiência e o conhecimento dos procedimentos administrativos internos da empresa, voltam a prestar serviços ao antigos empregadores, através de contratos de consultoria autônoma ou atividades outras (ROBORTELLA, 1994:270)

O Japão, o país que mais concentra micro e pequenas empresas no mundo desenvolvido (mais de 400 mil), é um dos que optaram por regular a subcontratação.

Os serviços objeto da terceirização acham-se tutelados pela *Lei do Trabalhador Subcontratado* e são desempenhados de duas formas distintas: através do *contracted workers* ou do *dispatched workers* (ver SILVA, 1994). - No primeiro caso, a tarefa é supervisionada e dirigida pela empresa prestadora do serviço no estabelecimento da tomadora; esta última é apenas obrigada a garantir segurança no local de trabalho. Os trabalhadores estão vinculados à empresa prestadora dos serviços. - No segundo caso, a diferença reside no fato de que é a tomadora quem dirige e supervisiona os trabalhos. - Também o Japão veda terceirizar algumas atividades; a infração implica em sanções penais. As empresas prestadoras de mão-de-obra devem ser qualificadas; os contratos firmados com a empresa tomadora devem ter os elementos definidos por lei, como especificação do trabalho a ser desempenhado, local e horário da prestação do serviço, do período de prestação do contrato, etc (OLIVEIRA, 1996:186-187).

No Brasil, a rotina da terceirização foi introduzida pelas fábricas multinacionais de automóveis, que, tomando a agilidade por meta, reduziram-se a simples *montadoras*, internacionalmente dependentes da produção de peças, entregue a outras inúmeras empresas. Hoje é difícil imaginar qualquer empreendimento industrial ou comercial que não possua ramificações ou que não tenha parte de seus serviços ou produtos realizada por terceiros. (LEIRIA, 1993:24). Está sendo adotada amplamente por empresas estatais e fundacionais.

O surto desenvolvimentista da industrialização do País desde os governos de Getúlio Vargas (siderurgia e exploração do petróleo) e de Juscelino Kubitschek (automobilística), o vigoroso desenvolvimento da mecanização e da tecnologia, como também a inserção do Brasil no globalizante mercado internacional, multiplicaram empresas nacionais e as associaram em forma de cooperativas, o que trouxe consigo profundas alterações em seu sistema operacional, dentre as quais sobressai o fenômeno da *terceirização* (A. C. Almeida, in CARDONE, 1994:34).

No Brasil de hoje, quanto maiores as empresas, tanto mais tendem a terceirizar⁹.

⁹ Da ampla relação de empresas que, em agosto de 1993, terceirizavam mais do que seis atividades, pinço exemplos de nomes bem conhecidos: **Indústria:** IBM, Autolatina, GM, FIAT, Manesmann, Xerox,

Segundo a empresa de consultoria *Rummler/Branche* (apud OLIVEIRA, 1996:181), num total de 98 empresas atuantes em setores diversos da economia brasileira, 44% declaram estar se submetendo a processo de reengenharia, passando a incorporar novas formas de gerenciamento e organização do trabalho, enxugando suas estruturas, descentralizando a produção, adquirindo novas tecnologias e repassando para terceiros atividades que não lhe são essenciais.

A globalização da economia gera fenômenos similares em todos os países. Assim, na Itália, por exemplo, a expansão econômica baseia-se na expansão e incremento da pequena indústria; nos UEA, os grandes empreendimentos, sobretudo na área tecnológica, contam com fabricantes de componentes específicos em vários recantos do mundo, tais como Hong Kong, Coréia, China, Singapura, etc.

"Em suma, a terceirização constitui um dos dados essenciais da moderna organização empresarial, impondo-se como fato inafastável, difundida que está por todo o mundo" (ROBORTELLA, 1994:270). Especialistas prevêem que, na área de serviços, a terceirização alcançará o patamar de 70% no ano 2.000. Já existem empresas que terceirizam quase todas as suas atividades.

Atividades de maior incidência da terceirização. A Lei faculta implantar projetos de terceirização tanto nas empresas privadas quanto nas públicas. Aplicam-se em todas as áreas definidas como *atividades-meio*, nas empresas que se caracterizam como suporte, tais como serviços de: alimentação, conservação patrimonial, limpeza, segurança, manutenção geral e especializada; engenharia, arquitetura, manutenção de máquinas e equipamentos; oficina mecânica, frota de

Duracell, Du Pont, Pirelli, Philips, Springer, Papel e Celulose Catarinense, Champion Papel e Celulose, Rhodia, Servodonto, Karmann-Ghia, Westinghouse; **Comércio:** Benetton, Mesbla, Carrefour; **Serviços:** Credicard, Hospital São Lucas; Golden Cross, SENAC; **Bancário:** Nacional, Banespa, BEG; **Estatal:** Petrobrás, CVRD, CPFL, ECT, TELERJ; **Administração Pública:** Prefeitura de Maringá, Belo Horizonte e Divinópolis; **Lazer:** The Waves (QUEIROZ, 1992:165-166). São exemplos de empresas exitosas na terceirização: Riocell (Guaíba, RS), Springer Carrier (Canoas, RS), Servisystem (multinacional), Refeições Puras Rid Limitada (Sul do Brasil). - Multinacionais: Kodak, IBM, Avon, Duracell, Westinghouse, Dupont, KSB, Mangels, Pirelli e Springer Carrier, bem como as grandes redes de lanches rápidos (LEIRIA, 1993:24 e 63-74)

Em SC, de janeiro a junho de 1996, a indústria de transformação fechou 5.061 vagas, liderada pelo setor têxtil (Hering à testa) e papel e papelão (Papel e Celulose Catarinense à frente. A SADIA, afastando-se da tendência geral, encontrar-se-ia na tendência de aumentar o número de empregos (DIÁRIO CATARINENSE, 1996:11-12).

veículos, transporte de funcionários, envio de mensagens, distribuição interna de correspondência; jurídicos, assistência médica, seleção de recursos humanos, treinamento de funcionários, auditoria, telefonia, recepção, digitação, processamento de dados, distribuição de produtos, movimentação interna de materiais, administração de recursos humanos, administração de relações trabalhistas e sindicais; serviços de secretaria, de arquivo ativo e inativo, de agência de viagens, despachantes, embalagem de produtos, de contabilidade, montagem de componentes, controle de qualidade, assistência técnica; *na área bancária*: transporte de valores, cobranças, informações cadastrais, compensação de cheques, tesouraria, contabilidade, pagadoria; *no setor agropecuário*: fornecimento de ração, tratamento veterinário, separação dos tipos, avaliação do desenvolvimento, transportes; *nas agropastorais*, avicultura; *na área educacional*: administração escolar de unidades educacionais municipais, por cooperativas, objetivando qualidade de ensino (QUEIROZ, 1992: 45-46; MARTINS, 1995:39).

As atividades mais comumente terceirizadas no Brasil relacionam-se a preparo de alimentos para empregados, execução de serviços de vigilância, limpeza, transporte de produtos e funcionários, telefonia, etc. Outras começam a ser terceirizadas: serviços de assistência jurídica, processamento de dados, digitação, controle de qualidade, administração de recursos humanos (OLIVEIRA, 1996:182). Também no Brasil, a terceirização se acha amplamente difundida: 1) na indústria automobilística, as *montadoras*; 2) nas oficinas mecânicas; 3) nos órgãos públicos, prédios, hospitais, parques. A terceirização dos serviços de limpeza e de vigilância tendem a generalizar-se.

Apresentando *"idéias práticas para a melhoria da produtividade e competitividade da empresa"*, DAVIS (1992:27-30) entende que *"um dos primeiros departamentos a serem 'implodidos'"* será o de recursos humanos e aquelas áreas tradicionalmente a ele atreladas: folha de pagamento, assuntos trabalhistas, segurança patrimonial, correio interno, correio externo, fax, gráfica, limpeza e conservação, malotes, PABX, telex, xerocópias.

2.2. Vantagens empresariais da terceirização

A literatura evidencia que o fenômeno da terceirização tem sido analisado predominantemente de dois pontos de vista, apresentando dois conceitos e tendências divergentes, quando não conflitantes. Assim, várias monografias, sobretudo as administrativo-econômicas, tais como os de DAVIS, LEIRIA, CUNHA, QUEIROZ e MARTINS, por se destinarem a empresários, maximizam os benefícios da terceirização para os empresários, enquanto minimizam, quando não silenciam, os danos que ela, assim como é praticada no Brasil, causa aos direitos trabalhistas. Alguns, como MARTINS (1995:38) focalizam vantagens e desvantagens. Os textos da maioria dos juristas e dos sindicalistas, ao invés, ressaltam o aviltamento dos direitos trabalhistas que muitas práticas terceirizadoras tem acarretado no Brasil, pelo que são qualificadas de *espúrias*.

ROBORTELLA (1994:270) divide em duas as maneiras de ver a terceirização: "*desideologizada*", isto é, de concepção puramente dinâmica da economia empresarial, e uma visão "*ideologizada*", isto é, de concepção jurídica e sócio-política do fenômeno. O que visam as empresas quando se concentram em suas atividades-foco ou atividades-fim e terceirizam suas atividades-meio? - A resposta depende da ideologia do empresário. Em ideal, deveriam aumentar produtividade, qualidade e ganhos, bem como preservar os direitos dos trabalhadores; mas ordinariamente os precariza. Entre muitas outras vantagens, os doutrinadores salientam principalmente as seguintes.

Flexibiliza e agiliza a empresa. A focalização das atividades facilita a gestão empresarial, na medida em que ela diminui a diversidade das formas de organização da produção e do trabalho; a terceirização, por sua vez, pode dar maior fôlego à empresa para esta sobreviver às crises, já que é mais fácil cortar encomendas do que desfazer-se de ativos; a terceirização realiza menor número de tarefas, o que possibilita a redução de custos e melhor controle de desempenho e qualidade, elementos que são fundamentais para enfrentar a concorrência (DIEESE, 1993:6-8).

A terceirização gera flexibilidade empresarial, com qualidade, proporcionando agilidade, simplicidade e competitividade. Resultado: tornam mais flexíveis as empresas, adaptam-nas melhor às rápidas mudanças do mercado e, com isso, levam-nas à liderança e geram ganhos consideráveis (QUEIROZ, 1992:13). *"Multifuncionalidade e terceirização andam de mãos dadas. (...) ambas enxugam acentuadamente a pirâmide empresarial, tornando-a mais leve, ágil, comunicativa, lucrativa e competitiva"* (DAVIS, 1992:101).

Um dos aspectos mais atraentes da terceirização deriva da *"possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias, em novos produtos"*. Assim, as empresas podem manter pessoal fixo reduzido, utilizado intensa e continuamente; além disto, economizam os custos da contratação e treinamento de empregados, com os encargos sociais decorrentes (ROBORTELLA, 1994:269). A empresa tomadora de serviços *"visa reduzir seus custos operacionais, para mais lucrar, e a fornecedora lucrar o mais possível, segundo as condições do mercado"* (CATHARINO, 1994: 569).

A terceirização objetiva, pois, *"a racionalização da produção, com vistas à melhoria da produtividade e qualidade do produto, com custos mais baixos"*. A empresa poderá destinar recursos para pesquisa de tecnologia, criação de novos produtos.

A terceirização: a) desburocratiza; b) alivia a estrutura organizacional; c) proporciona melhor qualidade na prestação de serviços; d) contribui para especializar a prestação de serviços; e) proporciona aumento da eficácia empresarial; f) aumenta a flexibilidade; g) aumenta a agilidade decisória e administrativa; h) simplifica a organização; i) incrementa a produtividade; j) gera economia de recursos: humanos, materiais, instrumentais, equipamentais, econômicos e financeiros; k) descentraliza a produção; l) contribui para o aumento do setor terciário da economia; m) transforma custos fixos em variáveis, isto é, a empresa cliente já não precisa manter equipamentos e instalações, pois os custos fixos ficam a cargo da fornecedora (QUEIROZ, 1992:26).

Gera qualidade, produtividade e competitividade. A terceirização, em sua forma perfeita, objetiva *"ganho de qualidade, especialização e eficácia empresarial, com a melhoria da competitividade"*. Há outros numerosos ganhos empresariais, tanto para o setor privado quanto para a administração pública (Queiroz, 1992, p. 50-51). Segundo LEIRIA (1993: 22), o resultado do enxugamento da mão-de-obra *"que não significa, de forma alguma, aumento de desemprego na comunidade"*, fica logo visível com a simplificação administrativa e econômica de recursos, o investimento na especialização e, como resultado final, com aumento da produtividade e qualidade do produto. Empresa que terceiriza não só está descentralizando sua produção, mas, também, contribuindo para aumentar o setor terciário da economia - característica do processo de desenvolvimento econômico e efeito do aprimoramento tecnológico e do crescimento de consumo (OLIVEIRA, 1996:182 e 183-184)

Baixa custos, barateia o produto, aumenta os lucros. Para LEIRIA (1992:25), *"a terceirização jamais diminui o número de empregos numa comunidade. Ao Contrário, a criação de novas empresas, com livre atuação, estimula cada vez mais a necessidade da mão-e-obra especializada e, portanto, melhor remunerada"*.

"Um dos objetivos básicos dos administradores de empresas tem sido a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, além da redução do preço final do produto ou serviço" (MARTINS, 1996:35).

Traz outros benefícios. Nos últimos anos, inspirados nos exemplos do Primeiro Mundo, do México e no sucesso das empresas privadas, *"também o setor público passou a adotar a nova alternativa de administração, embora de maneira dispersa"*. *"A terceirização enxuga "quadros superlotados e sem função, ao mesmo tempo que garante à comunidade um serviço eficiente."* A administração pública de São Paulo e Rio Grande do Sul tem sido pioneira. *"... no momento atual brasileiro, terceirizar é estratégico, oportuno e legal. É estratégico, porque permite concentrar energia nas atividades-fim da empresa, 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 (...), desde que sejam tomados os devidos cuidados nas contratações, o que é perfeitamente possível e desejável" (LEIRIA, 1993).

Deve ser submetida à crítica a afirmação de que a terceirização: (a) gera novas empresas, novos empregos, aumento de arrecadação de tributos, de mão-de-obra; b) permite ao trabalhador fundar empresa, trabalhar com independência (MARTINS, 1995:36).

Uma análise aprofundada evidencia que a terceirização produz imensas vantagens econômicas para o empresário, algumas vantagens econômicas para a sociedade, de par com imensas desvantagens sociais para a coletividade e, sobretudo, para os empregados.

3. PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

A presente seção focaliza, em termos gerais, os prejuízos daquele tipo de terceirização que tem sido amplamente praticada no Brasil e que, por isso, foi chamada de *espúrita* por alguns autores.

3. 1. Formas de precarização vertentes do capitalismo e da globalização

Capitalismo selvagem. Com a substituição da guerra fria pela guerra entre blocos mercantis internacionais altamente competitivos, multiplicou-se o desemprego e forçou-se a reengenharia das empresas. Para fazerem frente à concorrência internacional e ao desemprego, os países da Europa Ocidental, que desenvolveram o Estado do Bem-Estar Social, estão analisando a possibilidade de "*flexibilizarem*" os direitos dos trabalhadores, reduzindo-os, e driblando os encargos sociais, que oneram o custo dos produtos em até 50%. Como a maioria das empresas mantêm contratos coletivos com seus empregados, uma das formas de diminuir os custos laborais é a terceirização. Objetivando reduzir o elevado índice de desemprego na Europa, os sociais-democratas têm proposto *redução da jornada semanal de trabalho* para apenas quatro dias (Alemanha, França), enquanto

a direita neoliberal tem defendido a *flexibilização* (redução dos direitos nos contratos coletivos vigentes) e a *terceirização* (pois empregados de prestadoras de serviços teriam custo laboral mais baixo, em virtude da ausência do contrato coletivo (Amador Paes in CARDONE, 1993:33-39)

A direita brasileira e seus ideólogos, inclusive na área jurídica, tomam, do debate europeu, apenas a vertente neoliberal, vislumbrando, na terceirização, resposta oportuna e concreta para os desafios de uma administração empresarial cada vez mais ágil e eficiente. No Brasil, onde sequer se entrou na fase do cumprimento da semi-secular CLT, já se preconiza e se busca normatizar a *"flexibilização"*, quando, dadas as diferenças sócio-econômicas e tecnológicas dos diferentes países, as soluções para a rigidez de mercado de trabalho, acaso existentes, devem ser procuradas dentro de cada um deles, de conformidade com suas características e necessidades próprias e, sobretudo, com muita cautela (RAMOS Filho, 1994:169 ss).

Mas a única forma de terceirização que interessa à *"delinquência patronal"* é a que minimaliza os custos da mão-de-obra e sua administração, resultado que será assegurado mediante enfraquecimento dos sindicatos. Ou seja: *"As vantagens da terceirização são proporcionais à precarização dos direitos dos trabalhadores"*. Assim, sobretudo por via de fraude, a terceirização, como é praticada no Brasil, avilta a remuneração, promove desemprego, suprime benefícios sociais dos empregados, enfraquece as relações sindicais (RAMOS Filho, 1994:169-170) Precarizando os direitos justralhistas, a terceirização *"vem de par com o movimento neoliberal, que visa ao Estado mínimo, lançando massas de trabalhadores no mercado informal"* (Entrev. BIAVASCHI, 1996).

Globalização. Semelhantemente, o DIEESE (1993:9-16) vê a terceirização como *"parte de um conjunto de opções para a organização da produção capitalista"*. Para explicar a difusão dela no Brasil, focaliza-a em suas vertentes, desde o início da industrialização, nos idos de 1950, até 1993. Segundo ele, a terceirização, no Brasil, jorrou do seguinte contexto:

1) O descompasso tecnológico entre as empresas multinacionais e as nacionais fez com que as grande companhias procurassem garantir seus suprimentos dentro de suas próprias unidades (p. 9).

2) A abertura do mercado brasileiro vem ocorrendo em quadro extremamente recessivo, provocando acirramento da concorrência , da necessidade de retração de custos e da melhoria da qualidade das empresas aqui instaladas (p. 10).

3) A busca de relações inter-empresariais (parcerias) configura o '*capitalismo organizado*' (p. 10-11). A desverticalização baseia-se em unidades empresariais menores, que produzem de forma harmônica e integrada, com maior capacidade, tanto para absorver e distribuir os revezes das crises, quanto para se adequar às oscilações da demanda (p. 11).

4) A política industrial tem por função orientar e estimular, não mais o setor ou a empresa, mas a constituição de teia produtiva de encadeamento integrado, que pode situar-se no país (*outsourcing*) ou em outros países (*global sourcing*).

5) A prolongada recessão da economia brasileira se coloca como determinante da opção pela terceirização. As grandes empresas, com mercados retraídos e sem ganhos de escala, cortam despesas para manter níveis de rentabilidade. A maneira de fazê-lo vem referida, adiante, em "Terceirização às expensas de direitos trabalhistas".

6) Quanto à mão-de-obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, na medida em que a firma contratante elimina o "problema" dos custos econômicos diretos com o trabalho, dentre os quais admissão/demissão, treinamento e benefícios sociais (p. 13).

No Brasil, desde o início da década de 80, a terceirização começou em atividades periféricas e vem ocorrendo nas áreas de produção. Comprovam-no dados do DIEESE (1993:17 e 36), obtidos através de pesquisas de out./dez. de 1992, em empresas cuja maioria se concentra na região sudeste, em setores destes ramos: bancário, vestuário, metalúrgico, eletricitário, telefônico, processamento de dados e petróleo:

Empresas que terceirizam:

somente atividades de apoio.....	35,0 %
somente atividades de produção.....	2,5 %
atividades de apoio e produção.....	62,5 %

Precarização dos empregos. São efeitos da terceirização: insegurança no emprego, ampliação da rotatividade de mão-de-obra, tendência de individualização das relações profissionais, instalação ou deslocamento de empresas para regiões de fraca industrialização, de incipiente organização sindical. A subcontratação desinteressa os trabalhadores por relação direta com a empresa, aguçando a dificuldade de integração e participação. Daí resulta a contratação de maior número de mulheres, com salários inferiores, que se submete a trabalho intermitente ou de tempo parcial. Gera empregos precários (ROBORTELLA, 1994:273). - *"A principal desvantagem é o desemprego, além da rotatividade da mão-de-obra"*; depois a falta de carteira assinada, a perda da tutela trabalhista, a precarização do ambiente de trabalho, a competição salarial a menor, a freqüente falta de idoneidade financeira da prestadora, que se reflete no não recolhimento dos encargos sociais e trabalhistas (MARTINS, 1995:37. Entrevistada BIAVASCHI).

A terceirização, como processo de descentralização produtiva, caracteriza, juntamente com o desemprego estrutural, a *"desvalorização do trabalho, a privatização e o advento da ciência e da tecnologia como forças e agentes de acumulação, a chamada época pós-moderna"* (Marilena Chauí 1994, apud OLIVEIRA, 1996:181).

A instituição de empresas prestadoras de serviços, mediante contratação de pessoal temporário ou permanente, foi permitida no intuito de reduzir o custo da mão-de-obra, os encargos sociais e a criação de novos empregos. Com isso, se *"tomou o trabalho alheio como objeto de negociação, como se mercadoria fosse, mas com a agravante de que agora não se consente no lucro apenas pelo aviltamento do salário, mas, também, pela concordância de que a energia do trabalhador seja usada como objeto de negócio"* (COSTA, 1991:24-25).

Se, no Brasil, cerca de 50% dos empregados trabalham informalmente, sem assinatura da carteira, o nível elevar-se-á, sem dúvida, o índice bem mais alto nos casos das empresas prestadoras de serviços e de trabalho temporário.

Corte de gastos, aumento de lucros. Em virtude da recessão, os empresários buscam cortar gastos e aumentar ganhos, o que implica em desmonte de departamentos e em conseqüente redução do número de operários e de seus direitos. Assim, para o DIEESE (1993:12-13), os terceirizadores

1º - demitem trabalhadores, cortam salário, reduzem as compras de insumos e de matérias-primas ao nível do patamar mínimo de produção;

2º - reduzem os próprios custos fixos: com instalações, manutenção de prédios e máquinas, salários de trabalhadores indiretos e outros. Assim, conforme pesquisa da Price Waterhouse, 1993, dentre as 500 maiores empresas do País, as que promoveram algum tipo de terceirização, 48,9% apresentaram aumento na produtividade por empregado e 38,3% obtiveram redução de custos; cerca de 51% aumentaram eficiência administrativa;

3º - desativam departamentos responsáveis pelos serviços de apoio, terceirizando serviços, tais como restaurante, transporte, seleção e treinamento, depois serviços contábeis, jurídicos, financeiros, entre outros.

4º - terceirizam segmentos da produção, caso em que a empresa passa a ser compradora, e transforma custos fixos (que passam a ser do fornecedor) em variáveis.

A terceirização reduz os custos da mão-de-obra, precariza os direitos dos trabalhadores e as relações de trabalho (Entrev. BIAVASCHI, 1996),

3.2. Aviltamento dos salários

A redução de salários constitui-se numa das *"mais graves conseqüências do processo de terceirização"*. Baixa-se a remuneração para a prática da mesma espécie de serviço, já que a tomadora quer pagar menos e também a prestadora precisa cobrir gastos, às vezes com subcontratadas, e lucrar (OLIVEIRA, 1996:183).

A terceirização causa impacto negativo sobre os salários, na medida em que as atividades terceirizadas passam a ser executadas por firmas menores, com padrões salariais inferiores, em geral destituídas de capacidade econômica para suportar encargos sociais e demandas trabalhistas. A degradação salarial foi constatada em 68% dos casos de terceirização registrados em 40 empresas que a praticaram. Assim, no complexo automotivo, o salário médio pago nas empresas de autopeças, sobretudo nas pequenas firmas, costuma ser 2/3 do salário pago nas montadoras (DIEESE, 1993:14-15).

Em seminário nacional, janeiro de 1993, sobre *"Terceirização no setor metalúrgico"*, os sindicatos ligados à "Força Sindical" concluíram que ela *"causa desemprego, subemprego, redução salarial, piora as condições de saúde e segurança no trabalho e elimina benefícios sociais diretos e indiretos. Consideram-na instrumento para combater o movimento sindical e as conquistas do conjunto dos trabalhadores"*.

A subcontratação, que se desenvolveu entre as empresas mais organizadas, competitivas e líderes do mercado, encerra numerosas *armadilhas*: a) serve de instrumento de combate às entidades sindicais; b) reduz o número de empregos; c) permite degradação do ambiente de trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as subcontratadas geralmente não têm estrutura das empresas contratantes; d) gera o paradoxo de existirem dois patrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir patrão definido; e) desintegra a identidade da classe dos trabalhadores; d) dificulta a filiação, organização e militância sindical; e) oportuniza o aumento do setor informal do mercado de trabalho, criando um terreno propício a ilegalidades e a abusos nas relações de trabalho (O DIEESE, 1993:14 e 19).

Embora o modelo teórico da terceirização se destine a preservar os direitos dos trabalhadores, no Brasil ele está sendo praticado *"apenas para aumentar a produtividade, para tornar competitivas as empresas, para enfrentar a globalização, mas para retirar direitos concretos"* (Entrev. CARDOSO, 1996).

3.3. Precarização das condições de trabalho

Segundo o DIEESE (1993:19-23), a terceirização tem trazido graves danos aos trabalhadores, na medida em que ela acarreta:

1) perda de garantias e benefícios sociais, tais como saúde, transporte e alimentação: em 72,5% dos casos pesquisados, os benefícios sociais da prestadora são menores do que os da tomadora;

2) degradação salarial: 67,5% de respostas apontam que os níveis salariais praticados nas prestadoras são inferiores aos da empresa-cliente;

3) degradação das condições ambientais e de segurança no trabalho: em mais de 32% dos casos, a terceirização foi associada à ausência de equipamentos de proteção individual, a menor grau de segurança e a maior grau de insalubridade nos locais de trabalho.

4) ampliação da jornada de trabalho: em alguns casos, os trabalhadores terceiros cumprem jornadas de trabalho mais extensas, possuem maior grau de desqualificação e são contratados sem registro em carteira, isto é, em caráter informal e ilegal;

5) forte precarização das condições de trabalho, associada ao fato de que, em muitos casos, a terceirização não foi negociada com as representações sindicais;

3.4. Debilitamento da força sindical

Segundo os sindicalistas, os trabalhadores, antes vinculados a sindicato forte, ver-se-ão desprotegidos e dificultados de se organizarem na defesa de seus direitos, fato que ocasiona a desintegração da identidade de sua classe (OLIVEIRA, 1996:183; MARTINS, 1995:38). Assim, por exemplo, trabalhadores de empreiteiras e de empresas de trabalho temporário, ainda que convivendo e participando do mesmo processo produtivo que os trabalhadores de vínculo direito, os exclui da "categoria predominante". *"Não se permite a sindicalização e a participação formal do sindicato representante da categoria"*. Destarte, as conquistas salariais e sociais firmadas em acordo não alcança os trabalhadores terceiros. Na tentativa de atenuar

essa desigualdade nas condições de trabalho, grande parte das cláusulas registradas em acordos coletivos pedem que as empresas exijam, contratualmente, que as empreiteiras cumpram, para com seus empregados, ao menos, as *"normas mínimas de segurança e os direitos trabalhistas, ou seja, cumpram a lei"* (DIEESE, 1993:20-23),

A reestruturação da indústria brasileira, da qual a terceirização faz parte, opera-se sem negociação com os sindicatos, salvo em 5% dos casos. Com isso, questões fundamentais como emprego e salários tendem a ser desconsideradas quando as empresas reorganizam sua produção. Objetos de queixas: naqueles setores onde existe organização sindical, inexistência de prévia negociação com os trabalhadores e sindicatos, a resistência patronal em inserir cláusulas normativas que asseguram discussão e acompanhamento do processo de terceirização (ROBORTELLA, 1994:272 e 282; MARTINS, 1995:38).

Porque a reestruturação econômica e industrial, incluída terceirização, pode efetuar-se com prejuízo dos empregados, constitui-se em desafio ao sindicalismo. No que tange à terceirização, o *"grande problema"*, *"reside na inexistência da ação reguladora dos sindicatos no processo de adoção da terceirização"*. Três são os indicadores básicos, conjuntos e pragmáticos: *"a) pequeno número de cláusulas e acordos sobre terceirização; b) inexistência de legislação abrangente; e c) número crescente de seminários, congressos e debates sindicais sobre o tema"* (DIEESE, 1993:3),

Indícios de veracidade dessa assertiva, encontra-se no fato de que, na pesquisa de *"convenções e acordos sobre terceirização"*, o DIEESE encontrou *"pouca coisa"*. Interpretou a lacuna como *"claro sinal de que o processo se dá sem a participação dos trabalhadores"* (p. 3-4).

3.5. Diminuição de empregos, aumento de subempregos

Segundo dados da OIT, nos últimos cinco anos, 200 empresas norte-americanas e européias reduziram seus quadros em 120 mil empregados e eliminaram mais de 20 mil cargos de direção e chefia. No Brasil, segundo

publicação da revista *Exame*, 20 empresas que vem terceirizando desde 1990, enxugaram os quadros em 150.000 empregos, encontrando-se na vanguarda: Pão de Açúcar 27.000, Alpargatas 16.000, Villares 12.000, Philips 12.500 (OLIVEIRA, 1996:184).

O DIEESE (1993:14-15) rebate, com dados objetivos, a tese empresarial de que a terceirização multiplica empregos:

1) Exemplo de que a terceirização diminui o número de empregos é o caso do Riocell, RS, empresa produtora de celulose, tida como modelo de sucesso da terceirização no Brasil. Ela reduziu os 3.600 funcionários de 1989 para 1.100 de agosto de 1992. Como suas prestadoras absorveram 1.700, sumiram 800 empregos (p. 14).

2) A terceirização *precariza* a inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho. Assim, conforme a Central Sindical Alemã (DGB, 1991?), nos próximos dez anos, do total de trabalhadores ocupados e desempregados, 25% seriam trabalhadores periféricos nas empresas de contratação e serviços, 50% seriam desempregados ou empregados de trabalhos ocasionais, e apenas 25% seriam trabalhadores qualificados de grandes empresas e protegidos pelas convenções coletivas.

Segundo muitos estudiosos, a terceirização contribui, amiúde, para o desenvolvimento do setor informal do mercado de trabalho, criando um terreno propício às ilegalidades e aos abusos nas relações de trabalho. Grande contingente dos demitidos tem como destino empregos precários, sub-empregos e desemprego. O seguro desemprego não passa de paliativo. Daí a multiplicação dos camelódromos, esmolerias, pedintes, cenas de delinquência, com graves danos sobre a criança.

3.6. Perda de benefícios sociais

Segundo pesquisa do DIEESE (1993:36), com trabalhadores de 40 empresas brasileiras terceirizadoras, constituem "*efeitos da terceirização sobre as condições de trabalho*":

a) diminuição dos benefícios sociais.....	72,5%
b) salários mais baixos	67,5%
c) trabalho menos qualificado.....	17,5%
d) trabalho sem registro.....	7,5%
e) perda da representação sindical.....	5,0%
f) jornada mais extensa.....	5,%

A legislação sobre segurança e higiene do trabalho ficou enfatizada pela Constituição de 1988. Alguns doutrinadores, como DAVIS (1992:51-53), preconizam esforço rumo ao acidente zero. Davis sugere contratação de auditores externos para a segurança, bem como de médico qualificado para a saúde.

Em suma, na visão dos sindicalistas e empregados, a terceirização agrava o problema social na medida em que: a) reduz o salário, b) gera desemprego e miséria, c) baixa a qualidade do produto; d) eleva o custo para a tomadora de serviços.

4. LIMITES ENTRE O LEGAL E O ILEGAL

Mediante análise da legislação vigente, procura-se, nesta seção, definir os limites entre o que é legal e o que é ilegal nas práticas terceirizadoras. Procedese do geral para o especial e segue-se, o quanto possível, a ordem cronológica da edição dos diplomas legais.

Ilegalidade da terceirização, exceto das atividades-meio. MARTINS (1995:103), a par de outros doutrinadores (QUEIROZ, LEIRIA), para fundamentar sua tese de que *"inexiste norma vedando a contratação de serviços [a serem prestados] por terceiros"*, aduz estes argumentos: (a) A CF/88, art. 170, consagra o princípio da livre iniciativa; (b) o CC, ao tratar da *locação de serviços* (art. 1.216/1.236) e da *empreitada* (art. 1.237-1.247), não estabelece limites; c) os prestadores de serviços pagam impostos; d) a Lei 4.886, de 9-12-65 vê na representação comercial autônoma como atividade lícita. Conclui que *"nem sempre 'a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal'"*.

A formulação da sua tese não foi bastante cuidadosa. Com efeito, diante da avalanche terceirizadora, objetivando ressaltar a dignidade do trabalho humano, sobretudo desde o Enunciado 256 do TST/1986, essa Corte entendeu *"ilegal a*

contratação de trabalhadores por empresa interposta", tese que é retomada pelo Enunciado 331, do TST/1993, *exceto* casos especiais. O limite entre a legalidade/liceidade e ilegalidade/iliceidade foi estabelecida pelo critério da *atividade-meio e atividade-fim*. Logo, a *ilegalidade* é que constitui norma geral, não a *legalidade*; portanto, os casos legais, isto é, os não vedados, é que são *excetivos*.

Constitui desafio definir os limites legais da terceirização; maior o de defini-los em termos pragmáticos. O conjunto do que acima se explanou evidencia que a definição dos limites se constitui em tarefa vital e premente. Dela é que se ocupará a presente seção.

Por óbvio, *legal e lícita* é a prática terceirizadora que obedece aos preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, *"não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego"*. *Ilegal e ilícita* é a que *"se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos em relação aos trabalhadores"* (MARTINS, 1995:103).

4.1. Conceitos e princípios em diplomas não trabalhistas

Cumprir lembrar que vários diplomas não trabalhistas encerram elementos fundamentais para estabelecer limites entre o que é legal e o que não o é. Fazem-no na medida em que: (a) estabelecem princípios gerais; (b) definem institutos e conceitos; (c) tratam de contratos específicos que originaram o contrato de trabalho e cuja reconstituição originou a relação jurídica existente na terceirização (d) constituem fonte subsidiária do direito do trabalho (ver CLT, art. 8º, parágrafo único). Quais são esses diplomas e seus respectivos elementos de maior interesse? A seguinte relação cinge-se aos mais diretamente relacionados ao tema.

Constituição Federal. A CF/88 estabelece princípios fundamentais (art. 1º, IV), os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), bem como os direitos sociais (art. 6º, XI). Em especial, adota o princípio de que *"A lei não prejudicará o ato jurídico perfeito"* (art. 5º, XXXVI); esboça diretrizes que guardam íntima relação com o Direito do Trabalho, tais como *"a dignidade da pessoa humana, os*

valores sociais do trabalho" (art. 1º) e *"valorização do trabalho humano, justiça social, função social da propriedade, busca do pleno emprego"* (art. 170); trata de várias espécies de trabalho e de trabalhadores, de serviços e de servidores; dos sindicatos, sindicalização e contribuição sindical.

Código Penal - Tipifica e penaliza os crimes contra a organização do trabalho (CP, art. 197-207), em especial o de *"frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho"* (art. 203). **Código Civil** - Regulamenta contratos (Liv. III, Tít. IV e V), particularmente os da *locação de serviços* (1.216-1236) e da *empreitada* (1237-1247), que estariam na origem da terceirização. Tratando dos *atos ilícitos* (art. 159-160), estabelece o princípio segundo o qual *"aquele que ...violar direito ou causar prejuízo a outrem" "fica obrigado a reparar o dano"*. **Código de Defesa do Consumidor** - Contém conceitos de interesse, tais como de *fornecedor* (art. 3º, *caput*), *serviço* (art. 3º, par. 2º), *contratos* (art. 6º e 46-54).

4.2. Categorias delimitadoras da terceirização na CLT, 1943

A CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5 452, de 1-3-43, contém conceitos fundamentais para a delimitação entre o legal e o ilegal nas práticas terceirizadoras. Assim,

1) são de importância fundamental os art. 1º-12, onde ela estabelece o conceito de *empregador* (art. 2º) e *empregado* (art. 3º), e onde fulmina de *nulidade "os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação"* (art. 9º).

2) estabelece as normas de tutela do trabalho: gerais (art. 13-223); especiais (art. 224-441);

3) estabelece normas para o contrato individual do trabalho (442-510);

4) estabelece normas para a organização sindical (art. 511-610) e trata das convenções coletivas de trabalho (611-625);

5) ministra o ordenamento da justiça do trabalho (art. 643-908).

Em especial, a CLT,

1) estabelece o princípio da isonomia salarial para casos de função idêntica: "*Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade*" (art. 461). Em sentido contrário, a lei não impõe equiparação salarial entre empresas diferentes;

2) assegura ao empregado direito de demanda contra o subempreiteiro, assim como contra o empreiteiro principal (art. 455);

3) equipara o trabalho realizado a domicílio ao realizado no estabelecimento do empregado (art. 6º);

4) estabelece solidariedade entre empresa-cliente e empresa-intermediária (art. 2º, par. 2º; ver Lei 6.019/74, art. 16).

Na tarefa de estabelecer os limites legais da terceirização, bem como na de identificar fraudes contra a lei, importa definir, com precisão, os conceitos fundamentais de *empregado, empregador, vínculo empregatício e equiparação salarial*.

1) Empregado. "*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*" (CLT, art. 3º).

Segundo RUSSOMANO (1994:11-14), o conceito de empregado implica nestes quatro requisitos:

1) *Pessoa natural*. Logo, a relação entre a empresa terceirizada, que é entidade jurídica, e a terceirizadora não constitui vínculo empregatício. Os requisitos de aptidão para alguém se tornar empregado encontram-se assim estabelecidos pela CLT: - pessoa de 14 aos 18 anos, como *menor aprendiz* (CLT, art. 80); sem condições de idade, desde os 18 anos até obter algum tipo de aposentadoria. - Falso é afirmar que toda pessoa contratada pelo empregador seja empregado, porquanto pode haver sido celebrado contrato que não seja de trabalho, embora implique em prestação de serviço eventual (ex.: o de taxista, encanador, automecânico) e de empreitada (ex.: pintar a casa, fazer uma roça).

2) *Serviço de natureza permanente*. Não está sujeito aos princípios tutelares da CLT o trabalhador "eventual", isto é, casual, como é o dos biscateiros, carregadores de terminais de passageiros, auxiliares por ocasião de catástrofes passageiras, prestadores de serviços transitórios. A eventualidade exclui a hipótese de existência de contrato de trabalho.

Trabalhado avulso constitui-se em relação de trabalho, sem vínculo empregatício. *Trabalho temporário* tem por base contrato de trabalho típico, embora complexo. O *trabalho eventual* e o *temporário* têm em comum que ambos "*prestam serviços transitórios a determinada empresa*". Mas, (a) no *eventual*, o trabalhador presta serviços através de "*vinculação direta*" entre ele e o empresário, em relação bilateral; o contrato de trabalho inexistente, por faltar-lhe a prestação *permanente* dos serviços ajustados; (b) no *temporário*, a prestação de serviço é transitória em relação à empresa tomadora de mão-de-obra, mas é permanente a relação do trabalhador com a empresa fornecedora do trabalho temporário, num negócio jurídico triangular. A distinção reside essencialmente nisto: no trabalho temporário não há vínculo jurídico entre a empresa tomadora da mão-de-obra e o trabalhador; mas há, sim, relação de natureza civil entre a empresa tomadora e a empresa fornecedora, assim como existe vínculo trabalhista entre a empresa fornecedora (empregador) e o trabalhador temporário (empregado).

Segundo QUEIROZ (1992:122), o **vínculo empregatício** caracteriza-se como serviço que um profissional autônomo presta, sempre que o serviço tenha relação direta ou indireta (atividade-fim do autônomo) com a atividade normal (fim) do tomador e que seja de *natureza continuada*. Neste caso, fica eliminada a situação do trabalho eventual, o qual não pode caracterizar o vínculo. Como exemplos de finalidades iguais, ele refere:

a) a oficina mecânica de automóveis que contrata como autônomo um mecânico; b) a costureira autônoma, contratada para trabalhar em indústria de vestuário; c) o motorista de transportes coletivos de passageiros que venha a ser contratado como autônomo por empresa de ônibus; d) o médico autônomo que venha a ser contratado para atender a pacientes no hospital.

Nesses casos, o trabalhador autônomo desempenha suas atividades nas instalações do tomador ou onde este determinar. Com isso se estabelece relação de emprego, porque há: *subordinação hierárquica; subordinação da remuneração; horário pré-estabelecido; habitualidade; exclusividade.*

QUEIROZ (1992:123) adverte os terceirizadores para os riscos de não cumprirem a lei. Com efeito, a prática de algumas empresas passarem a ex-empregados, agora constituídos em micro-empresários, ou mesmo empresários normais, as tarefas que desempenhavam quando eram empregados subordinados à empresa, que agora os contrata para fornecerem ou prestarem serviços, deve ser cercada de todos os cuidados, sobretudo no que respeita à independência econômica e técnica, pois, se a dependência ocorrer, caracterizará continuidade presumida do vínculo empregatício anterior. Outro risco reside na localização geográfica das instalações sede da nova empresa, que não pode, da mesma forma estar dentro das instalações físicas do contratante

3) *Serviço subordinado* - Este requisito exclui do conceito de empregado o *trabalhador autônomo*, o que "trabalha por conta própria", o que presta serviços com liberdade ao empregador, o que tem obrigação de obedecer a determinações técnicas, mas sem dependência hierárquica, patronal (horário regulamentar, grau de produtividade diária, local de serviço etc) (RUSSOMANO, 1994:15).

4) *Salário pago pelo empregador* - Este requisito decorre da onerosidade bilateral do contrato, bilateralidade que inexistente na prestação gratuita de serviço, como é, por ex., o desenvolvido por integrantes de associações ou ordens religiosas. (Id., *ibid.*, 1994:15-16).

2) **Empregador.** Conforme a 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*". A relação de emprego entre a empresa prestadora de serviço a um grupo industrial, comercial ou econômico, estabelece-se entre aquela e a principal e a cada uma das subordinadas: "*Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, e estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer*

outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".

3) Vínculo empregatício e contrato de trabalho. Conforme a CLT, art. 442, "*Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*". Conforme o art. 444 da mesma CLT, "*As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção do trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes*".

4) Equiparação salarial. Conforme o art. 461 da CLT, "*Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.*"

4.3. Terceirização como categoria jurídica da subcontratação

Relação trilateral num contrato bilateral. Pela terceirização, o trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços (*relação trilateral*), mas os laços justralhistas dele se preservam fixados à prestadora interveniente (*contrato bilateral*). O modelo *trilateral* de relação jurídica que surge desse fenômeno é diferente do clássico modelo empregatício, fundado em relação de caráter *bilateral*. Por não se enquadrar na estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, este novo modelo tende a ser rejeitado pela doutrina e jurisprudência justralhistas, que nele vêem modalidade *excetativa* de contratação de força de trabalho (DELGADO, 1995:364).

A propagação do processo terceirizador no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas "*tem desafiado a absoluta singularidade na ordem jurídica da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos artigos 2º, caput, e 3º, caput, CLT*" (DELGADO, 1995:366).

A categoria "*terceirização*" é de natureza administrativo-empresarial. O termo ainda não foi acolhido na área jurídica. Mas, sem fazer uso dele, a CLT

menciona duas figuras equivalentes a ela: a *empreitada/subempreitada* (art. 455) e a *pequena empreitada* (art. 652, a, III). Para MARTINS (1995:24), "*dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam eles nominados ou inominados*", tais como de *fornecimento de coisas ou serviços*; de *empreitada*, cujo alvo é o resultado; de *franquia*; de *locação de serviços*, fulcrada na atividade, não no resultado; de *concessão*; de *consórcio*; de *tecnologia*, de *know-how*, com transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas, etc.

Para DELGADO (1995:367-370), a ruptura da singularidade *bilateral* de contratação de trabalho subordinado, em virtude da difusão da fórmula *trilateral* terceirizante conduziu o legislador trabalhista a certo desconforto, que transparece no texto de diplomas tais como o Decreto-Lei 200/67, art. 10, a Lei 5.645/70, art. 3º e, sobretudo, a Lei 8.036/90 (Lei do FGTS), art. 15, par. 1º. Esta, por exemplo, tentou reunir, na mesma fórmula conceitual referente às figuras do empregador e do empregado, tanto a relação do *emprego bilateral* típica quanto a *relação trilateral terceirizante*, distinta da primeira. O sincretismo produzido por esse dispositivo, amalgamando conceitos que não se fundem, demonstra, por outro lado, o grau de absorção, pela ordem jurídica, do processo terceirizante.

"Par. 1º - Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público (...) que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Par. 2º - Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio".

Para NASCIMENTO (1993:20), o equivalente jurídico da terceirização seria "*contrato de fornecimento*" ou "*subcontratação*", cabendo também falar em *locação de serviços* ou *compra e venda*, conforme o objeto do contrato. Mas prefere

denominá-la "*contratação de fornecimento*", no qual "*a dação da coisa, ou possibilidade do gozo, é o fim principal, ficando o trabalho como elemento preparatório e interno da atividade do fornecedor*". Equivale à *sous-traitance* dos franceses.

Subcontratação: locação de serviços e empreitada. Em termos genéricos, portanto, a *terceirização* pode chamar-se *subcontratação*, tema da seção seguinte. Do ponto de vista do *objeto*, apresenta duas espécies contratuais: *locação de serviços* e *empreitada*, modalidades contratuais que já haviam sido regulamentadas pelo CC/1916 (ROBORTELLA, 1994:272). - Os processos de terceirização talvez sejam exatamente "*o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos*" (MARTINS, 1995:103).

Do ponto de vista jurídico, a terceirização tem sido regida, no Brasil, pelo *Contrato de Empreitada* (CC, art. 1237-1247) e pelo *Contrato de Trabalho Temporário* (Lei 6.019/74, Decr. 73.841/74), e, mais recentemente, pelo Enunciado nº 256, TST/1986, melhorado pelo 331, TST/1993, e pelo art. 442, da CLT (Lei 8.949/94).

Para OLIVEIRA (1996:185-185), o processo de terceirização e as formas pelas quais este vem se efetuando no Brasil, seja por contratos de *prestação de serviços*, seja por *contratos de fornecimento*, "*não possuem o devido amparo legal*". Por quê? Porque o processo de terceirização se distingue daquele que, juridicamente, se entende por *empreitada* e *trabalho eventual*. Com efeito:

1) Enquanto o *contrato de trabalho* se caracteriza pelas três notas (quatro, para Russomano) do art. 3º da CLT, o objeto da *empreitada* é a realização de certa obra em determinado espaço e tempo. Na *empreitada*: a remuneração é a do valor da obra, não a do tempo trabalhado; não há subordinação jurídica do empregado ao empregador; a energia do trabalhador não é colocada à disposição do empregador; a obrigação é fornecer a obra acabada.

2) No *trabalho eventual*, o trabalhador presta-o sem continuidade, com subordinação destituída das vantagens legais dos empregados, em serviços estranhos à atividade normal da empresa. Ora, não é eventual o trabalho realizado pelas empresas terceiras contratadas para serviços de forma permanente e habitual.

3) Foi no *trabalho temporário*, da Lei 6.019/74, que a terceirização encontrou seu canal. Caso típico de terceirização é o previsto pela Lei 7.102, de 20-06-83, produto de época em que os assaltos a bancos se haviam tornado freqüentes. Ela rege a prestação de serviços de vigilância ostensiva e transporte de valores por empresa especializada, a ser efetuada, em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei 6.019/74) por pessoal devidamente preparado.

Subcontratação versus mercancia. Para alguns juristas, a subcontratação é forma de *mercancia* ou "*merchandage*", instituto execrado e banido pela maioria dos sistemas jurídicos. Importa, pois, sobretudo no setor de serviços, distinguir entre *subcontratação em sentido próprio e intermediação fraudulenta de-mão-de-obra*. Para efetua-la, ROBORTELLA (1994:273) vale-se da reinterpretação de clássicas criações juslaboralistas:

"O que o Direito do Trabalho exige é segurança e garantia quanto ao prestador de trabalho, pouco lhe importando donde elas venham. Interessa-lhe mais a proteção econômica e social, do que a puramente jurídica". Ora, na opinião deles, a empresa prestadora oferece ao trabalhador segurança idêntica àquela que a empresa tomadora oferece a seus operários. Logo, é importante distinguir nitidamente entre o *"traficante de mão-de-obra e o empresário que presta serviços a terceiros. Este assume os riscos, obrigações e responsabilidades próprias da sua condição, com organização e gestão próprias, realizando as obras ou serviços confiados pelo contratante"*, que por sua vez recebeu o encargo de outro, em cujo caso aparece a série de empresário principal-contratista-subcontratista. (ROBORTELLA, 1994:273).

"A mais autorizada doutrina aceita a contratação ou o fornecimento de produtos entre empresas, inclusive formando uma cadeia produtiva, com sucessivas subcontratações, por compatível com os princípios de direito do trabalho". - Em virtude da lei, a empresa contratada, ou a subcontratada, se responsabiliza pelos seus próprios empregados, os quais exercem trabalho permanente, em regra, embora para tomadores diversos, por períodos curtos ou, até mesmo, longos. A tutela trabalhista vai incidir igualmente, quer a atividade seja terceirizada, quer não. *"O que deve caracterizar estes contratos é a especialização do trabalho, a direção da*

atividade pelo prestador e sua idoneidade econômica. Presentes tais pressupostos, pouco importa se realize o trabalho no estabelecimento da empresa tomadora, ou se trate de atividade-fim ou atividade-meio". - O fato de uma empresa ter a função de prestar serviços a uma empresa tomadora constitui "característica essencial da locação de serviços e da empreitada, não podendo fundamentar alegações de fraude: esta só se identificará a partir de outros pressupostos" (ROBORTELLA, 1994:274).

Após preconizar que o legislador avance o mínimo necessário para assegurar justo equilíbrio entre obrigações do empregador e direitos do empregado, ROBORTELLA (1994: 274) adverte, com razão, que *"Uma ótica fechada, monodisciplinar, pode conduzir a perigosa e indevida intromissão em espécies fáticas reguladas normativamente por outros ramos do direito, como é o caso da locação de serviços e da empreitada"*.

Robortella, se fosse legislador, suprimiria, certamente, a julgar pelo seu texto, todos os limites traçados pelos Enunciados 256 e 331. Sua tese opera sobre condições ideais, de pleno respeito fático aos direitos dos trabalhadores, no que vai ilusionismo.

Da empreitada e locação de serviços ao contrato de trabalho. Segundo o comum dos doutrinadores, a *locação de serviços* (CC, art. 1216-1236) está na raiz da evolução normativa que desaguou no contrato de trabalho. Ao longo dos tempos, ela foi sendo paulatinamente substituída pelo *contrato de emprego*, forma juridicamente mais evoluída e abrangente de relação de trabalho, constituindo o único meio de subsistência para grande parte dos trabalhadores (ROBORTELLA, 1994:274-275)

Também o *contrato de empreitada* (CC, art. 1237-1247) vem recuperando espaço, por atender a uma das modalidades de subcontratação, quando se tem a expectativa de resultado efetivo e concreto, representado por uma obra. - Delineiam-se, aqui, perfeitamente os contornos da subcontratação lícita. Bem diz Arnaldo Süssekind: *"Tanto na empreitada de obra, como na locação de serviços, os empregados trabalham subordinados aos pressupostos da empresa empreiteira ou locadora e não à administração das empresas que contataram os respectivos*

serviços. O fundamental é que a contratação civil se justifique pelo objeto, com o poder do comando e a assunção do risco pelo prestador do serviço". Segundo conclui ele, o renascimento desses contratos civis é visível em vários ordenamentos jurídicos, sendo o principal veículo pelo qual se desenvolve a desconcentração produtiva (ROBORTELLA, 1994: 275)

Com efeito, a subcontratação origina parceira entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, através de empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, com divisão e definição de responsabilidades. Da mesma forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante. - A subcontratação não traz modificação alguma no contato de trabalho, porque inexistente diferença entre o emprego ajustado pelo trabalhador com o subcontratado ou com o subcontratante. A permanência do trabalhador no emprego se faz em relação à empresa prestadora, não com a tomadora ou cliente.

4.4. Limites da Lei 6.019/74, do trabalho temporário

A terceirização pode fluir pelo contrato de trabalho temporário. A relação jurídica da trabalho temporário é de natureza trilateral, tripolar ou triangular, a saber, entre empregado, empregador e cliente. E a contratação triangular no Brasil, embora correspondendo a forma de flexibilização laboral, possui limites rígidos, expressos sobretudo na CLT, na Lei 6.019/74 e nos Enunciados 256 e 331 do TST (ver PRUNES, 1995, p. 13-21). Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto 73.841, de 13-03-74, (CLT, p. 601).

Um prestador de trabalho temporário pode prestá-lo diretamente a uma empresa tomadora de serviços, assim como pode prestá-lo a uma empresa prestadora. Ambos os casos podem vir a gerar vínculo empregatício e têm sido objeto de fraude. Portanto, a Lei 6.019, de 03-01-1974, regulamentada pelo Decreto 73.841/74, estabelece linhas de limite à terceirização. Ganchos para fraude têm sido fatores tais como tempo, remuneração, desrespeito às normas da lei e outros.

O trabalho temporário é espécie de trabalho a prazo determinado; ele não se confunde com os tipos de trabalho contratado a prazo certo nos termos do art. 443, da CLT, isto é, aquele *"cuja vigência dependa de termo prefixado ou de execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento de previsão aproximada"*.

Dispositivos remetentes à terceirização. *Temporário* é o trabalho que é prestado por *"pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços"* (art. 2º). - *Empresa de trabalho temporário* é *"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. 4º). - O contrato entre as duas empresas deve obrigatoriamente ser *"escrito"* e conter *"o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço"*(art. 9º). - Com relação a um mesmo empregado, o contrato *"não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho"* (art. 10º). - *"Será nula, de pleno direito, qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário"* (art. 11, par. único). - Os direitos assegurados ao trabalhador temporário são os do trabalhador permanente, excetuado o FGTS, o 13º e alguns outros (art. 12), assim como idênticos são os deveres (art. 14). - *"Em caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias 9...), assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei"*(art. 16). - *"É vedado à empresa de trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei"* (art. 18). - Por *"trabalhador"* entenda-se, não gênero diferente de *"empregado"*, mas espécie dele (TURNES, 1995:142).

Logo, o contrato caracteriza-se pela *provisoriidade* (pelo art. 10, só até 90 dias para um mesmo empregado) e *transitoriedade* (só para substituição eventual de pessoal regular ou para satisfazer demanda extra de serviço). Entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário é que a **relação de emprego** se estabelece, ao passo que é entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora que se efetua a **contratação de serviços**.

A forma escrita, reservada aos contratos especiais, insinua que o contato de trabalho temporário deve ser considerado atípico, especial.

Os direitos do trabalhador temporário, elencados no seu art. 12, exclui direitos decorrentes da natureza provisória do contrato, a saber: aviso prévio, FGTS e cláusulas de acordos e convenções da categoria preponderante. Em virtude do art. 12, *"ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente (...)*.

Qual seria a conseqüência direta da desatenção ao princípio esculpido pela lei? - *"Não estando presentes os requisitos fáticos e formais previstos na Lei 6.19, resulta nula, nos termos do art. 9º da CLT, a contratação, por empresa interposta, a título de trabalho temporário, e o trabalhador envolvido é considerado empregado da empresa tomadora de serviços"* (TRT, 5a. Reg., 2a. T., 4.593/88, 01.12.88, DO 13.12.88, RO 537/87, Rel. Juiz Cruz Guimarães. Apud TURNES, 1995:111).

No caso de o trabalhador ter vínculo empregatício permanente com empresa prestadora, *"o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações"* constantes do inciso IV do Enunciado 331. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, art. 3º, o prestador de serviço caracteriza-se como fornecedor de serviço, portanto como empresário.

Empresa de intermediação de mão-de-obra é, em verdade, organização complexa, de propriedade, controle ou administração de uma pessoa física ou jurídica (em regra, de direito privado). Numa das muitas possíveis classificações, é evidente que não é comercial ou industrial, mas situa-se entre as que se limitam a

prestar serviços. Não fabrica nem faz intermediação de bens, mas focaliza-se na própria atividade humana, o trabalho (ver PRUNES, 1995:121).

4.5. Exceções estritas nos Enunciados 256, TST-1986, e 257, TST-1986

1) Enunciado 256. Referências: Resolução nº 4/86 DJ-30.9.86, publicação DJ-4.11.86. Revisto pelo En. 331, DJ 21.12.93). Considera *"ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços"*, *"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"*

A norma proibitiva da terceirização é de caráter geral, abertas apenas duas exceções: 1) a do trabalho temporário em empresas urbanas (Lei 6.019/90); e 2) a de *"segurança para estabelecimentos financeiros, empresas de vigilância e transporte de valores"*. O 256 não admitiu terceirização para além dos estritos termos da citada legislação.

A fórmula que o TST adotou para coibir fraudes é simples e eficaz: todos os trabalhadores de empresa *fornecedora* de mão-de-obra a uma empresa *tomadora*, nesta lotados, fora os dois casos legislados, formam vínculo empregatício com a tomadora. O TST considera a fornecedora uma intermediária ou agenciadora, com poderes tácitos de contratar empregados para a tomadora.

O 256 resultou do seguinte acórdão: *"contratação de empresa para execução de serviços à atividade da reclamada. Ou há fraude ou mão-de-obra locada em situação não prevista na Lei 6.019"* (Ac. 3a T., 3.874/81, Proc. RR 402/81, j. 4.12.81, Rel. Min. Guimarães Falcão). O 256 representa o apogeu da reação encetada no TST contra as fraudes amiúde cometidas pelas sociedades comerciais com atividades bancárias ou assemelhadas. Muitas foram as discussões sobre a validade desse enunciado e sua coerência com a realidade; numerosas decisões jurisprudenciais apontaram para outras direções (OLIVEIRA, 1996:186). Contra ele, foram levantados vários argumentos, inclusive de índole constitucional, em especial o de ser contrário ao princípio da legalidade ou da reserva legal (CF/88, II), bem como do princípio do *"livre exercício de qualquer atividade econômica"*

independentemente de autorização" (CF/88, art. 170, par. único). Confundiu a mercancia com a prestação de serviços entre empresas, o campo de atividade humana mais dinâmico em todas as economias do mundo. Por isso, já se advogou sua revogação (CATHARINO, 1994:570; PRUNES, 1995:89-90; DELGADO, 1995:370-372).

2) Enunciado 257. Em virtude do presente Enunciado, de 4-11-86, "*O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário*".

Com base no art. 3º, da lei 7.101/82, que regula as atividades das empresas de segurança e vigilância, a vigilância ostensiva e o transporte de valores devem ser feitos: a) por empresa especializada, contatada para esse fim específico; b) pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim e com pessoal próprio. Também o art. 4º, do Decreto-Lei 1.034/69, faculta a constatação, pelo banco, dos vigilantes diretamente ou mediante empresas de vigilância ou de segurança. O fato de o vigilante trabalhar no banco, ao invés de trabalhar nas empresas de vigilância, não descaracteriza o contrato, pois o que importa é que a subordinação do vigilante seja feita à empresa de vigilância e não à instituição bancária.

Em virtude disso, o vigilante bancário, embora seja contratado por empresa prestadora de serviços, seu contrato não haverá de sofrer a precarização (aviltamento de direitos) a que a mão-de-obra de contrato temporário está sujeita pela Lei 6.019.

4.6. Fiscalização em prestadoras de serviços: Instrução 7/90, Ministério do Trabalho

A Instrução Normativa nº 7, de 21-2-90, do Ministério do Trabalho, "*dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros*". Foi publicada no *Diário Oficial da União* em 22-02-90, p. 3.626-3.627, e na *Lex*, 1990, fasc. 2, p. 338-339. Foi preparada de forma casuística, mas ela é o único diploma legal que define especificamente o prestador de serviços. Objeto da

fiscalização é a obediência às leis trabalhistas, em especial ao Enunciado 256/86. Como não se encontra na CLT, 1996, transcrevem-se, aqui, os elementos que mais interessam ao tema em análise:

I - Empresa Prestadora de Serviços a Terceiros

1. *"Conceito: considera-se empresa prestadora de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço em favor de outra empresa, fora do âmbito das atividades essenciais e normais para que se constituiu esta última".*

2. *"Características:*

a) *as relações de trabalho são regidas pela CLT, vinculando diretamente a empresa prestadora de serviços a terceiros e o trabalhador contratado;*

b) *em se tratando de empresa de vigilância e transporte de valores, aplica-se a Lei n. 7.102/83 e, subsidiariamente, a CLT;*

c) *pela natureza da prestação de serviços, o local de trabalho se situa nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro por ela determinado".*

II - Contratante

1 - *Conceito: considera-se contratante a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado que celebrar contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros.*

2. *Catacterísticas:*

a) *a contratante deve desenvolver atividades e ter finalidades diversas das exercidas pela contratada;*

b) *a contratante não pode manter trabalhador em atividade diversas daquela para a qual foi contratado o serviço".*

III - Contrato

1 - *O contrato celebrado entre a empresa prestadora de serviços a terceiros e a contratante tem natureza civil. Sendo contratante pessoa jurídica de direito público, o contrato celebrado com prévio procedimento licitatório, é tipicamente administrativo, com efeitos civis.*

2 - *O contrato (...) pode abranger fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos.*

3 - *Em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a empresas do mesmo grupo, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado à sua disposição, nos termos do artigo 2º da CLT."*

IV - Fiscalização

"1 - *As Delegacias Regionais do trabalho devem instruir a fiscalização no sentido de observar as disposições contidas nesta Instrução Normativa": (a) no local da prestação de serviços*

devem permanecer: o registro de empregado; os exames médicos; o controle da jornada de trabalho; (b) verificar se as atividades da prestadora são essenciais ou normais da contratante; (c) examinar o contrato, objetivando verificar o tipo de atividade e o possível desvio de função; (d) a inobservância do disposto na Instrução Normativa configura vínculo empregatício direto entre o contratante e o trabalhador colocado a sua disposição.

4.7. Aumento das exceções terceirizadoras no Enunciado nº 331, TST-1993

Legislação: Dec.-Lei 200/67, art. 10, par. 7º; Leis 5.645/70, art. 3º, par. único; 6.019/74; 7.102/83; CF/88, art. 37, inc. II". Resolução 23/93, 17.12.93, DJ 21.12.93.

Pelo Enunciado 331, o Tribunal Superior do Trabalho reuiu e alterou a orientação do Enunciado 256, dando resposta a algumas das críticas que contra este, se faziam. Incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 e acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores *lato sensu* sem a formalidade do concurso público. Indo além, incorporou importante distinção entre *atividade-meio* e *atividade-fim* do tomador de serviços no tocante à aferição da licitude ou ilicitude trabalhista da terceirização praticada. Esclareceu a natureza e a extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas (DELGADO, 1995:372). Enquanto o teor do *caput* se afina com o 256, os demais incisos flexibilizam muito os limites.

Quatro grupos de situações sócio-jurídicas terceirizáveis. Na medida em que o padrão contratual da força-de-trabalho, no país, se mantém dentro da fórmula empregatícia da CLT, as hipóteses de terceirização **lícita** são *excetativas*, e reduzem-se a quatro grupos de situações sócio-jurídicas delimitadas, a saber:

1º - *Situações empresariais que autorizam contratação de "trabalho temporário"* (En. 331, I), especificadas pela Lei 6.019/74 (ver seção 4.4).

Pelo inciso I, a mera intermediação da mão-de-obra é ilegal, caso em que o vínculo se forma diretamente com o tomador do serviço. Ao mesmo tempo, ratificou e dilatou o limite da regra do Enunciado 256, pois apenas excepciona a legalidade do *"trabalho temporário"* (Lei 6.019/74). Considera ilegal qualquer *"contratação de*

trabalhadores por empresa interposta". Como no Enunciado 256, forma-se "o vínculo diretamente com o tomador de serviços". Reescreve e amplia o anterior Enunciado nº 256, e não inova senão no item II, onde firma o entendimento de que "a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública", vedação já constante na CF, art. 37, II.

2º - "Atividades de vigilância", registradas pela Lei 7.102/83 (En. 331, III, *ab initio*). O Enunciado 331 estendeu o âmbito do verbete revisado 256, pois, enquanto aquele se referia aos casos previstos na Lei 7.102/83, a nova súmula prefere dizer *atividades de vigilância*. Conclui-se que, não só o segmento bancário, mas outros segmentos empresariais que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, antes dirigida apenas a *empresas de vigilância bancária*) poderão, no tocante a esse tipo de força-de-trabalho e serviços especializados, praticar a terceirização. Distinga-se: *vigia*: empregado não especializado ou semi-especializado; *vigilante*: empregado que se submete a regras próprias quanto à formação, ao treinamento, à estrutura e à dinâmica da própria entidade empresarial.

O inciso II abre exceção à regra do Enunciado 256, bem como ao *caput*. Tudo indica que a exceção decorre da Lei 8.112/90, cujos art. 232/235 regulam o "contrato de locação de serviços", regido pelo Código Civil, como já admitido na área admsinitativa.

O Enunciado 331 somente considera "irregular a contratação de trabalhador de empresa interposta"; se esta vier a se realizar, "não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/88).

Segundo CATHARINO (1994:571), essa irregularidade "deve ser entendida em termos, restrita à impossibilidade de o trabalhador ser estatutário ou empregado". Mas, "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF/88, art. 37, IX).

Inspirado ou premido pela norma do art. 37, II, da CF, o TST estabeleceu que *"a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e funcional"*. Essa determinação verte, certamente, do interesse em preservar a moralidade e a legalidade de que devem estar revestidos os atos de contratação de servidores públicos. CUNHA corrobora crítica do Prof. José Martins Catharino: *"O Estado não agir como exige que os particulares ajam é imoral e juridicamente subversivo"* ("Coletânea de Direito do Trabalho", *Ltr*, 1975, p. 91. Apud CUNHA, 1994: 121).

3º - *"Atividades de conservação e limpeza* (En. 331, III). Esse rol de atividades foi dos primeiros a ensejar práticas tercerizantes no mercado de trabalho privado do país, mesmo quando vigorava o 256, do TST. Ver, para empreitada, CC art. 1.237; locação de serviços, CC 1.216; subempreitada, CLT art. 455.

Pelo inciso III, o TST: (a) ratifica a segunda exceção contida no Enunciado 256, a de que *"não forma vínculo de emprego com o tomador a constatação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83)"*; (b) em sentido contrário, abre outras exceções ao En. 256 e ao *caput*, alargando os limites da terceirização, na medida em que diz não se formar *"vínculo de emprego com o tomador a constatação de serviços... de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação"*, pois estas criam vínculo empregatício (CLT, art. 3º).

Os termos *"ligados à atividade-meio do tomador"* geram, na prática, dúvidas e divergências de difícil solução. Por outro lado, no trabalho terceirizado, é raríssimo não ocorrer algum grau de *"personalidade e subordinação direta"*, devido ao fato de que o terceiro presta serviços na empresa tomadora, muitas vezes em estabelecimento dela. Tanto é assim que, se a tomadora não estiver satisfeita com o trabalho de certo empregado da fornecedora, exige a retirada dele.

4º - *"Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador"* (En. 331, III). Compreende atividades não expressamente discriminadas, mas que se

caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços.

O que se entende por *atividade-meio*? - Segundo DELGADO (1995:374), "*Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu pertencimento no contexto empresarial e econômico mais amplo*". São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, tais como as atividades referidas pela Lei 5.645/70 / ("*transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas*"), assim como outras atividades de mero apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação ao empregados do estabelecimento, etc). Contrapõem-se, pois, às *atividades-fim*, que são atividades nucleares e defintórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

O Enunciado 331 estabelece que a terceirização se manterá lícita *desde que inexistente a perssoalidade e subordinação direta* (Enunciado 331, III, *in fine*, TST). A subordinação e a pessoalidade terão de se manter perante a empresa prestadora e não diretamente em face da empresa tomadora dos seus terceirizados.

Para DELGADO (1995:375), "*Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no direito brasileiro, não há, na ordem jurídica do país, preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoas física presta serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (art. 2º, caput, e 3º caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida*".

O inciso IV prevê a inovação mais sensível ou expressiva, conquanto ela seja evidente. O tomador não poderia constar do título executivo judicial sem ter participado da relação processual; a orientação expressa apenas a posição já consagrada na jurisprudência dos tribunais, inclusive do próprio TST. Substitui-se a solidariedade passiva entre a locadora e o tomador, pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho, pela figura da "*responsabilidade subsidiária*" (ver CUNHA, 1994:120).

O inciso IV instituiu a "*responsabilidade subsidiária do tomador*". Segundo Biavaschi, a responsabilidade deveria ser *solidária*, de vez que a prestadora traz características de empregada da tomadora. É inegável a eficácia e a finalidade protetora da medida, na medida em que impõe maiores cuidados do tomador ao celebrar o contrato inter-empresarial.

Pela CLT, prevista é a responsabilidade **solidária** (art. 2º, par. 2º). No caso de subempreitada (art. 455), a responsabilidade é do subempreiteiro, mas aos seus empregados é assegurado direito de reclamação contra o empreiteiro principal, que não é o empregador, nos termos do art. 1.247 do CC .

Segundo CATHARINO (1994:572), o mesmo princípio se aplica, por analogia, ao caso. Responsabilidade subsidiária do tomador, se inadimplente o fornecedor em relação aos seus empregados. A responsabilidade subsidiária está sujeita a dois requisitos que a jurisprudência havia consagrado: 1º - se o tomador houver "*participado da relação processual*", de cognição; 2º se constar "*do título executivo judicial*" ou de acordo extintivo do processo (de conhecimento) (CLT, art. 831, parágrafo único e 876). Essas exigências já haviam sido consagradas pela jurisprudência (ex.: o caso entre David Nasser x O Cruzeiro), já sumulada (En. 205). Se o nome do responsável solidário, ou subsidiário, não constar da sentença exequenda, e não passar a constar pela via de embargos de declaração, e sofrer penhora, cabe-lhe opor embargos de terceiro.

Responsabilidade subsidiária da tomadora, só em casos de fraude? Segundo ROBORTELLA (1994:279), questão delicada é a aplicação da técnica da *solidariedade* entre empresa tomadora e prestadora, quanto às obrigações trabalhistas desta. Envolve preocupação com a sua idoneidade econômica e aptidão para garantir os direitos dos empregados. A solidariedade passiva estimula a fiscalização do tomador sobre o cumprimento das obrigações sociais por parte da prestadora, razão pela qual sua aceitação tem muito mais natureza pragmática do que base na teoria jurídica.

O direito civil, porque tem como fonte de obrigações, a lei, o contrato e o ato ilícito, repele, com base em contrato de locação de serviços ou de empreitada, a responsabilidade de alguém por obrigações sociais de um terceiro para com os

próprios empregados, assim como repudia a transformação do terceiro em parte de um contrato cujas partes envolvidas são outras.

Assim, segundo ROBORTELLA (1994:279), o reconhecimento de *vínculo do empregado* (da empresa prestadora) com a tomadora do serviço, não se justifica senão em casos de fraude, de pura intermediação exploradora do trabalho, e terá por base o art. 9º da CLT, que declara *nulos* tais atos. - Ausente a fraude, configura-se, a rigor, contrato civil entre duas empresas: *"Parece-nos insustentável, com base em mero inadimplemento ou insolvência econômica, a modificação da relação jurídica, para que posse a compô-la, como empregador, não mais a empresa prestadora, que contactou e treinou seu empregado, mas o tomador, que não participou daquela relação. Representa uma declaração de nulidade sem causa"*.

Além disso, nos casos em que o tomador do serviço tenha condição econômica inferior à do prestador, hipótese não improvável, essa transplantação de empregadores pode, inclusive, redundar em prejuízo do trabalhador. Nesse caso, se a técnica jurídica da nulidade e substituição de empregadores não for aplicável, então só as empresas solventes, cumpridoras de suas obrigações, seriam penalizadas com a assunção do *status* de empregador involuntário, o que repugna ao direito. Esse paradoxo é inconcebível com a técnica das nulidades do direito material (CC, art. 147, II), que não pode depender exclusivamente da condição econômica das partes para sua aplicação. *"Portanto, o que se afigura aceitável, no caso de inadimplemento ou insolvência do prestador, é a responsabilidade subsidiária do tomador, cabendo-lhe o direito de regresso para reaver o valor que pagou em nome daquele, por aplicação analógica do art. 455 da CLT"* (ROBORTELLA, 1994:280).

Segundo QUEIROZ (1992:120), sobretudo a partir do Enunciado 331, foram se multiplicando os casos jurisprudenciais no sentido de que o tomador somente será responsável nos itens trabalhistas não atendidos pelo contrato, *quando o trabalhador tiver sido prejudicado*. Não ocorrendo tal prejuízo, não responsabiliza a contratante.

O Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, em coerência com o sistema jurídico brasileiro, não admite a formação de **vínculo contratual** entre

trabalhador e empresa tomadora dos serviços senão no caso de *mera intermediação fraudulenta de mão-de-obra*, que considera "ilegal", seja o trabalho voltado para a atividade-meio seja voltado para a atividade-fim. - Nas demais hipóteses, ele não proclama a ilegalidade e correlata nulidade. O ato é válido, determinando apenas a responsabilidade *subsidiária do tomador do serviço, quando se trate de atividade-fim deste*. Impõe à tomadora a função de garantia patrimonial, assim como ocorre no direito argentino. - Se o contrato é lícito, a empresa prestadora do serviço não é deslocada da sua posição de empregadora, nem a empresa-cliente é atraída para ocupá-la, mantendo-se as partes em suas respectivas posições. - Enfim, em se tratando de contrato lícito entre empresas, o qual envolva atividade-meio da tomadora, nem sequer de responsabilidade subsidiária se há de falar: a prestadora do serviço ou da obra responde pelas obrigações sociais atinentes a seus próprios empregados (ver ROBORTELLA, 1994:280).

Sou do parecer de que, embora o tomador deva responder como empreiteiro principal, a idoneidade econômica da prestadora de serviços deveria constituir requisito legal "*sine qua non*" para o funcionamento desta.

Delimitação entre atividade-meio e atividade-fim. Para distingui-las, o método consiste em identificar, no contrato social da empresa, a finalidade de negócio, ou seja, o objeto econômico, a atividade que motivou sua criação e organização, para a qual ela aloca pessoal, custos e define as tarefas. Deve-se definir, com senso crítico, a finalidade econômica, que é a atividade-fim (ver Queiroz, 1992:47). A fronteira entre os dois tipos de atividade deixará margem a divergências em numerosos casos. Assim, a produção da matéria-prima, bem como a prestação de serviços especializados (ex.: de bate-estaca, de instalação elétrica, - hidráulica, - anti-incendiária) não constituem, comumente, atividade-fim. para as empresas de construção civil. Mas, para um banco, o serviço de digitação, de contabilidade de compensação poderiam deixar margem a dúvidas. Da interpretação objetiva do registro da finalidade da organização é que deverá resultar o deslindamento de cada caso.

Identificada a atividade-fim, passa-se a identificar todas as funções que, na empresa, estejam direta ou intrinsecamente ligadas à atividade-fim. Em virtude da

Lei, nem estas podem ser terceirizadas, porque fazem parte da finalidade empresarial e, como tais, a administração delas decorre de força da Lei. As funções que nada têm em comum com a atividade-fim são caracterizadas como acessórias, ou de *suporte à atividade-principal*, tais como os procedimentos paralelos e acessórios, secundários, na administração da empresa. A estes, a Lei faculta a terceirização (Queiroz, 1992:47).

A *atividade-fim do terceiro* deve ser contemplada como *atividade-meio* no contrato de prestação de serviços. No mais, se o terceiro é empresa comprovadamente idônea, o Judiciário entende que, se não há lesão econômica ao empregado do terceiro e se são atendidos os demais direitos trabalhistas, a contratação se reveste de legalidade.

Segundo LEIRIA (1993:34), depoimentos de profissionais da área jurídica atestam a evolução do Judiciário Trabalhista a respeito da figura do terceiro e sua relação com a empresa contratante. Aduz o do procurador do Trabalho do Rio Grande do Sul, Dr. Jaime Cimenti:

"É claro que ainda há muitos juízes que só admitem a terceirização quando enquadrada nas leis 6.019/74, que regula o trabalho temporário, e 7.102/74, que regula os contratos de serviços de vigilância. No entanto, não se pode desvincular o Direito da realidade social, e a verdade é que, se tenho uma empresa, posso contratar outras. Além do mais, o que a lei não proíbe, é permitido. O primordial é que a personalidade da empresa não seja ferida, isto é, que a sua atividade-fim, essencial, não seja entregue a outros.(...) A Justiça penaliza quem escolhe mal. É a chamada culpa in eligendo, e a empresa acaba arcando com todas as consequências da falta de idoneidade do terceiro".

A empresa não pode terceirizar a atividade-fim; o contrato, que ela o faça com empresa pré-existente, para que não se configura arranjo momentâneo. O terceiro deve ser real, ter capital real e mão-de-obra regulada de acordo com a lei.

Não poucos reparos têm sido feitos à validade do critério definido no En. 331, III, que estabelece como limite da terceirização a espécie de atividade da empresa. Argumentos aduzidos: 1) dificuldade ou, mesmo, impossibilidade prática de fazer a distinção; 2) caráter evolutivo da tecnologia e das metas da empresa. Segundo

ROBORTELA (1994:279), *"Inexistindo fraude, a empresa pode terceirizar ou subcontratar determinado ciclo do processo produtivo que, pela evolução da tecnologia, se tenha tornado desinteressante, técnica e economicamente, mesmo que componha sua atividade-fim. A rápida mutação das técnicas de produção pode transformar em acessória uma atividade tradicionalmente integrada aos objetivos empresariais"*.

Fator subordinação. Nesse trâmite, o que importa, para os empregadores, é assegurar que os empregados estejam *subordinados à empresa prestadora de serviços*, não a terceiros. Para assegurar-se disso, importa definir o tipo de contrato a ser estabelecido com o parceiro. Os contratos mais aconselhados são: *prestação de serviços, empreitada ou tarefa, autônomo, venda de serviços, representante* (QUEIROZ, 1992:115). Na gestão do contrato, os cuidados devem ser redobrados para evitar a supervisão sobre o prestador. Se ficar configurada a direção ou fiscalização, caracteriza-se a subordinação e, com ela, automaticamente, o *vínculo empregatício* (CLT, art. 3º). O tomador corre tal risco se controlar a execução e não se limitar a avaliar os resultados qualitativos e quantitativos (QUEIROZ, 1992:116).

"No caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica-se a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial" (Enunciado 231, Resolução 23/93, do TST)

Pode ocorrer que um mesmo empregado troque de empregador entre várias empresas prestadoras de serviços a um mesmo tomador. Tal comportamento deve ser radicalmente evitado, pois o contratante poderá assumir o vínculo empregatício desse empregado, pois o fato de ele estar mudando de empresa e função no mesmo tomador pode sugerir a exploração de mão-de-obra (QUEIROZ, 1992, p. 116).

A *prevenção de acidente* incide sob a responsabilidade do empregador e, subsidiariamente, do tomador de serviços. Se é nas oficinas do tomador que o prestador presta o serviço, convém que o tomador vistorie as atividades, para verificar se as normas de prevenção de acidentes estão sendo devidamente cumpridas (QUEIROZ, 1992:116). Se o caso for de insalubridade e/ou

periculosidade, o empregador é que deve recolher o adicional respectivo. Para o tomador não vir a ter problemas, Queiroz recomenda:

1) que, no contrato de prestação de serviços, conste apenas indicação dos serviços a serem executados, onde e quando devem ser desempenhados;

2) que jamais defina como eles devem ser prestados;

3) que, no contrato, o reajuste do preço *não seja baseado em índices salariais* ou outros, utilizados pelo tomador para administrar os seus negócios (Id., ib., 1992:117).

Precauções das tomadoras de serviços. LEIRIA (1993:31) recomenda à *empresa tomadora* ou *contratante*: que proceda a estudo prévio do patrimônio da contratada e acompanhe, na prática, sua idoneidade com o Estado e seus empregados; que inclua cláusula de risco, responsabilizando exclusivamente a prestadora por todos os encargos trabalhistas. Apesar de essas empresas se destinarem a prestação de serviços a terceiros, são elas que contratam, assaltariam e dirigem o trabalho realizado por seus empregados. Além disso, assumem os riscos inerentes à atividade econômica desenvolvida. O trabalho realizado pelos contratantes de tais empresas é lícito e, como tal, pode constituir objeto de pactuação, nos termos do art. 1.216 do Código Civil e dos art. 442 a 444 da CLT. Na hipótese de ser capaz o agente, lícito o objeto e não vedada em lei a forma, os contratos de trabalho firmados entre trabalhadores (que passam a ser *empregados*) e as empresas prestadoras de serviços formam ato jurídico perfeito (CC, art. 82), instituto de direito salvaguardado pelo art. 5º, da Constituição Federal.

Como LEIRIA, assim também QUEIROZ (1992:115-116), estabelecendo normas para empresas tomadoras de serviços, fá-lo aplicando à pragmática princípios *justralhsitas*:

.1) Dentre os aspectos jurídicos da terceirização, devem ser levados em conta, principalmente, os relativos à elaboração do contrato de prestação de serviços, pois mais **valem os pressupostos** que cercam a relação do que os eventuais documentos assinados a esse respeito

"Nesse trâmite, evitar a subordinação aos terceiros é o principal fator com o qual deveremos estar preocupados." Para assegurar isso, importa definir o tipo de

contrato a ser estabelecido com o parceiro: prestação de serviços, empreitada ou tarefa, serviço autônomo, de serviços ou representantes (p. 115).

2) Providência seguinte: definir a forma que o tomador adotará na gestão do contrato e o modo pelo qual vai relacionar-se com o prestador na administração dos serviços. Aqui importa redobrar esforços no sentido de evitar que o tomador supervisione o serviço do prestador, pois se ficar configurada direção ou fiscalização, estará caracterizada a **subordinação** e, por conseguinte, estabelecimento automático de vínculo empregatício. Para evitar tal conotação, o tomador precisa limitar-se a avaliar os resultados qualitativos e quantitativos dos serviços prestados e nunca controlar a execução.

3) Cuidado com a **rotatividade do empregado**. No caso de várias empresas prestarem serviço a uma mesma tomadora, pode ocorrer que um mesmo empregado, passando de uma empresa para outra, na mesma função ou em outra, permaneça, por mais de 90 dias, na mesma empresa tomadora de serviço. Caracterizado assim, o fato gera vínculo empregatício com a empresa tomadora e gerar direito à remuneração mais alta (ver

A prevenção de **acidentes de trabalho** incide sob a responsabilidade do contratante. Impõe-se vistoria às atividades e às instalações do tomador, para assegurar-se de que, nessa área, o prestador cumpre regularmente as exigências das Normas Regulamentadoras relativas à Segurança e à Medicina do Trabalho, estabelecidas no capítulo V da CLT, em especial quanto à constituição da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho) e dos SESMET (Serviços de Segurança e Medicina no Trabalho) e ao fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletiva. No caso de estarem presente elementos de insalubridade, risco ou periculosidade, o empregador deverá pagar e recolher por esses índices.

Em suma, o contratante que pretenda evitar os problemas acima referidos, deve referir, no contrato, a natureza, o lugar e o tempo de executar os serviços, mas não o modo de executá-los; evitar que o reajuste do preço da prestação seja baseado em índices salariais ou outros que o tomador utilize para administrar os seus negócios.

Tratando da *"evolução também no judiciário trabalhista"*, LEIRIA (1993:28-30) conclui, com razão: *"É inequívoco, pois, que o Judiciário entende que, não existindo lesão econômica ao empregado do terceiro e sendo atendidos os direitos trabalhistas, a contratação será revestida de legalidade"*.

Segundo princípio jurídico universal, o contrato perfeito forma ato jurídico legal. O trabalho realizado pelas empresas prestadoras de serviços é lícito e, portanto, apto a ser contratado, conforme prevê o art. 1.216 do Código Civil, que diz: *"toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição"*; e o art. 1.229 do mesmo Código diz: *"A locação de serviços não se poderá convencionar por mais do quatro anos"*.

Os pressupostos referidos por ROBORTELLA (1994:280) para a validade da contratação entre empresas são os seguintes:

- a) boa-fé na celebração do contrato;
- b) serviço ou obra especializados;
- c) direção da atividade pela prestadora do serviço ou obra, no âmbito de sua especialização;

d) idoneidade econômica da prestadora, no ato da contratação. Modificações posteriores em sua fortuna não devem modificar a presunção de boa-fé de que goza o ato. - O trabalho pode realizar-se no estabelecimento da prestadora ou da fornecedora, em atividade-fim ou atividade-meio. Sempre será possível distinguir a atividade terceirizada, exatamente por constituir unidade autônoma de produção, com lógica, organização e dinâmica próprias.

Essas empresas fornecem-nos serviços como seu produto final; para isso utilizam-se de mão-de-obra, equipamentos, instrumentos e materiais de sua administração e propriedade.

As prestadoras de serviços são completamente diferentes daquelas que locam a mão-de-obra, ou seja, as de trabalho temporário. Estas não têm produto final materializado, pois se limitam a alugar a mão-de-obra, colocando-a ao dispor do contratante. São regidas pela Lei 6.019/74.

O prestador de serviços executa as suas tarefas, que são predeterminadas e concordes com sua especialização.

Antes de uma empresa tomadora partir para contratação, como terceiros, de ex-funcionários das empresas que desenvolvem os projeto de terceirização, convém que ela procure encontrar no mercado empresas especializadas, porque a contratação de ex-funcionários simplesmente como autônomos poderá ser confundida com a locação de mão-de-obra, pois esta pode não ser entendida como prestação de serviços.

4.8. Tipos de contratos praticados por empresas terceirizadoras

São os seguintes os tipos de contrato mais em uso entre tomadoras e prestadoras de serviços, que QUEIROZ (1992:133) arrolou para orientar empresários. Importa lembrar o surgimento das normas ulteriores, acima referidas.

1) Mão-de-obra temporária - a) Somente é aplicável em situações transitórias de substituição específica de pessoal regular ou permanente, segundo a Lei 6.019/74.

2) Autônomos - a) Geram relacionamento com clientela múltipla; ex.: profissionais especializados e em áreas administrativas. b) Para não configurar vínculo empregatício, devem gozar de independência completa. c) Não podem ser utilizados em funções peculiares e específicas das empresas contratantes. d) Requerem regularidade fiscal e tributária perante os órgãos públicos, como, por ex., registro no ISS.

3) Avulsos - a) Trata-se de contratos sobre serviços prestados por profissionais pertencentes a entidades de sua respectiva classe, os quais estejam agrupados sem vínculo empregatício; ex.: estivadores, trabalhadores agrícolas, conferentes de carga, etc. b) A CF de 1988, art. 7º, XXXIV, concede igualdade de direitos entre o avulso e o trabalhador com vínculo empregatício.

3) Com prazo determinado - a) Regem-se pela CLT, art. 443, par. 2º, e 445, 451.

4) Com prazo indeterminado - a) São os contratos de trabalho normais e típicos; regem-se pela CLT, art. 442 e 443 e seguintes.

5) Trabalho eventual, ocasional ou esporádico - a) O trabalhador equipara-se ao trabalhador autônomo: ambos assumem os riscos da sua própria atividade econômica. b) Caracteriza-se pela descontinuidade da prestação de serviços em relação ao tomador. c) O diploma legal que o protege não é a CLT, mas o CC. d) A jurisprudência tem rejeitado o caráter de eventualidade quando existem conotações da continuidade, como, por ex., habitualidade diária na prestação de serviços.

6) Empreitada ou tarefa - a) O empreiteiro se obriga perante o tomador a executar os serviços com o seu trabalho, ou seus empregados, supervisionando-os, administrando os riscos e utilizando-se de equipamentos, instrumentos e materiais de sua propriedade. b) É normalmente utilizado para trabalhos executados por unidade de obra e visa o resultado.

7) Venda ou compra de serviços - É contrato normal de venda e compra, regido pelo CC, art. 135 ss; ver 1216-1236.

8) Representante comercial - a) É contrato regido pela Lei 4.886, de 9-12-65. b) O contratante confere ao representante poderes e condições para atuar em seu próprio nome.

São de natureza civil: a *locação de serviços* ou *locatio operarum* (CC, art. 1.216-1236) e a *empreitada* ou *locatio operis* (CC, art. 1.237-1247).

Conclusão - I. O tipo factual das relações entre capital e trabalho é que deve estabelecer o tipo de contrato pelo qual a prática da terceirização deve ser efetuada. A escolha do tipo de contrato implicará na obediência fiel às normas legais para ele estabelecidas. O tipo de contrato predominante é o *da empreitada, da locação de serviços, do trabalho temporário*.

2. As espécies de atividades que as atuais normas jurídicas autorizam encontram-se definidas nos enunciado 256, revisto no 331, sem esquecer os numerosos casos de jurisprudência.

3. Qualquer espécie de burla das normas legais constitui objeto de fraude.

4. Na elaboração do contrato da prestação de serviços, "*pois mais valem os pressupostos que cercam a relação do que os eventuais documentos assinados a respeito*" (QUEIROZ, 1992:115).

5. FRAUDES E POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS

Por *fraude* entende-se o *engano oculto* que o fraudulento comete para furtar-se ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para lucro de terceiros. Assim, a fraude sempre se funda na prática de *ato lesivo* a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em *ato* no qual se evidencia a intenção de a pessoa furtar-se aos deveres obrigacionais ou legais (De Plácido e Silva, 1943). Na área trabalhista, tais atos são cominados de *nulidade*. "*São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*" (CLT, art. 9º).

5.1. Formas predominantes de fraude

No Brasil, a prática da terceirização tem sido amplamente explorada para *fraudar a lei*, donde lhe adveio qualificação de "*espúria*". O que os fraudadores buscam é reduzir custos e aumentar lucros. Meios: são muitos, sobretudo os que reduzem gastos mediante não recolhimento de encargos sociais e precarização os direitos do empregados. Sobre isso, ver, por ex., RAMOS Filho, 1994, PRUNES, 1995:20. Eis relação de algumas das formas de fraude, certamente as mais comuns:

1. Operários com feições de "empresários". Eis exemplos que ferem os art. 2º, 3º e 9º da CLT e que são condenados por farta jurisprudência. - Grande empresa multinacional da área de confecções e moda, ao invés de contratar costureiras, opta por "vender" máquinas a seus empregados, que, trabalhando em casa, produzem para a empresa, que "compra" as peças produzidas. Para conseguir pagar-se, a máquina precisa trabalhar 24 horas por dia, ou seja, ao invés de explorar um trabalhador, cria um "empresário" e explora a sua família ou "empresa" inteira. Com variações, esta é a estratégia terceirizante adotada por produtoras de carne de frango, suínos, fumos industrializados, etc (ver RAMOS, 1994:171).

2. Trabalho permanente por "trabalho temporário". A Lei 6.019/74 aceita o trabalho temporário apenas para atender a necessidade extraordinária de serviço ou substituição provisória de pessoal próprio, e apenas pelo prazo de 90 dias. Esse contrato, *"com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização (...) do Ministério do Trabalho"* (art. 10).

"São inúmeras as possibilidades de combinar trabalho temporário e contratação de empresas intermediárias de mão-de-obra com a intenção de ferir direitos trabalhistas". Eis casos possíveis, com burla de leis: a) mediante esquema de alternância, o trabalhador é repassado, a cada três meses, entre a empresa de trabalho temporário e a empreiteira, sendo demitido antes de completar um ano; b) mediante sistema de rotatividade, com interstício de poucos dias a cada três meses, o (mesmo) empregado é recontratado pela mesma empresa. (cf. DIEESE, 1993:21).

Certas empresas fazem "rodízio" entre três ou quatro "locadores de mão-de-obra, de tal forma que, ao se vencer o "contrato" com uma empresa, os mesmos empregados "temporários" são contratados por outra empresa interposta, sempre trabalhando para o mesmo tomador dos serviços (Ver RAMOS Filho, 1994:170). A jurisprudência (ver seção 4.2) condena, de forma veemente, tal prática.

3. "Estagiários" com salário inferior aos efetivos. Certos bancos públicos, mediante convênio com instituições e ensino, contrataram "estagiários" para a compensação bancária, para entregar talonários de cheques, etc, pagando-lhes pouco mais do que um salário mínimo, fugindo ao cumprimento da CCT dos bancários, sob o falso argumento de que o "estágio" seria complementação dos estudos obtidos

na escola. A jurisprudência majoritária, no entanto, considera que tal prática é ilegal, reconhecendo, portanto, relação de emprego (ver RAMOS Filho, 1994:170).

4. Fraude à Previdência - Grande indústria paranaense, solicitando que seu executivo principal (de quatro mil dólares mensais) abrisse "empresa de administração", substituiu o contrato de trabalho por simples "contrato de prestação de serviços", para isentar-se do pagamento dos encargos sociais e trabalhistas (ver RAMOS Filho, 1994:169).

5. Intermediação de mão-de-obra por empresas inidôneas. O uso fraudulento do trabalho temporário através de empreiteiras, associado à deteriorização das condições de trabalho em empresas terceirizadas, *"fez com que o movimento sindical reagisse indistintamente contra essas formas"* (DIEESE, 1993:210).

Nos Acordos Coletivos de 1990-1992, firmados por diferentes categorias, constam 27 cláusulas associadas à terceirização (ver DIEESE, 1992:21 e 26-27). Algumas se referem estritamente à mão-de-obra temporária, repetindo apenas os termos da lei, o que demonstra a ilegalidade da constatação.

Em virtude dessas fraudes, os sindicatos *"reagem à tentativa de fraude e de desorganização da ação sindical, reivindicando desde a total proibição para contratar mão-de-obra temporária até o fim das empreiteiras"* (DIEESE, 1993:22; ver 25).

6. Serviços em atividades-fim, com salário inferior ao dos empregados do quadro. A realidade forense trabalhista tem demonstrado que a intermediação de mão-de-obra se dá precipuamente com a utilização de operários especializados na execução de tarefas afetas à atividade-fim (ou meio), da empresa-cliente, com remuneração inferior àquela auferida pelos trabalhadores contratados diretamente" (RAMOS, 1996, fls. 7-8).

Ex.: Ao fabricante de móveis, a lei veda contratar empreiteira para o serviço de marcenaria, pois tal atividade está diretamente ligada ao fim da empresa, que é produzir imóveis. (Se viesse a terceirizar 100% das atividades, a empresa sairia do âmbito da indústria para o da administração ou comércio). Neste caso, o vínculo se forma diretamente com a tomadora, a fábrica de móveis (DIEESE, 1993:22).

7. Prestação de serviços pelos mesmos trabalhadores da empresa cliente, mas em piores condições de trabalho. Por efeito de exceção é que a legislação brasileira admite a contratação de trabalhadores por intermédio de empresas prestadoras de serviços (Lei 6.019, de 31.01.1974 e Lei 7.102, de 10.06.1983).

Trata-se de "contratos", apelidados de "prestação de serviço", pelos quais o intermediário visa apenas colocar empregados à disposição *permanente* do tomador, que se apropria, direta e imediatamente, do trabalho, sem que o intermediário ou comerciante, na realidade, se aproprie do trabalho ou a ele acresça ou junte qualquer outro elemento produtivo de notória especialização (ROCHA, 1994:119; DIEESE, 1993:22). Para criar aparência de legalidade, a própria empresa tomadora abriria empresa "prestadora" de serviços.

8. Intermediação da mão-de-obra ou mão-de-obra como objeto de comércio. A intermediação de mão-de-obra é fenômeno repellido pelo Direito do Trabalho.

No rastro das Leis 6.019 e 7.102, sob a aparência da antiga *prestação de serviços* (CC, arts. 1216), tende-se a institucionalizar pura e simples *intermediação do trabalho*, transformando este em direito, objeto de relação triangular, capaz de, por si só, proporcionar vantagem econômica ou lucro para o intermediário ou agenciador. Tal cessão ou a locação do trabalhador, *mercancia de mão-de-obra*, não era permitida nem sequer na legislação civil anterior a 1916: "*Nem o locatário, ainda que outra coisa tenha contratado, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o locador, sem aprazamento do locatário, dar substituto, que os preste (art. 1.232).*"

A intermediação visa resguardar o verdadeiro empregador (empresa tomadora de serviços) dos riscos e do ônus da utilização da mão-de-obra, aliviada em seu benefício, sendo, por isso, fraudulenta e cerceada pelo Direito - A mercancia (*marchandage*) foi condenada pela OIT, que não admite senão agências de colocação de emprego, nos termos da Convenção 96, ratificada pelo Brasil (Decr. nº 62.756/68), conquanto a tenha denunciado para permitir a vigência da legislação sobre trabalho temporário e de vigilância bancária, que são os limites legais da terceirização em nosso país (RAMOS, 1996:9).

"Agora [02-08-96], sob o manto do fenômeno da terceirização no plano econômico internacional, reaviva-se a intermediação da mão-de-obra. Ao arrepio da proibição legal, sob olhares complacentes da fiscalização do Governo Federal e do próprio Poder Judiciário, diante da frágil resistência sindical, milhares de empresas de locação de mão-de-obra aproveitam-se do vasto campo para atuação diante do quadro de crise social e desemprego, aumentando as injustiças sociais, pelo aviltamento do trabalho" (RAMOS, 1996:9).

9. Intermediação ou locação de mão-de-obra, que, pretendendo passar, às vezes, por *terceirização*, integra o gênero da subcontratação de trabalhadores ou à *locação de mão-de-obra*. Pela *terceirização*, uma empresa, entrando na escala produtiva de outra, se integra a ela na fabricação de bens necessários à complementação de produtos-meio daquela ou lhe presta serviços no plano terciário das atividades econômicas: pratica-se desdobramento da metodologia econômica. Pela *Intermediação da mão-de-obra*, uma empresa coloca a força de trabalho a serviço de outras empresas, praticando mera locação de trabalho humano: reaviva-se a atividade que foi condenada como aviltamento dos trabalhadores.

10. Terceirização nas feições da locação de mão-de-obra. O que visam as empresas pela *terceirização*? - A tomadora, reduzir seus custos operacionais para mais lucrar; e a prestadora, lucrar o mais possível, segundo as condições do mercado. Dessa bilateral perseguição do lucro, resulta que os empregados da fornecedora poderão ter salário muito inferiores aos da tomadora, mesmo que estejam no mesmo edifício desta, ao lado dos empregados desta, prestando serviço idêntico. Convém enfatizar que o lucro das prestadoras de serviços e, sobretudo, das locadoras de mão-de-obra, advém justamente da diferença entre a quantia que é cobrada das empresas tomadoras dos serviços e o que efetivamente repassam a seus empregados.

Assim, ocorre que, em muitos casos, a *terceirização* mascara e acoberta a figura da locação da mão-de-obra, procedimento que se revela ilegal, exceto nas hipóteses previstas pelas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83 e 5.615/70. *"Afigura-se inadmissível permitir que trabalhadores que laborem lado a lado, num mesmo estabelecimento, tenham condições de trabalho diversas, sejam estas de cunho*

normativo, contratual ou até mesmo legal. Tal circunstância gera, sem sombra de dúvida, descontentamento da categoria operária, o que inviabiliza a integração do obreiro na vida da empresa, incompatibilizando-o também com seus colegas de trabalho" (CATHARINO, 1993:571; apud RAMOS, 1996:11).

Assim, em virtude de o lucro do intermediário não ser nada mais do que retirada antecipada sobre o salário do trabalhador, esse tipo de "terceirização", que não passa de mercancia de mão-de-obra, *"é, em verdade, a transmutação da mão-de-obra que ocasiona sensíveis lucros, a desoneração dos encargos sociais, a irresponsabilidade pelas indenizações civis e trabalhistas, a paga de salários menores aos prestadores do trabalho, possibilitando a divisão do lucro pela redução do salário, entre as duas empresas, tomadora e prestadora dos serviços, e a vulneração dos princípios informativos do direito tutelar e da integração do trabalhador ao contexto social e empresarial"* (TRT 12a. Reg., Ac. 1a. T 6422/94, Bel. Juiz Antônio c. F. Chedid, DJSC de 06-10-94, p. 58).

11. Terceirização com subordinação da empresa prestadora à tomadora.

No gerenciamento do contrato, a empresa deverá tomar cuidado no sentido de evitar que fique configurado "ato de subordinação" da empresa prestadora à tomadora de serviço. Se isso acontecer, haverá mais um departamento na empresa e constitui um dos três elementos caracterizadores de vínculo empregatício. O terceiro deve ser realmente terceiro (cf. LEIRIA, 1993:44).

Segundo enfatiza LEIRIA (1993:45), a empresa tomadora dos serviços não pode subordinar o realizador de serviços, sob pena de a prestadora dos serviços tornar-se mais um departamento da tomadora. Caso contrário, esta passa da condição de fiadora da contratação para o status de responsável, o que significa ser titular dos empregados da terceira.

12. Falseamento do conceito de empresa terceirizadora. Esta constitui unidade autônoma de produção (ROBORTELLA, 1994:274). Fraudaria a lei quem, falseando tal conceito, se limitasse a mercantilizar mão-de-obra, a praticar *mercancia* ou *marchandage*.

Ex.: Uma empresa de Informática quis terceirizar. Visando reduzir custos ao empregador, demitiu operários e passou a contratar deles a prestação de serviços.

Como estes não tivessem tecnologia, acabaram por alugar da mesma empresa os instrumentos para prestar-lhe serviços.

Em virtude da tendência de reduzir os direitos trabalhistas e estabelecer um hiato sindical entre empregados das tomadoras e das prestadoras, *"formas distintas como mão-de-obra temporária, empreiteiras e contato entre empresas para prestação de serviços se confundem no universo nebuloso da economia informal e do subemprego"* (DIEESE, 1993:23).

5.2. Jurisprudência recente

A posição dos Tribunais, embora revele pontos de vista divergentes, geralmente é a de fazer valer estritamente os dispositivos legais, como evidenciam os casos adiante apresentados. Aduzem-se, aqui, casos recentes: poucos, também porque a obra de PRUNES, 1995, ministra ampla jurisprudência ao final de cada seção, a qual alcança meados de 1994 *ver também MIQUELUZZI, 1995:130-132). Acrescento alguns casos posteriores a essa data. A titulação é do autor.

Intermediação desvirtuadora da Lei

1) "A terceirização consiste na contratação da empresa para executar, com seus empregados, atividades não essenciais da empresa-cliente. Todavia, a legalidade de tal prática fica circunscrita às hipóteses previstas na Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e na Lei 7.102, de 20.06.1983, sendo ilegal a intermediação de mão-de-obra cuja finalidade é desvirtuar a aplicação da legislação trabalhista. (TRT da 12a. Reg., 1a. T., Ac. 3.319/94, DJ SC 21.06.94, Relat. Juíza Ione Ramos. Apud PRUNES, 1995:23).

2) Segundo o Enunciado 256 do TST, *"é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços"*. Impende sobre os intermediadores (exceto nos casos da Lei 6.019/74) a punição e sobre os tomadores a responsabilidade do vínculo empregatício direto. Com razão, doutrinadores há que citam a mão-de-obra entre as *"coisas fora do comércio"* (Código Civil, art. 69).

Com efeito, a sociologia e a antropologia do trabalho repudiam qualquer espécie de interferência entre empregador e empregado, já que o emprego, mais do que ganha pão, é fator de integração social. (TRT/SC, Processo 111/96, Sent. 02-08-96, Pres. Alexandre Luiz Ramos, p. 8. Mimeo).

Responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços

3) "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 6.019, de 03.01.74). A contratação irregular de trabalhadores através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF). Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação de limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Enunciado 331/TST). Revista da primeira reclamada conhecida e provida. Prejudicado o recurso do banco". (TST, 1a. T., Ac. 2.566/94, DJ 17.06.94, Rel.: Min. Ursulino Santos. Apud PRUNES, 1995:91).

4) O art. 455, da CLT, autoriza a condenação solidária quando o contratante se beneficia dos serviços do trabalhador fornecidos por empresa idônea contratada, que descumpra as cláusulas avençadas no contrato de execução dos serviços (TRT da 3a. Reg., RO 5.438/89, DJ MG 03.08.90. Rel. Juiz Allan Kardeck Carlos. Apud PRUNES, 1995:282).

5) Empresa que contrata com terceiros a execução de tarefas fundamentais e essenciais às finalidades do negócio, transferindo sua responsabilidade a pessoa sem condições econômicas, age, à toda evidência, em fraude à lei, a teor do art. 9º da CLT, devendo responder solidariamente pelos débitos trabalhistas assumidos

pelo intermediário. (TRT, 4a. Reg., RO 4.602/86, 3a. T. Rel. Juiz Ronaldo José Lopes Leal. Apud TURNES, 1995:282).

Contrato por tempo indeterminado com feições de temporário

6) "A contratação de empregado, a título temporário, fora dos lindes previstos em lei (Lei 6.019/74) descaracteriza a temporariedade do ajuste, que, dessarte, assume todas as feições de contrato por prazo indeterminado. (TRT da 3a. Reg., 3a. T., RO 09838/93, DJ MG 1.01.94, Rel.: Juiz Antonio Álvares da Silva. Apud PRUNES, 1995:118).

7) "O simples fato de a prorrogação do contrato de trabalho temporário, feito por escrito, não ter sido anotada na carteira de trabalho, não tem o condão de descaracterizar o contrato especial, transformando-o em contrato de emprego por tempo indeterminado" (TRT da 3a. Rg., 3a. T., RO 03637/93, DJ MG 08.02.94, Rel. Juiz Nunes da Cunha. Apud TURNES, 1995:112).

8) "O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviços ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificado da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço" (art. 9º da Lei 6.019/74). (TRT, 3a. Reg., 6a. T., RO 18.118/93, DJ MG 23.04.94 Rel. Juiz Neves Koury. Apud TURNES, 1995:112).

Relação de personalidade e subordinação

9) "No direito pátrio, a terceirização é instituto criado pela prática empresarial e que encontra respaldo apenas nos casos de trabalho temporário (Lei 6.019/74), serviços de vigilância (Lei 7.102/83), conservação e limpeza, e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. Recurso desprovido. (TRT da 3a. Reg., 3a. T., RO 00625/94, DJ MG 13.04.94, Rel. Juiz Sérgio A. Braga. Apud PRUNES, 1995:26).

Terceirização, só nas exceções da Lei

10) "No direito pátrio, a terceirização é instituto criado pela prática empresarial e que encontra respaldo apenas nos casos de trabalho temporário (Lei 6.019/74), serviços de vigilância (Lei 7.102/83), conservação e limpeza, e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. Recurso desprovido. (TRT, 3a. Reg., 3a. T., RO 0625/94. DJ, MG 13.04.94. Rel. Juiz Sérgio A. Braga. Apud PRUNES, 1995:244).

Relação de emprego

9) "A constituição de pessoa jurídica e posterior contrato de representação comercial, por si só, não fazem prova de trabalho autônomo. Muitas vezes é difícil distinguir entre o trabalho subordinado e o autônomo, pela presença da "zona gris". Entretanto, quando ausente a livre iniciativa e presente a condição de mero colaborador da atividade empresária, desponta a relação de emprego. Provada a subordinação, personalidade e demais requisitos do art. 3º da CLT, reconhece-se a relação de emprego. O aspecto formal consubstanciado no contrato social e no de representação comercial, não pode se sobrepor ao "contrato-realidade", como é considerado o contrato de trabalho. Por isso, atos fraudulentos, que tenham por escopo mascarar a relação de emprego, são tidos como nulos a teor do art. 9º da CLT. Presente os requisitos do trabalho subordinado, reconhece-se o vínculo empregatício com a baixa dos autos ao Juízo de origem para julgamento do mérito. Provimento do recurso do empregado" (TRT, 9º Reg. / RO 5175/90 / 6a. JCJ de Curitiba - Ac. 2a. T - 0172/92 - unân.. Rel. José Montenegro Antero - Fonte DKPR, 31.01.92, p. 43. Apud RAMOS Filho, 1994:171).

Reconhecimento da tomadora como empregadora

10) "Tomadora dos serviços cuja condição de real empregadora é reconhecida. Requisitos indispensáveis à caracterização do contrato como de emprego que resultam evidenciados. Recurso provido". Acórdão, TRT, 4a. Região, 95.000145-7 RO, de 15-02-96, Pres. e Rel. Magda Barros Biavaschi.

Isonomia salarial

11) "Empregado contratado por fornecedora de mão-de-obra faz juz a diferenças salariais em valores correspondentes aos existentes na empresa tomadora de serviços" (TRT 12a. Reg., Ac. 2a. T 4587/93, Rel. Juiz C. A. Godoy Ilha. DJSC, de 22.09.93, p. 70).

6. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Dada a importância e a difusão irreprimível da terceirização, a constatação da prática de fraudes leva a indagar por procedimentos capazes de submeterem as práticas *espúrias* aos princípios fundamentais do Direito. Muitos doutrinadores, assim como os três entrevistados, se ocupam deste tema. Para arrematar o trabalho, passo a referir alguns subsídios que considero importantes e com os quais concordo em termos.

6.1. Definição dos princípios gerais

O Direito do Trabalho nasce das lutas dos trabalhadores e, assim, é em sua origem, direito tutelar, tuitivo, protetor. Como tal, ele está informado por princípios de proteção, que visam a corrigir as desigualdades sociais (Entrev. Biavaschi).

1) RODRIGUEZ (1993:15) dá como uma das mais felizes definições de princípios de direito do trabalho a de Alonso Garcia: *"Aqueles linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos do que podem encontrar-se em outros ramos do direito"*. Seis são os princípios de direito

do trabalho que RODIRGUEZ analisa em sua obra de 315 páginas; por ser clássica, limito-me a referi-los: *de proteção; da irrenunciabilidade; da continuidade; da primazia da realidade; da razoabilidade; da boa-fé.*

2) Para DELGADO (1995:148), os princípios, que ele subdivide em *descritivos e normativos, em gerais e específicos, em individuais e coletivos* (p. 147-167), são *"proposições que informam a compreensão do fenômeno jurídico; diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o"*. Princípios justralhistas:

a) Princípios de direito individual: 1) *da norma mais favorável*, princípio nuclear de todo o sistema; 2) *da continuidade da relação de emprego*, para o qual a CF/88 fixou a regra da "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar" (art. 7º, I) e do "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço"(art. 7º, XXI); 3) *da primazia da realidade sobre a forma*, isto é, do *contrato-realidade; irrenunciabilidade dos direitos laborais*, isto é, da imperatividade da legislação justralhista; 4) do "*maior rendimento*", projeção do princípio da "*lealdade e boa-fé*" (p. 155-162).

b) Princípios de direito coletivo: 1) *da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical*; 2) *da equivalência dos contratantes coletivos e da lealdade e transparência das negociações coletivas*; 3) *da interveniência sindical na normatização coletiva, da criatividade jurídica da negociação coletiva e da adequação setorial negociada* (p. 162-165).

3) Segundo SÜSSEKIND (1995:134-138), além dos princípios gerais de direito, que são "*os pressupostos lógicos das diferentes normas legais*" (p. 169-170), existem os princípios próprios do Direito do Trabalho, que "*correspondem a enunciados genéricos que devem iluminar, tanto o legislador, ao elaborar as leis dos corerrespondentes sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões do respectivo ordenamento legal*".

Para ele, princípios específicos podem emanar do conjunto das normas adotadas pela Constituição a respeito dos direitos individuais e coletivos do trabalho. E, como estatui o art. 5º, parágr. 2º, "*Os direitos e garantias expressos*

nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..."

O primordial *princípio da proteção do trabalhador* resulta das normas imperativas, fundantes do contrato de trabalho, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações trabalhistas, visando opor obstáculos à autonomia da vontade. Os fundamentos jurídico-políticos e sociológicos desse princípio geram outros: 1) do *"in dubio pro operario"*; 2) da *norma mais favorável*; 3) da *condição mais benéfica*; 4) da *primazia da realidade*; 5) da *integralidade e intangibilidade*. A CF/88 consagra, ainda, no tocante ao Direito do Trabalho, estes princípios: 1) da *não discriminação* (art. 7º, XXX); 2) da *continuidade da relação de emprego* (art. 7º, I e XXI); 3) da *irredutibilidade do salário* (7º, VI).

6.2. Subsídios para o legislador

1) Assegurados os princípios básicos do Direito, propiciar a livre negociação coletiva. Significativo grupo abalizados doutrinadores, a exemplo de COSTA (1991), ROBORTELLA (1994), PRUNES (1995), MAGANO (1995), OLIVEIRA (1996), NASCIMENTO (1993) e outros, preconizam atualização da legislação trabalhista no sentido de que *"a lei perca espaço em favor da autonomia da vontade das partes contratantes; com isso, a relação de trabalho passaria a ser regida por regras provenientes de negociações coletivas"*.

2) Revogar o poder normativo da Justiça do trabalho. As decisões normativas da Justiça do Trabalho constituem intromissão indevida, autoritária e inibidora das negociações coletivas e, como tais, prejudicam os os trabalhadores. Posto diante de conflito, o patronato, aposta no julgamento do dissídio coletivo nos Tribunais (TRT ou TST) e, com isso, frustra as negociações e a autocomposição dos conflitos coletivos. - O Presidente do Tribunal e, em nome da sociedade, a Procuradoria do Trabalho, têm poder de instaurar *ex officio* o dissídio coletivo diante de greve instalada. Com isso, o Estado intervém no conflito, substituindo as partes, julgando o dissídio, proferindo sentença normativa e inibindo qualquer

greve. Os trabalhadores sempre perdem porque, se a norma lhes for benéfica, o patronato recorre da decisão, com efeito suspensivo; só depois de dois ou três anos é que sairá a decisão definitiva.- O TRT *"é extremamente conservador e cioso do seu poder normativo; suas sentenças normativas geralmente preservam os direitos patronais, não inovam, não instituem direitos, limitam-se ao mínimo legal"*. Em suma, *"o Poder Normativo da Justiça do Trabalho deseduca trabalhadores e empregadores; é forma de intervenção do Estado, geralmente arbitrária, castradora da autocomposição dos conflitos trabalhistas; tem reflexos altamente negativos na organização sindical, porque limita a liberdade e a autonomia sindical, bem como o exercício do direito de greve"* (Entrev. SOUZA)

3) Assegurar a prática da legalidade justralhista. Não basta que os direitos justralhistas sejam assegurados por leis. Importa que seja assegurados também a nível pragmático. - Alguns países desenvolvidos, particularmente do Japão, optaram por legalizar a subcontratação, distinguindo entre trabalhadores dispensáveis e não dispensáveis, e valorizam, acima de tudo, a perenização dos contratos. O estudo comparativo poderá vir a ser útil ao legislador. - *A sugestão de Magano, 1995, no sentido de que as prestadoras constituam cooperativa com a tomadora, suprimindo-se todos os limites à prática da terceirização, não impede a criação de falsas cooperativas* (OLIVEIRA, 1996:186-187).

4) Aprender de Legislações que deram tratamento adequado ao problema. Aprender dos EUA, da Alemanha e, sobretudo do Japão, que prima pela tendência a perenizar o emprego, não flexibilizar e tornar confiáveis e produtivas as relações entre capital e trabalho. A propósito, ver sobretudo SILVA, 1994.

5) Propiciar cooperação entre capital e trabalho. 1) CAMARGO procura mostrar que a estrutura institucional que rege as relações de trabalho no Brasil *"é pouco indutora de ganhos de produtividade e, portanto, de ganhos de salário real. Isto porque ela induz desconfiança e conflito na relação de trabalho"*. No intuito de contribuir para *"desenvolver, ao longo do tempo, relação de trabalho mais estável, com investimento em treinamento e qualificação tanto da parte dos trabalhadores quanto das empresas e uma relação mais cooperativa e menos conflitiva"*, ele preconiza *"mudanças institucionais importantes nas relações entre*

capital e trabalho para criar os incentivos corretos e gerar uma relação de trabalho mais estável, menos conflitiva, tanto a nível individual quanto coletivo, e indutora de ganhos de produtividade e salário". Compilei-as em três:

1º - "*Transformar os direitos individuais em direitos coletivos de trabalho*", mediante: (1) negociação, em âmbito nacional, de um contrato coletivo de trabalho; (2) negociação das diferenças entre as cláusulas do contrato e as legais individuais, por comissões, no local de trabalho, com participação obrigatória dos sindicatos; (3) nos casos de inexistência de comitês e sindicatos, "*valeria a legislação hoje existente, sem a possibilidade de que ela possa ser negociada na Justiça do Trabalho*"; (4) Para induzir a organização dos trabalhadores nos locais de trabalho, "*eliminar o imposto e a unicidade sindical*".

2º - As negociações salariais deveriam continuar sendo realizadas em nível mais agregado, categoria ou setor, mas sem a participação da Justiça do Trabalho. Os impasses seriam resolvidos por mediação e arbitragem, ou, então, através do conflito, pela greve ou pelo *lock-out*.

3º - Para que o FGTS não seja explorado pelo empregado como estímulo à demissão e à redução da produtividade, transformá-lo em pecúlio sacável só depois de determinado tempo de permanência na mesma empresa. Por outro lado, aumentar a multa pela demissão e utilizar os recursos decorrentes dela para financiar um sistema nacional de emprego, articulado com um sistema de treinamentos, realocação de mão-de-obra e seguro-desemprego.

5) Fomentar a micro e média empresa. 1) O crescente número de empresas de prestação de serviços no país, com milhões de trabalhadores, torna essencial "*uma política legislativa de estímulo a essas atividades econômicas, que constituem instrumento de combate ao desemprego. O mesmo se deve esperar da doutrina e jurisprudência, sensíveis ao volver da história*" (Robortella, 1994:278).

2) Nas relações entre capital e trabalho, a lei deveria propiciar justo equilíbrio entre obrigações patronais e direitos/deveres empregatícios, tornando-o passível de renovações periódicas. A lei deveria limitar-se a assegurar os direitos fundamentais, p^étreos, do empregado (justo salário, repouso remunerado, férias), deixando sua aplicabilidade à livre negociação entre empregador e

empregado. *"Uma ótica fechada, monodisciplinar, pode conduzir a perigosa e indevida intromissão em espécies fáticas reguladas normativamente por outros ramos do direito, como é o caso da locação de serviços e da empreitada"* (Id., *ibid.*, 1994:274).

3) Desde que a lei obrigue a empresa contratada, ou subcontratada, a assumir todas as responsabilidades juslaboralistas para com seus empregados, e desde que os contratos caracterizem *"a especialização do trabalho, a direção da atividade pelo prestador e sua idoneidade econômica"*, pouco importa se realize o trabalho no estabelecimento da empresa tomadora, ou se trate de atividade-fim ou atividade-meio" (Id., *ibid.*, 1994, p. 274). Logo, assegurados os direitos fundamentais, o mais não deveria constituir limite legal à terceirização, nem sequer se a atividade da tomador constitui fim ou meio.

6) Responsabilizar *solidariamente* a empresa tomadora. Segundo a entrevistada Biavaschi, a prática judiciária evidenciou que muitas empresas prestadoras de serviços não dispõem de capital suficiente para suportar os custos sociais e as demandas trabalhistas. Por outro lado, o inciso II do Enunciado 331 propicia relacionamento injusto da Administração Pública com o trabalhador. Embora tais situações possam resolver-se mediante avocação do par. 2º do art. 2º para o art. 455 da CLT, Biavaschi preconiza que a Lei passe a: acrescentar um parágrafo ao artigo 455 da CLT, responsabilizando *"solidariamente"* as tomadoras nas execuções contra as prestadoras, quer sejam contratadas quer sub-contratadas.

7) Ampliar os limites legais da terceirização.

Alguns doutrinadores enfatizam a necessidade de alargar os limites legais da terceirização. Assim, segundo LEIRIA (1993:28-30), para o Brasil ingressar no Primeiro Mundo, é necessário que sejam alteradas algumas medidas legais retardadoras do processo econômico-social moderno. Mesmo sem descuidar da defesa do empregado, *"o certo e elogiável é que a posição do Judiciário Trabalhista também vem evoluindo"*. Assim, enquanto, antes das montadoras de veículos, vigia a estabilidade no emprego, em 1967 esta foi substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). A Constituição de 1988 não consagrou a estabilidade no emprego como norma absoluta. A estabilidade não foi tutelada para

além de uma proteção "*contra despedida arbitrária ou sem justa causa*" (art. 7º, I). A tendência atual é a de que a regulamentação virá a proibir apenas a demissão por motivos disciplinares, técnicos e econômicos. Portanto, ao empregador que hoje queira terceirizar, a Lei não impõe mais do que a obrigação de pagar ao empregado demitido senão a multa demissional de 40% sobre o FGTS.

8) Atualizar a lei e fazê-la cumprir. *"O Brasil precisa de reformas estruturais profundas para se inserir neste mundo de relações globalizantes, de inovações tecnológicas e de novas exigências, tanto educacionais, quanto culturais." - "É impossível combater o desemprego sem combater a precarização ao mesmo tempo. Reconquistar o cumprimento da legislação do trabalho em vigor parece ser o primeiro passo para barrar e depois reverter o processo de precarização das relações de trabalho"* (SINGER, 1995).

6.3. Subsídios para os Sindicatos

1) Emancipar os sindicatos. Segundo o entrevistado SOUZA, são fatores preponderantes do magro resultado das negociações coletivas: a) debilidade de organização da grande maioria dos sindicatos; b) estrutura sindical arcaica, verticalizada, fundada no princípio da unicidade, que dá o monopólio da negociação a sindicatos destituídos de representatividade; c) poder normativo da justiça do trabalho (ver 6.2); d) limitação do direito de greve, já que a lei faculta: aos patrões, pressionados, apelarem para o poder de polícia, o que desmobiliza os trabalhadores; aos aparelhos do Estado (Tribunais, Ministério Público do Trabalho, Polícia, Ministério do Trabalho) inviabilizarem as negociações coletivas, a autocomposição dos conflitos e, assim, reforçar a exploração da força de trabalho, negando a realização prática dos direitos sociais inscritos na CF e nas leis trabalhistas.

2) Reorganizar e mobilizar os sindicatos. Segundo o entrevistado SOUZA, o sucesso da negociação coletiva será tanto maior, quanto: (a) mais politizada for a consciência da categoria e a representatividade dos dirigentes

sindicais; (b) mais desburocratizada, mais atenta aos problemas da categoria, mais voltada para a formação política dos trabalhadores, mais capacitada para avaliar a conjuntura econômico-social for a organização sindical; (c) quanto mais livres e autônomos forem os sindicatos.

3) Denunciar irregularidades. *"Além de tentativa de negociar, em acordos coletivos, limites ao trabalho de terceiros, os sindicatos têm recorrido freqüentemente à Justiça do trabalho, denunciando suas irregularidades. As decisões do Judiciário, no entanto, têm sido contraditórias"* (DIEESE, 1993:22).

A partir da análise dos casos tradicionais de terceirização, a estratégia do movimento sindical buscou, axialmente, impedir tanto a fraude dos direitos trabalhistas, quanto a precarização das condições de trabalho. impedir que a reorganização da produção e seus efeitos afetem *"o nível de emprego, salários, qualificação profissional e organização sindical"* (DIEESE, 1993:20).

4) Exigir cumprimento da lei. A função dos sindicatos é resguardar os legítimos direitos dos trabalhadores. Como? - Seguindo as excelentes diretrizes propostas nos seis anexos do DIEESE (1993:25-37). - Objetivando atenuar as desigualdades nas condições de trabalho entre os empregados sindicalizados das tomadoras e os não sindicalizados das empreiteiras-prestadoras, grande parte das cláusulas registradas no Anexo dois visam fazer que as empresas exijam, contratualmente, que as empreiteiras cumpram a normas mínimas de segurança e os direitos trabalhistas, ou seja, cumpram a lei (DIEESE, 1993:23).

5) Participar dos planos de reorganização da empresa. O movimento sindical empenhou-se por negociar a implantação da terceirização, *"no intuito de barrar o desemprego e a queda da qualidade de vida"*. Exemplo: o acordo que os trabalhadores da Autolatina firmaram com a empresa, garantindo que a transferência de atividades para terceiros será necessariamente negociada. Permitir que a empresa terceirize sem negociação significa *"prejuízo aos trabalhadores"* (DIEESE, 1993:24).

Segundo o DIEESE (1993:8), cabe à ação sindical papel essencial no sentido de intervir na dinâmica da implantação de mudanças na organização

produtiva, como é a terceirização. O propósito de as empresas ampliarem o quadro de atividades de terceirização, *"vem reforçar a importâncias das entidades sindicais intervirem no processo para que a terceirização, em sendo implantada, não signifique desemprego, nem queda na qualidade de vida dos trabalhadores como um todo"* (p. 19).

6) Debater a terceirização com os três Poderes do Estado. Os sindicatos devem pressionar os empresários no sentido de que cumpra a lei e os acordos internacionais. Propostas práticas constantes dos quatro anexos do DIEESE (1993:26-36). Pinço três propostas, que seleciono pela importância:

a) Debater a terceirização com o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, visando detectar suas causas e efeitos, bem como elaborar leis em defesa dos interesses dos trabalhadores (p. 32).

b) Lutar pela aprovação da Convenção 87 da OIT (p. 32). Acrescento: e pela não denúncia do Acordo 158 da OIT.

c) Inserir cláusula específica sobre terceirização na Convenção Coletiva de Trabalho, de teor semelhante a este: Empresa que pretenda passar a adquirir de terceiros bens e serviços antes produzidos por ela, deverá abrir-se, com antecedência mínima de seis meses, a análise, discussão e negociação com comissão representativa dos trabalhadores e seu sindicato (p. 34).

7) Pressionar para que o modelo de administração pública seja o do Estado de Bem-Estar Social, não do Neoliberalismo, do Estado mínimo, que tem trazido desastrosos resultados. Com efeito: *"A desregulamentação, a terceirização, tudo o que a visão neoliberal trouxe, não tem trazido ganhos em competitividade para os Estados que adotaram. Pelo contrário, os países que menos flexibilizam (Japão e UEA) são os mais produtivos. Logo, o problema da terceirização remete a essa discussão. É questão preocupante para quem deseja Estado regulador, moderno, preocupado com a sociedade* (Entrev. BIAVASCHI, 1996).

6.4. Subsídios para integradores de esforços: públicos e privados

1) Buscando resposta para o desafio do desemprego, os Conselhos mais recentes da Comunidade Européia sugeriram sobretudo:

a) Destacar a formação contínua como fundamental para uma competitividade a longo prazo e para o crescimento da produtividade.

b) Apoiar e desenvolver as pequenas e médias empresas.

c) Investir no combate ao desemprego de longa duração, envolvendo os jovens na sociedade ativa (COMISSÃO EUROPEIA, 1995:4).

2) Conjugação de esforços entre Governo, empresários e sindicatos, no sentido de aumentarem a criação de empregos. Entre essas medidas está a *redução da carga tributária das micro e pequenas empresas, cujo projeto de lei tramita no Congresso* (Ver anúncio do SEBRAE na *Isto é*, São Paulo, nº 1406, de 11 set. 1996)

3) Às tomadoras de serviços, QUEIROZ (1992:16 e 57-66) ministra sábias recomendações:

1. evitar a demissão; antes buscar a reabsorção no prestador;

2. evitar a redução dos salários e benefícios;

3. escolher parceiros competentes e manter bom relacionamento entre as partes

4. preocupar-se com a segurança no trabalho na empresa prestadora;

5. dispensar cuidados especiais à administração do contrato.

4) A qualificação da mão-de-obra brasileira deixa profundamente a desejar, de vez que a lei nada exige deles. Dada a crescente complexidade dos serviços, importa criar programa que invista amplamente na formação profissional dela, no sentido de que todos trabalhadores venham a ser diplomados e detentores de especialização em determinada área.

7. CONCLUSÃO

Eis algumas das muitas conclusões que, do exposto, se poderiam auferir:

1) O tema revelou-se muito abrangente, complexo, movediço, polêmico e insuficientemente estudado em pontos substanciais, tais como: causas de desemprego; vantagens e desvantagens da terceirização; natureza da preconizada flexibilização das leis trabalhistas; balizamento do limite da terceirização pelo critério da atividade-meio e atividade-fim; caráter solidário ou subsidiário da responsabilidade da tomadora; não contratação de vínculo empregatício com instituição pública em caso de contratação irregular, rumo da legislação ferenda.

2) Uma adequada atualização legislativa das práticas terceirizadoras terá maior chance de sucesso na medida em que for precedida de estudo aprofundado da dimensão dos problemas decorrentes das praticas terceirizadoras e dos fatores que nelas interferem, tais como emprego x desemprego, Estado neoliberal x Estado providencial, quadro objetivo e prospectivo da mão-de-obra, estudo comparativo das soluções dadas por outros países, sobretudo pelo Japão e UEA, estudo de análises aprofundadas do emprego x desemprego na Europa, como o realizado pelo relatório da Comissão Européia, 1995.

3) Como amplamente praticada no Brasil, a terceirização traz benefícios imensos para empresários, eventuais benefícios para a sociedade; mas, em contrapartida, gera prejuízos à sociedade na medida em que recaem sobre ela as consequências das fraudes à lei praticadas, especialmente as sociais e previdenciárias. Ela acarreta, acima de tudo, imensa precarização dos direitos trabalhistas e sociais do trabalhadores: gera perdas salariais, elevação do índice de desemprego e sub-emprego, deteriora as condições de trabalho e outras.

4) As fraudes à lei encontram-se muito difundidas, revestem-se de inúmeras formas e objetivam sobretudo reduzir a folha de pagamento, e ensejam não poucas demandas judiciais.

5) Jurisprudência: os textos evidenciam posições divergentes, mas predomina a aplicação estrita das normas legais vigentes.

6) Faço minha a conclusão de OLIVEIRA (1996:187): *"Caberá ao direito do trabalho, como instrumento do progresso e da política de emprego, nivelador das desigualdades sociais, adequar-se a esses novos fatos da vida social e regulá-los de forma a evitar a fraude e a simulação. Essa é a única forma de se proteger o trabalhador e de fazer com que este, economicamente desfavorecido, não fique juridicamente desamparado"*.

7) Por se constituírem em fenômenos irreversíveis, de poder e alcance sociais e trabalhistas quase imprevisíveis, a globalização e a terceirização necessitam de atenção redobrada da parte dos legisladores, magistrados, administradores e de todos os agentes do Direito. Inútil seria combatê-los em si mesmos. Ações que importa praticar são as que assegurem, para o futuro, a submissão desses fenômenos aos princípios gerais do Direito, em particular do Direito do Trabalho.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraude à lei. In: CARDONE, Marly A. e SIVA, Floriano Corrêa Vaz da (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993, p. 33-39.
- ARBIX, Glauco. Trabalho: dois modelos de flexibilização. *Lua Nova*, nº 35, p. 171-190, São Paulo, 1996.
- BARCELLOS, Carmen. Subcontratação favorece parcerias entre empresas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jul. 1994.
- BARROS, Alice Monteiro de. Terceirização no direito do trabalho: riscos e conseqüências. *Jornal Trabalhista*. Brasília, v. 10, n. 471, p. 790-792, set. 1993.
- _____. A terceirização e a jurisprudência. *Periódico do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. região*. v. 22, nº 51, p. 119-131, jul. 1991 / jun. 1992.
- BIAVASCHI, Magda. Relações de trabalho em tempo de cólera. *Revista LTr*, vol. 58, nº 05, São Paulo, p. 540-550, maio 1994,
- BLECHER, Nelson. Grandes empresas aderem à reengenharia. *Folha de São Paulo*, São Paulo 24 ago.1994.

- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Enunciados, instruções e precedentes normativos*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 1993. 142p.
- CAMARGO, José Marcio. Conflito e negociação nas relações de trabalho. *Esquerda*, Porto Alegre, p. 80-84.
- CAMPOS, José Roberto. Empresas já terceirizam produção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14-06-92.
- CAPAVERTDE, Luis Gonzaga. Terceirização, o jogo do ganha-ganha. *Revista do Mercosul*, Rio de Janeiro: Terceiro Mundo, n. 7, p. 25, nov. 1992.
- CARDONE, Marly A. e SILVA, Floriano Carrêa Vaz da (coord.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993. 77p.
- CARRION, Valentin. Sub-empregada e locação de mão-de-obra. Responsabilidade solidária e titularidade empresarial do vínculo. In: ---. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 290.
- _____. Empresa prestadora. Ver mão-de-obra, locação e subempregada. In: ---. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 366-373 e 676.
- CATHARINO, José Martins. "Terceirização" e os Enunciados 256 e 331. *Genesis*, Curitiba, v. 3, nº 18, p. 569-572, jun. 1994.
- CHEIB, Ronaldo Maurílio. *Inovações constitucionais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989. 149 p.
- COELHO, Hugo de Carvalho. *Intermediação de mão-de-obra*. Rio de Janeiro: CNI. 1993. 23 p.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Emprego na Europa - 1995*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1995. 206p.
- COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991. 216p.
- _____. Flexibilização laboral e revisão constitucional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 61/92, ano 1992, p. 15-22.
- _____. Novos rumos para a justiça do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, nº 81, março 1993, p. 51-56.

- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Flexibilização das condições de trabalho: o tempo de trabalho. *Genesis*, Curitiba: n° 31, jul. 1995, p. 12-22.
- DAVIS, Frank Stephen. *Terceirização e multifuncionalidade: Idéias práticas para a melhoria da produtividade e competitividade da empresa*. 2 ed. São Paulo: 1992. 104 p.
- DELGADO, Maruício Godinho. Terceirização no direito brasileiro. In: ---. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995, p. 364-391.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS. *Os trabalhadores frente à terceirização*. São Paulo, 2. ed.: s/ed., n° 7, maio 1993. 41p.
- DIÁRIO CATARINENSE. Caderno de Economia. *Desemprego global: o fantasma que tira sono dos ricos e dos pobres*. Florianópolis, 07 jul. 1996, p.1-12.
- EVELIN, Guilherme. Pacote antidesemprego. *Istoé*, n° 1375, São Paulo, 7 fev. 1996, p. 24-26.
- FONTANELLA, Denise; TAVARES, Eveline; LEIRIA, Jeronimo Souto. *O lado (des)humano da terceirização: o impacto da terceirização nas empresas, nas pessoas e como administrá-lo*. Salvador: Casa da Qualidade, 1994. 114p.
- GATES, BILL Tecnologia transforma trabalho humano. *Folha de São Paulo*, 6, Informática, p. 2, São Paulo, 8 nov. 1995.
- GAVALDA, Christian. *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*. Paris, Economica, 1978.
- GENTILI, Pablo. Neoliberalismo, exclusion social y políticas educativas. *Plural*, Florianópolis, n° 7, ano 5, p. 54-61, jan./jun. 1996,
- GONÇALVES, Emílio. A empresa prestadora de serviços e os vigilantes. *Revista do Direito do Trabalho*. São Paulo, n° 79, p. 35-37, set. 1992.
- LEDUR, José Felipe. Princípios do direito do trabalho e flexibilização. *Direito AMATRA IV - Revista dos Magistrados Trabalhistas do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, p. 20-24, 20 abr./ago. 1995.
- LEIRIA, Jerônimo Souto. *Terceirização Uma alternativa de flexibilidade empresarial*. . 6 ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Sagra, 1992. 170p.

- _____. *Terceirização passo a passo: O caminho para a administração pública ou privada*. Porto Alegre: Sagra. DC Luzzatto. 2 ed., rev. 1993. 144p.
- LEITE, Jaci C. *Terceirização em Informática*. São Paulo: Makron Books, 1995. 141 p.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Terceirização*. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 87, p. 77-78, set. 1994.
- _____. *O direito do trabalho e as tendências neoliberais*. *Revista do direito do trabalho*. São Paulo, nº 78, p. 54-56, jun. 1992.
- _____. "Cooperativas e terceirização". *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 jan. 1995, p. B/2.
- MARIN, Denise Chrispim. *Contrato coletivo arquiva CLT e Constituição*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07-05-95.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1995. 119p.
- MARQUES, Carlos José e BRENER, Jayme. *Há vagas: O mercado de trabalho por uma revolução... Isto é*, nº 1357, São Paulo, 4 out. 1995.
- MARTINS, Heloísa de Souza e RAMALHO, José Ricardo (Org.). *Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Hucitec, 1994. 236 p.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. "Sociedade Cooperativa. Vínculo empregatício entre ela e seus associados. O parágrafo único do art. 442 da CLT". *Revista LTr*, v. 59, nº 7, p. 890-893, 1995.
- MATIOLI, Maria Cristina. *Reflexões acerca das relações de trabalho no Brasil. Perspectivas de um novo modelo*. *Trabalho & Processo*. São Paulo. nº 3, p. 132-135, dez. 1994,
- MIQUELUZZI, Oswaldo et al. *A proteção jurídica do trabalhador: doutrina e jurisprudência (TST e TRT 12a. Região)*. Curitiba: Genesis, 1995. - Terceirização. Intermediação de mão-de-obra. p. 20-23; 130-141.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Subcontratação ou terceirização*. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, nº 83, set. 1993.

- _____. Subcontratação e terceirização. *Periódico Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, n. 23, p. 413-417, dez. 1993.
- NASCIMENTO, Denilson Furtado. *A terceirização e a ação sindical*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada ao Departamento Privado e Social, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1996, 69p.
- NASSAR, Rosita de. *Flexibilização do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.
- NAVARRO, Heiguiberto G. Della Bella. Nós queremos o contrato coletivo de trabalho. *Folha de São Paulo*, 2, Dinheiro, p. 2, São Paulo, 23.março.1995.
- OLIVEIRA, Isabela Fadul de. Terceirização: breves considerações. *Genesis*. Curitiba, Ed. Genesis, ano 7, fasc. 38, p. 181-188, fev. 1996.
- PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Flexibilização e terceirização. *Jornal Trabalhista*, Curitiba, v. 9, n. 428, p. 1.140-1.141, nov. 1992.
- PAGNOCELLI, Derniza. *Terceirização de atividades científicas e tecnológicas*. [s. l.] 1993. 28p.
- PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A problemática da flexibilização do direito do trabalho no Brasil. *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis, ano 20, n. 70, 1993, p.65-72. Foi publicado também em *Plural*, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 12-15, 1991,
- PETRAS, James. Perspectivas de libertação: Alternativas para o neoliberalismo na América Latina. *Plural*, Florianópolis, n. 7, ano 5, p. 13-22, jan./jun 1996.
- PINTO, Almir Pazzianotto. A reforma da CLT - Antecedentes e diretrizes. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 61/92, p. 45-48.
- PINTO, Eduardo. "Em todo o mundo a onda do desemprego". *Notícias Shell*, v. 80, n. 294, out. 1993.
- PONT, Juarez Varallo. Emprego: questão de cidadania. *Genesis*, Curitiba, nº 38, fev. 1996, p. 277-290.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. Intermediação da mão-de-obra e a evolução social. *Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, n. 1, abr./jun. 1988.
- _____. *Contratos Triangulares de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1993. 283p.

- _____. *Terceirização do trabalho*. 1. ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 1995. 384p.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. *Manual de terceirização: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso*. São Paulo: STS, 1992. 199p.
- RAMOS FILHO, Wilson. Terceirização e a delinquência patronal. *Jornal Trabalhista*, Curitiba v. 11, n. 493, p. 161-17, 21 fev. 1994.
- REGIS, Rachel; MOGGI, Jair. *O despertar da empresa brasileira: como se preparar para o futuro*. São Paulo: Cultrix, 1994. 259p.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização. Aspectos jurídicos. Responsabilidades. Direito Comparado. *Genesis*, Curitiba: n. 21, p. 269-287, set. 1994.
- _____. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- ROCHA, Euclides Alcides. O enunciado nº 331 do TST. Terceirização x locação de mão-de-obra. Brasília, *Revista do TST*, v. 63, p. 116-121, 1994.
- _____. Prestação de serviços por empresa. Terceirização. *Genesis*. Curitiba: nº 33, p. 295-301, set. 1995.
- RODRIGUES, Margarete de Luna (org.); SOUSA, Agostinho Alves de (org.). *Qualidade total*. Rio de Janeiro: SESI-DN/NID: SENAI-DN/NID, 1996. 4 v.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 2 ed. São Paulo: LTr, 1993. 315p.
- ROMANO, Sylvia. Coação e flexibilização? *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, nº 88, p. 15-28. dez., 1994.
- ROMANOSCHI, Paulo Otto. *Terceirizar sem planejar, pode falhar: sua empresa está preparada? Dúvidas e soluções*. São Paulo: Maltese, 1994. 123p.
- ROMITA, Arion Sayão. A terciarização e o direito do trabalho. In: *Sindicalismo, economia, Estado democrático*. São Paulo: LTr, 1993, p. 32-53.
- _____. "A terceirização e o direito do trabalho". *Revista LTr*, v. 56, n. 3, p. 277-279, 1992.
- _____. *Política de emprego: intermediação de trabalho, trabalho temporário, prestação de serviços por empresa*. Curitiba: Genesis, 1993. 63p.

- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. 1, 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 616p.
- SAMPAIO, Ricardo. Terceirização e flexibilização. *Genesis*, Curitiba, n. 24, p. 678-686, dez. 1994.
- SILVA, Antônio Álvares da. Contratação coletiva. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 82, p. 3-23, jun. 1993.
- SILVA, José Ajuricaba da Costa e. "Terceirização. A solução jurídica japonesa". *Revista LTr*, v. 58, nº 2, p. 141-143, 1994.
- SILVA, Paulo Pereira da. Revolução no trabalho. *Folha de São Paulo*, 10-10-95
- SILVA, Reinaldo Pereira. *Os modelos de organização do trabalho e da produção*. Florianópolis: mimeo, 1996. 21p.
- SINDICATO DOS METALÚRGICOS DO ABC. *Os trabalhadores e a terceirização: diagnósticos*. São Bernardo do campo, s.ed., 1993. 65p.
- SINGER, Paul. A precarização é causa do desemprego. *Folha de São Paulo*, 2, p. 2., São Paulo, 10 dez. 1995.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Enunciado nº 256: mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços. *LTr*. 51-3/278/279.
- _____. O cinquentenário da Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* Brasília, p. 15-23, 1991,
- TEIXEIRA Filho, João de Lima. Modernização da legislação trabalhista. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 8, , p. 20-56, mar. 1993
- TEIXEIRA Filho, Manoel Antônio. Apreciação crítica do anteprojeto de Código de Processo do Trabalho elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 79, p. 41-46, set. 1992.
- TEIXEIRA, Néelson Gomes (org). *O futuro do sindicalismo no Brasil: Diálogo Social*. São Paulo: Pioneira, 1990. 205p.
- TOFLER, Alvin. *A terceira onda*. ed. 12. Trad. João Távora. São Paulo: Record.
- URANI, André. Qual é a taxa de desemprego hoje no Brasil? *Folha de São Paulo*, São Paulo, caderno 2, p. 2, 19 jun. 1996.
- VALE, Gláucia Maria Vasconcellos. Terceirização e competitividade. *Rumos do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 97, p. 18-22, set./out. 1992,

- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O direito e a terceirização da economia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 688, p. 27-37, fev. 1993.
- VIDAL, Alcides Gabancho. *Terceirização: a arma empresarial*. São Paulo: Erica, 1993. 444p. (Trabterc.)
- VIDOSSICH, Franco e FURLAN, Oswaldo. *Dicionário de novos termos de ciências e tecnologias: empréstimos, locuções, siglas, cruzamentos e acrônimos*. São Paulo: Pioneira / ABIMAQ / SINDIMAQ, 1996. 360p.
- XY. Terceirização, arma contra o movimento sindical? *Jornal Trabalhista*, Brasília, nº 418.

SENTENÇAS E ACÓRDÃOS INÉDITOS

- ESTDO DE SANTA CATARINA, Poder Judiciário, Justiça do Trabalho. *Processo nº 0111/96 - Sentença*. Florianópolis, 02-08-96. Juiz Presid. Alexandre Luiz Ramos, 19p.
- ESTADO DE SANTA CATARINA, Poder Judiciário, TRT/SC/RO-V 3372/94, Acórdão 3a. T - nº 967/96, Lília Leonor Abreu, Pres. em Exercício, 13 p.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Poder Judiciário, Justiça do Trabalho. Acórdão nº 95.000145-7 RO - Magda Barros Biavaschi, Juíza no exercício da Presidência e Relatora. 8p.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Poder Judiciário, TRT, Acórdão nº 95.005404-6 RO, Mauro Augusto Breton Viola, Juiz Corregedor no exercício da Presidência, Magda Barros Biavaschi, Juiz Relatora. 9p.

9. ANEXOS

PENSAMENTO DE DOIS SINDICALISTAS E DE UM MAGISTRADO.

A entrevista com dois sindicalistas e uma juíza do trabalho mestranda objetivou sondar a situação fática e atual da terceirização na área do sindicalismo e da magistratura. Cinco perguntas foram entregues, por escrito, em 16-10-96, poucos dias antes de sua gravação. As respostas foram gravadas em fitas cassete e, depois, transcritas. Na transcrição, houve empenho por manter fidelidade ao sentido, embora nem sempre à forma. A supressão de passagens pouco pertinentes ao tema foi indicada por (...). Transcrevem-se, aqui, quatro entrevistas: com dois sindicalistas, com uma juíza do trabalho e com um empresário. Eis o texto da folha das perguntas:

"As informações a serem prestadas pelo Informante destinam-se a ser incluídas em monografia, de final de Curso de Direito, que está sendo elaborada sobre o tema *Terceirização: Limites legais e fraudes à Lei*". Na suposição de que a fonte seja citada devidamente e que a interpretação seja correta, o Informante autoriza, desde já, sua utilização. Como as perguntas estão correlacionadas, o aluno sugere que o Informante, ao responder a cada pergunta, leve em conta as demais. Agradecimentos profundos e cordiais do aluno.

1) **Terceirização: benefícios e malefícios** - Segundo os livros de economia, a terceirização multiplica a produção e os empregos. Segundo os sindicalistas, ao contrário, ela não se pratica sem prejuízos aos direitos trabalhistas dos empregados. A razão está com ambas as partes? em que sentido?

2) **Legislação trabalhista brasileira: falhas relativas à terceirização** - Os limites à terceirização estabelecidos na legislação, sobretudo nos Enunciados 256 e 331, constituíram objeto

de muitas críticas. Para o Informante, quais são, no geral, as falhas e/ou as lacunas da Lei vigente no que respeita à terceirização?

3) Críticas ao Enunciado 331, II, III e IV - Alguns estudiosos, Robertella à frente, criticam o Enunciado 331, por considerarem injustos os seguintes dispositivos nele estabelecidos:

II - a constatação irregular não gera vínculo empregatício para a empresa pública;

III - a terceirização tem como limite as atividades-meio, quando a fronteira entre estas e as atividades-fim são questionáveis e/ou mutáveis e quando o que interessa assegurar, acima de tudo, são os direitos trabalhistas;

IV - sobre a empresa tomadora pesa responsabilidade subsidiária por falhas da prestadora.

Concorda com essas críticas? Em que sentido e por quê?

4) Legislação otimizadora das relações entre capital e trabalho na terceirização - Considerando, por um lado, que a terceirização traz benefícios para a economia e considerando, por outro, que a sociedade brasileira vem clamando por maior adequação das leis trabalhistas às novas condições da produção e do mercado de trabalho, e considerando, enfim e em particular, a tendência universal e crescente ao desemprego, que rumos ou princípios legais o Informante estabeleceria para a terceirização no Brasil, no caso o Informante vir a ser incumbido, singularmente, de legislar sobre o tema em causa?

5) Relações entre capital e trabalho: a) liberdade de negociação e direitos fundamentais do trabalhador; b) Atuação dos sindicatos. - Camargo procura demonstrar que a estrutura institucional que rege as relações entre capital e trabalho é "*pouco indutora de ganhos de produtividade*" porque ela "*induz desconfiança e conflito*". Para reverter tal situação, propõe (1) transformar os direitos individuais em direitos coletivos de trabalho; (2) eliminar o imposto e a unicidade sindical; (3) resolver os conflitos à base de categorias ou setores, com eventual recurso a mediadores e árbitros; (3) transformar o FGTS em pecúlio, sacável apenas após determinado nº de anos de permanência na empresa e, entretanto, utilizável como recurso para fomentar estabilidade no emprego. Qual a posição do Informante diante dessas propostas, particularmente no que tange à terceirização?

6) Outras informações pertinentes e/ou úteis, a critério do informante.

1 - VISÃO DE UMA JUÍZA DO TRABALHO

Magda Barros Baiavaschi, sou juíza do Direito do Trabalho desde maio de 1976, presidente da quinta Junta de Conciliação e Julgamento, de Porto Alegre, mestranda em Direito no Curso de Pós-Graduação, da UFSC, orientanda do Prof. Edmundo Arruda, licenciada até maio de 1977, interessada no estudo da possibilidade transformadora do poder judiciário.

- Terceirização traz benefícios ou malefícios?

- Depende muito da ótica e da visão de mundo quem julga, do viés em que se toma a questão. Wilson Ramos Filho, advogado trabalhista, conclui que o objeto da terceirização é reduzir os custos da mão-de-obra, flexibilizar os direitos dos trabalhadores com vistas a minimizar os custos da mão-de-obra. Desse ponto de vista empresarial, há vantagens para os empresários. Mas, para os trabalhadores, a terceirização está de par com a precarização dos direitos dos trabalhadores e das relações de trabalho. Neste sentido, a terceirização é prejudicial. Considerando os direitos dos trabalhadores como algo fundamental, a terceirização, para os trabalhadores é prejudicial e precariza. Ela vem de par com o movimento neoliberal, que visa ao Estado mínimo, lançando massas de trabalhadores no mercado informal. Precarizando, prejudica um dos pólos da relação de trabalho, que é o mais fraco.

Qual é minha preocupação como juíza nessa questão? O Direito do Trabalho nasce das lutas dos trabalhadores e, assim, é, em sua origem, direito tutelar, tuitivo, protetor. Como tal, ele está informado por princípios de proteção, que visam a corrigir as desigualdades sociais. Neste sentido, pois, se o movimento neoliberal lança massas de trabalhadores no mercado informal, então ele está de par com a terceirização, a flexibilização e desregulamentação de direitos, e, portanto a terceirização é prejudicial.

- A legislação trabalhista tem falhas no tocante à terceirização?

- A jurisprudência do TST, materializada no En. 256, é severa com a fraude. Visa a coibir a contratação trilateral dos empregados. Como tal, o 256 materializa a jurisprudência dominante, visa a coibir a fraude, no que se coloca de par com os princípios informadores do Direito do Trabalho. O 256 é muito utilizado para afirmar a nulidade e a ilegalidade de contratações trilaterais. Por quê? Segundo os teóricos do Direito do Trabalho, com os quais concordo, a relação de emprego se estabelece quando o empregado se apropria da mão-de-obra, quando o empregado aliena a sua força de trabalho, pela qual recebe salário. Esta é uma relação que se estabelece no seio da relação capital e trabalho e que remete à existência de uma relação de emprego.

O que acontece com a terceirização e a trilateralização? Estabelece-se uma locação de mão-de-obra. Há transferência de responsabilidade, não para o tomador, mas para o locador, o que desvirtua a preocupação que está inserida no art. 2º e 3º da CLT. O En. 256 é severo em relação às fraudes.

Com o En. 331, tivemos uma "flexibilização" dessas possibilidades. Apesar de Robortella entender que a tomadora não pode ser responsabilizada por descumprimento de obrigações da prestadora, o En. 331 é tímido em relação à terceirização. O que está por trás da terceirização é a redução dos custos do trabalho: as empresas querem competir e trabalham no sentido de reduzir os seus custos, os quais remetem à questão do salário e às obrigações sociais. Ouvimos diariamente na

imprensa que o custo Brasil precisa incluir salário, os direitos dos trabalhadores, todas as conquistas dos trabalhadores incorporadas nos textos legais.

Quando se fala em legalizar uma relação triangular, retirando da empresa tomadora a responsabilidade, se está afirmando que as empresas prestadoras de serviços, que não se beneficiam, não lucram com aquela atividade, pois só recebem da empresa tomadora o principal da contratação, tenha que ser a responsável única frente aos compromissos contratuais, quando a prestadora, via de regra, não tem o capital que vá garantir o cumprimento das relações de trabalho.

É freqüente o caso de empresas que, para suprirem, não as necessidades, mas suas atividades-fim, lançam mão da terceirização e da desregularização. Há várias empresas importantes e conhecidas que hoje estão transformando as relações de indústria e produção em contratos de terceirização ou triangularização. Assim, reduzem suas fábricas ao setor administrativo apenas. Está muito em voga esse tipo de comportamento.

O que acontece quando as prestadoras de serviços descumprem a legislação trabalhista? O trabalhador vem à Justiça do Trabalho e as prestadoras, via de regra, não dispõem dos recursos financeiros para arcar com os ônus decorrentes até do inadimplemento contratual que já houve. Estas, muitas vezes, não recolhem o FGTS, o INSS. Com isso temos redução de contribuição e de possibilidades de o Estado adotar políticas públicas universalizantes, sociais, que dependem da arrecadação que ele faz. Então a informalização, a terceirização, a triangularização remetem também à incapacidade de o Estado cumprir com sua função regularizadora e de adotar políticas sociais universalizantes.

O En. 331, no *caput*, coíbe a contratação por interpostas pessoas, afirmando ser ela ilegal e dizendo que o vínculo se dá diretamente com o tomador, salvo no caso de contrato de trabalho temporário, que é objeto da Lei 6.019/74. Mas as várias alíneas do 331, em realidade, flexibilizam o próprio *caput*. A alínea II diz que a contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública, direta ou indireta, ou fundacional. Temos, aqui, pois, uma flexibilização do princípio enunciado no *caput*, a qual desvirtua as próprias regras da Constituição, art. 173, segundo o qual, o mesmo regime e as mesmas normas são aplicadas às empresas públicas, diretas e indiretas, quando contratam trabalhadores regidos pela CLT. Assim, o En. 331, II, transfere as disposições do art. 173 da CF.

A jurisprudência não é uníssona, não é homogênea. Não é um bloco hegemônico; há pensamentos contraditórios dentro do próprio TST. O Ministério Trabalhista faz parte do Estado, que é uma relação. Por isso, há contradições, nichos. Tudo depende da visão do mundo que o julgador tem.

O inciso III, que permite serviços de vigilância, conservação e limpeza, encerra coisa muito fantástica, porque, neste final de milênio, com a alteração das relações de profissão, das

forças produtivas, amplia-se consideravelmente para o trabalhador em serviços e reduz-se consideravelmente para o trabalhador de indústria. Então amplia-se o campo de trabalho dos serviços. Quando o En. flexibiliza exatamente para serviços (conservação, limpeza, etc), ressalvando quando não está ligada à atividade-fim, mas à atividade-meio, ele permite a triangularização. É uma flexibilização do próprio caput. Nisto se distingue do En. 256, que era amplo e geral e proibia a fraude de forma universal. .

Pela alínea IV, a empresa tomadora tem responsabilidade subsidiária em relação àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Quando vamos executar a prestadora de serviços, a terceirizada, que, via de regra, não dispõe de patrimônio para pagar, se a terceirizada não tiver sido chamada, este inciso não permite que se reponsabilize a tomadora de serviço, porque a tomadora devia ter sido chamada ao processo desde a sua fase inicial. Logo, o título extra-judicial não vai servir contra ela porque ela não faz parte do processo. Isto atenta contra o art. 2º da CLT, que estabelece a responsabilidade passiva de todas as empresas que se apropriam da mão-de-obra, numa interpretação analógica com o grupo econômico. Quando fala da subsidiaridade, o En. está criando uma categoria distinta porque as decisões da jurisprudência condenavam solidariamente o tomador e não subsidiariamente. Na solidária, executa-se qualquer um pelo todo, e este, depois, irá se ressarcir do co-obrigado da sua parte. Por isso, o En. retrocede em relação à jurisprudência. O En. 331 é fruto de novo contexto, de uma situação hoje já inserida no movimento neoliberal que visa ao Estado mínimo, com o que não concordo.

Tenho em mãos o relatório da Comissão Européia de fevereiro de 96, onde ela se revela preocupadíssima com a terceirização e a flexibilização. Ela conclui que o desemprego na Europa é preocupante: chega, na Espanha, ao patamar de quase 23%; na França a entre 12 e 15%. Então a Europa trabalha com índice fantástico de desemprego. A preocupação decorre de que o Estado já não consegue arcar com a pressão da sociedade, com o pagamento do seguro desemprego, com uma mão-de-obra da qual não se apropria, não lucra com ela. O relatório conclui: A flexibilização, a desregulamentação, a terceirização, tudo o que a visão neoliberal trouxe, não tem trazido maior competitividade para os Estados que adotam a posição neoliberal. Chega, inclusive, a afirmar que, dentre os 17 países, o Japão e os Estados Unidos, que menos flexibilizam, são hoje os mais produtivos. Então a Comissão Européia se revela preocupadíssima com tal situação e está começando a reflexionar em sentido distinto do movimento neoliberal, da flexibilização. Tanto é verdade isso, que o Consenso de Washington, reunido no início deste mês, delibera neste sentido: novos mandamentos são agora editados pelo Consenso: temos que começar a nos preocupar com o desemprego porque a receita neoliberal não deu certo. Logo, o problema da terceirização remete a

esta discussão. É uma questão preocupante para quem deseja um Estado regulador, moderno, preocupado com a sociedade.

- Isto não significa que não haja necessidade de rever a CLT...

- Sim, as leis existiam antes de 1943; foram emendadas. Devemos examinar a CLT com cuidado e ver o que podemos aproveitar dela, sempre numa posição dialética de negação - superação. É preocupante a preconização de desconstitucionalizar direitos e alterar a CLT, porque estas afirmações estão de par com o movimento neoliberal que leva à precarização. Parece que o Consenso de Washington e da Comissão Européia está valendo para os países dezessete, mas eles continuam exportando para os países periféricos estas outras máximas neoliberais, que lá já não deram certo.

- A legislação não se excedeu em atribuir privilégios aos empregados?

- O que devemos é fazer política fiscal séria, ampliar a arrecadação, mas resolver os problemas económicos às custas do trabalhador, já se provou, na Europa, que não dá certo. Japão tem estabilidade, quando, no Brasil, sequer a estabilidade se conquistou. Há direitos que não foram terceirizados no Japão. Não proponho a importação do modelo japonês, mas apenas usá-lo como paradigma, um país que não é nada socialista e um país que se insere dentro do capitalismo de forma importante. Assim, o Japão, por exemplo, não flexibiliza. E ele apresenta índices de produtividade altos. Então, esta conversa de que flexibilizando e desregulamentando direitos dos trabalhadores, vamos atingir níveis de produtividade, não passa de conversa. Quando o Ministro Paiva encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional visando a desregulamentar norma da CLT para possibilitar a contratação temporária - e o projeto está em discussão no Congresso Nacional - , na exposição de motivos dizia que o projeto estava sendo encaminhado para reduzir o desemprego. Logo depois, a *Folha de São Paulo*, referindo estudo importante, em seu editorial, afirma que não é por aí e que o desemprego tem outras razões, muito mais complexas do que a simples desregulamentação das relações de trabalho e que não é desregulamentando as relações de trabalho que se vai resolver o desemprego. O exemplo está na Europa. Jânio de Freitas escreve matéria dizendo das falácias da desregulamentação, da redução do custo Brasil, para se aumentar o desemprego, quando políticas de pleno emprego é que deveriam ser adotadas. Eduardo Mattoso conclui, em artigo, que a crise do Brasil, na questão do desemprego, não está de par com a regulamentação do trabalho. Ao contrário, a desregulamentação, a flexibilização, o movimento neoliberal é que geram desemprego. Então, ampliar postos de trabalho, trabalhar na possibilidade de democratizar as relações de trabalho, fortalecer os sindicatos, possibilitar as organizações de trabalhadores nas fábricas - estas são propostas que, levadas a cabo, vão ampliar muito mais as possibilidades produtivas do trabalhador e vão, na realidade, permitir que as relações de trabalho se modernizem. Não é desregulamentando, flexibilizando e retirando conquistas, que são da humanidade, que vamos resolver um problema estrutural, circunstancial e econômico.

- Direito à licença gestante (...) fomentam desemprego ?

- Na Europa, o período de licença é muito maior. Em Portugal, por exemplo, os direitos trabalhistas foram conquistados com lutas sangrentas, principalmente os direitos da mulher. A licença gestante não é direito da mulher trabalhadora, mas é direito da comunidade, da cidadania, razão pela qual esse país inseriu a licença gestante, não no capítulo dos trabalhadores, mas no capítulo dos direitos da comunidade, dos direitos da cidadania. Assim, proteger o nascituro é direito da cidadania, para que as gerações que nascem tenham relações mais saudáveis e mais integradas psico-fisicamente.

- Quem ampara, o Estado ou o empregador?

- Aí vamos fazer uma co-gestão, pois vivemos em Estado capitalista. (...) Não acredito que, restringindo os direitos da gestante, se vá resolver os problemas dos trabalhadores e o problema econômico do país; ao contrário, a proteção do nascituro é fundamental (...).

- Quais as espécies mais freqüentes de fraudes à lei?

- [1] Há várias formas de fraude à lei, mas a que se traduz na **relação de emprego** é hoje a mais detectada, mais freqüente, mais contumaz. Assim, no universo do trabalho do Rio Grande do Sul, temos empresas que operam terceirizando, mas mantendo a subordinação, o que caracteriza vínculo empregatício. Assim, uma empresa que produz energia elétrica resolve terceirizar e contratar empreiteiras e, através delas, ela se utiliza da mão-de-obra terceirizada. Só que os trabalhadores das empresas terceirizadas executam atividades idênticas às que executam aqueles trabalhadores que fazem parte do quadro dessa empresa. (...) Tudo com a fiscalização direta dos trabalhadores do quadro, sem nenhuma distinção na prática. Para poder reduzir seus custos, suas folhas, lucrar mais, é que as empresas terceirizam, contratam outras empresas, via de regra, empresas com dificuldades, que não conseguem cumprir com suas obrigações trabalhistas. Esta mão-de-obra terceirizada, na realidade, é *locada*. Locam e deslocam essa mão-de-obra para o canteiro (...). Essa mão-de-obra realiza atividades em situações idênticas, com a mesma fiscalização, com produto idêntico ao dos trabalhadores do quadro, contratados diretamente. Trata-se, pois, de fraude, burla, desvirtuamento. O Judiciário tem detectado isso e afirmado nulas essas contratações, tem afirmado, não a responsabilidade solidária ou subsidiária, mas que a tomadora é a empregadora, é responsável e que a terceirizada, esta, sim, é solidariamente responsável porque participou da fraude, lucrou porque recebeu pelo contrato. Enfim, se estabelece uma solidariedade no pólo passivo, mas se afirma que empregador é aquele que se beneficia diretamente com aquela força de trabalho, força que é indispensável à consecução dos fins últimos, ou seja, aos fins últimos da empresa, ou seja, aquela atividade terceirizada se subsume na atividade básica do tomador e, portanto, caracterizada está a relação de emprego diretamente com aquele que necessita permanentemente, não temporariamente, dessa força de trabalho, para poder atingir os fins a que se propõe. Essas são proposições da justiça

do trabalho. Portanto, aquela relação é de emprego, diretamente com o tomador. O próprio *caput* do En. 331 leva a afirmar que houve fraude e que o tomador é o empregado.

[2] Outras modalidades: contrata-se trabalhador sob a modalidade de **experiência** sem ter o que se experimentar.[3] Quando se contrata trabalhador a **prazo certo**, quando o tipo de atividade dele não se subsume ao rol das atividades de tempo certo.

No Direito do Trabalho, todos os atos que visam a fraudar a aquisição de direitos incorporados na CLT são nulos, absolutamente e não relativamente. O ato nulo não prescreve. O Direito do Trabalho nasce para coibir a fraude (...)

- Como juíza, posiciona-se contra qualquer tipo de terceirização?

- A opção deve ser respaldada numa ética. Quem nos auxilia é Max Weber: uma ética de responsabilidade, vinculada a meios e fins, não à contenção. A terceirização tem consequências. Assim, não posso afirmar que eu seja, desde logo, contrária à terceirização. O que posso dizer é que, segundo minha visão de mundo, a terceirização, assim como está colocada, se insere no projeto neoliberal contra o qual me oponho.

-É sua a proposta de acrescentar algo ao 455 da CLT.

- O 455 é fundamental para a terceirização, principalmente para serviços públicos. Podemos aplicar também, analogicamente, o parágrafo 2º do art. 2º. Este entrou para proteger os empregados contra os monopólios ou grupos econômicos que estavam se estabelecendo. Na terceirização se constrói algo parecido. Dá para importar esse parágrafo 2º no art. 2º para a terceirização e para o art. 455.

A grande questão, que transcende o campo legislativo, é a necessidade de discutir com a sociedade o papel do judiciário na sociedade atual. De que tipo de judiciário, legislativo e executivo precisamos? Tudo isso passa por uma discussão do Estado que nós desejamos, o papel do judiciário que queremos. Que tipo de tenção se pode dar, através do julgamento, para que o judiciário participe do processo de humanização do homem? Importa discutir sobre o tipo de Estado e de Judiciário que a sociedade quer. Adoto esta tese: *O olhar do juiz deve ser o olhar da sociedade.*

- Que propõe para tornar mais confiáveis as relações empregador/empregado?

- O futuro do Direito do Trabalho está no direito coletivo, como já é. Com a formação dos novos sujeitos, que são sujeitos coletivos, que reivindicam questões perante o Estado, surgem novos direitos. Então devemos estudá-lo na perspectiva do direito coletivo. O Judiciário revelou-se incapaz de lidar com lides coletivas. A CF/88 trouxe grande revolução: ao lado do individualismo: tutela o coletivismo, na medida em que ela traz instrumentos que possibilitam indivíduos coletivos reivindicarem. Mas, o Judiciário, pouco discutido na Constituinte, saiu com as mesmas roupas que vestia antes. Tem-se mostrado incapaz de trabalhar com novas categorias. Temos que repensar o Estado e o Judiciário para que possam fazer frente às novas demandas coletivas. (...)

Devemos estimular o enfrentamento: sindicatos e empregadores (...)

Só será possível a constatação como fonte primeira no contrato coletivo quando tivermos possibilidade de organização dos trabalhadores, quando tivermos assegurado o direito ao emprego ou a vedação da despedida arbitrária sem justa causa e quando tivermos acesso à informação. Porque os trabalhadores negociam sem acesso à informação. Para haver contratação coletiva, é preciso antes ter a pauta de discussão, saber o que vai ser discutido. Por isso, vejo com reserva as afirmações de que a arbitragem vai resolver o problema: que arbitragem, a pública ou a privada? se privada, vai ganhar quem paga melhor.

É razoável transformar em pecúlio o FGTS. Ele resultou de exigências das multinacionais: eliminar a estabilidade em favor do fundo de garantia. Ela foi um sucedâneo à estabilidade. É correta a proposta de permitir o saque de tempos em tempos, por exemplo, a cada dez anos.

- Como denominar as duas tendências opostas: empregatícia e empregadora?

Duas visões. Há empresários de mentalidades diferentes. Muitos pensam que é importante assegurar os direitos do trabalhador. Sugestão: *conservadores x progressistas*.

2. VISÃO DE UM SINDICALISTA DOS ELETRICITÁRIOS.

João Paulo de Souza, sou diretor de negociações coletivas do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria e dos Eletricitários de Florianópolis, a SINERGIA. Fones 228-4609 / 222-3866

Terceirização é fato presente na vida sindical e afeta sobremaneira as relações entre capital e trabalho.

- Terceirização traz benefícios ou malefícios?

- Depende do ponto de vista que se adota. Para os empresários, a terc. pode multiplicar empregos no setor informal da economia e não na formal. O que ocorre no formal é o enxugamento do quadro pessoal das empresas. As estatísticas disponíveis demonstram que a terc. não multiplica empregos formais, com carteira assinada, com categorias organizadas, com negociações coletivas, orientadas por sindicato. Pelo contrário, a terc. representa uma política de enxugamento dos quadros de pessoal das empresas, através da horizontalização das suas atividades. Ela conduz a emprego autônomo, é um modo de jogar no mercado informal grande contingente de mão-de-obra. - Antigamente, o empresário, para elaborar bem seu produto, verticalizava sua produção, isto é, tinha que produzir desde as primeiras elaborações da matéria prima, que passava por todas as etapas da empresa. No têxtil, por exemplo, havia o setor de produção, tecelagem, tintura, padronização e outros: uma série de atividades concatenadas que resultavam no produto final. Com a terc., cada atividade tem micro-empresa ou pequeno grupo de trabalhadores. Assim, o produtor de camisas, por

ex., limita-se a administrar as atividades comerciais e financeiras. As prestadoras entregam, segundo cronograma e necessidade.

Donde vem o lucro da empresa? Todos os custos da produção são levados a esses pequenos grupos de produtores, que, por sua vez, como são intensivos e mão-de-obra, recebem baixos salários, trabalham sob péssimas condições, sem nenhuma organização sindical. Os maiores lucros derivam de que as categorias se diluem, ficam sem nenhuma força reivindicatória, sem sindicato e organização representativa. Onde não há sindicato, a força de trabalho é sempre vendida por preço muito aquém do seu valor. Os tomadores também se livram dos pesados encargos sociais que, no geral, não são pagos pelos pequenos empresários, ou, se são pagos, não o são por seu verdadeiro custo. Se o empregado ganha R\$ 600,00, assina a carteira pelo salário mínimo e os encargos incidem apenas sobre este. A terc. representa custo muito grande para a sociedade, que se vê sem a organização dos trabalhadores e com o aviltamento da mão-de-obra. Ela é, hoje, um sistema disfarçado daquele antigo sistema de produção pré-industrial que se fazia em casa e se levava para a fábrica apenas para completar o restante do ciclo produtivo. A terc. só tem malefícios para os trabalhadores. Ressalte-se que, com a terc., se processa concentração muito grande de renda, porque as atividades comerciais, as mais lucrativas, permanecem com os tomadores dos serviços terceirizados. Mais: as empresas terceirizadas são geradoras de lucro para as tomadoras: são sempre empresas pequenas, dependentes sempre das encomendas. As atividades terceirizadas flutuam, não em razão das oscilações da economia, mas em razão da vontade de as empresas quererem ou não quererem manter o contrato.

- Em que ambiente são realizados os trabalhos terceirizados?

- A terc. ocorre geralmente em pequenas unidades fabris, fora das empresas. Isso faz que as tomadoras não precisam ter grande parque industrial, nem grandes volumes de instalações, nem grandes depósitos de estoques de mercadorias, porque suas próprias vendas são realizadas em função da capacidade que tem os pequenos, os terceirizados de entrega de produto.

- O prestador é um intermediário; este leva vantagem, como na agricultura?

- É diferente. Na agricultura, o intermediário é o grande atacadista e detém grande parte dos estoques. No sistema industrial, a maior parte do lucro fica com a tomadora. A concentração de renda é enorme. Há empobrecimento da classe trabalhadora. Os benefícios sociais, como o plano de saúde, assistência médica, que as grandes empresas têm, por terem sindicatos organizados, passam a não ter os custos que lhes são inerentes.

- As grandes empresas tem direito à escola, posto de saúde, etc.

- Então, em termos de segurança, de benefícios, de saúde e proteção do trabalhador, alimentação, todas essas vantagens das grandes empresas e conglomerados, de grande número de

operários, todas essas vantagens são repassadas para os operários. Logo, com a terc. há empobrecimento muito grande dos trabalhadores, com aumento do ônus para a sociedade.

- Quais as empresas de SC que mais terceirizam?

- Todas as empresas agroindustriais são altamente terceirizadas. As empresas do ramo têxtil e as de metal-mecânico, que fazem encomendas de peças dos componentes de seus produtos, através de empresas terceirizadas.

- O que é terciarização?

- Tradicionalmente, a economia capitalista é dividida em 03 níveis 1) *primário*, agricultura; 2) *secundário*, indústria; 3) *terciário*, serviços. A *terciarização* é fenômeno que está ocorrendo no mundo. Significa que, quanto mais complexas se tomam as sociedades, tanto mais se avoluma o ramo da prestação de serviços. Terc. nada mais é do que a horizontalização do processo produtivo, em alta escala. Enquanto que a *terciarização* nada mais é do que aumento do volume da prestação do serviço, como, por ex., oferta de serviços bancários, assistência médica, dentária, prestações por sociedades de profissionais liberais, beneficentes ou outras organizações voltadas para o ramo terciário da economia.

-A tomadora deve ser responsabilizada judicialmente por falhas da prestadora?

A posição de Robortella espelha a mentalidade dos empresários que querem sempre se livrar dos seus ônus e encargos, responsabilidades, ficando com o bônus. Se alguém produz uma peça, que tem como único comprador, uma outra, a tomadora, esta, embora seja juridicamente independente, não passa de subsidiária da tomadora. Então a responsabilidade também deve ser subsidiária. Ora, a prestadora produz peças segundo normas técnicas, especificações de produtos, cronogramas de entrega, controle de qualidade, tudo dentro das normas da tomadora. Logo, é subsidiária. Se a tomadora não é responsável, ao final e ao cabo, quem paga as contas é o trabalhador.

- Se o Estado contrata irregularmente, não cria vínculo empregatício?

- Embora haja a previsão de concurso público de provas (e títulos) para ingresso na Administração Pública, a nulidade da relação de trabalho prejudica apenas os trabalhadores. Os administradores públicos, que fazem as contratações, não são responsabilizadas.

- É injusto, é privilégio sem sentido. Embora haja necessidade de concurso público para ingresso na administração, a nulidade da relação de emprego prejudica apenas os trabalhadores, porque, declarada nula a relação, o efeito se opera *ex tunc*, portanto desde suas origens. Portanto, excetuado o salário, todos os demais direitos, o empregado os perde: sem indenização, sem nada. Os empregadores públicos, fazendo contratações irregulares, não são responsabilizados nem administrativa, nem civil, nem penalmente, embora tenham praticado crime contra a administração pública. Porque, contratar irregularmente contra a letra da CF é crime contra a administração

pública e, se não é, deveria ser, porque é forma de burlar as regras de contratação de pessoal existentes na CF. Quem burla as regras, tendo consciência de que só pode fazer o que a lei lhe permite, e, portanto, faz o que a lei lhe veda, ele deve ser responsabilizado. Evidente que o Estado deveria pagar todos os consectários deste contrato irregular. Mas deveria também, nos termos do art. 39 da CF, exercer a ação regressiva contra o administrado público. E aí, sim, teríamos uma administração pública profissionalizada e respeitosa das leis que informam a administração pública. Teriam mais cuidado em proceder com a coisa pública, porque saberiam que são penalizados.

- E a divisão entre atividade-meio e atividade-fim?

É falaciosa, porque o produto da empresa é a soma das diversas forças de trabalho qualificadas dentro do processo de produção. Então é impossível fazer produto bem feito sem técnico de controle de qualidade, se não tiver operários adequados, boa contabilidade de custo, boa administração de materiais, de estoques, inspeção de matérias-primas. Então inexiste linha divisória: tudo está interligado: o produto materializa a força de trabalho de todos os que prestam serviço para a empresa nas mais diversas atividades. Assim, o analista de sistemas, o projetista, como dizer que não exercem atividade-fim? Inexiste delimitação precisa. Há, sim, atividades como a do torneiro mecânico, que estão mais voltadas para a produção. Mas também o trabalho do contador, do analista, do projetista, está incorporado no produto. O pior é que a terc. ocorre, não nesses setores, mas na linha de produção, isto é, em peças, objetos e processos. Pode ser terceirizado pode também ser o projeto do produto, o controle de qualidade, etc. Então, como a terc. ocorre sobretudo na linha de produção, ela é forma de dividir e diluir o grupo dos trabalhadores, afetando a organização sindical e, portanto, inviabilizando a greve.

- Se a terc. aumenta a produção, bastaria assegurar os direitos do trabalhador?

- A terc. pode ampliar os tempos de atividade da economia e gerar mais riquezas. Mas gerar mais riquezas não significa gerar mais emprego. O efeito perverso da terc. incide sobre o trabalhador e a sociedade em geral. A riqueza que gera não é distribuída equitativamente para toda a sociedade, mas é fator de concentração crescente de renda. Outra coisa: Não é com mais leis que se resolve o problema dos trabalhadores. Temos leis demais: a maioria não as conhece. O que não temos é organizações sindicais fortes. Por quê? Porque a estrutura sindical brasileira é altamente arcaica: é do tempo da *Carta del Lavoro*, formada na unicidade sindical, sem liberdade, sem autonomia. O sindicato exerce monopólio de negociação; por sua vez, os patrões tem o poder normativo da justiça do trabalho para impor derrotas fragorosas aos trabalhadores. Então a terc. desmonta a classe trabalhadora. Não permitindo a organização dela, para confrontar-se com os trabalhadores, e, através de negociações coletivas encontrar formas de distribuição de renda, de vantagens contratuais, faz que a renda seja cada vez mais concentrada. Então, a terc. pode gerar mais riqueza, mas é altamente concentradora dessa renda.

- Não é melhor impor a participação dos empregados nos lucros?

- Para resolver o problema, só há um caminho: proteger o emprego em geral, dando aos terceirizados as mesmas vantagens contratuais obtidas pela categoria principal. Se uma empresa de 3.000 operários, com sindicato forte, terceiriza atividades, os empregados da terceirizada deveriam ser cobertos pelas mesmas vantagens contratuais obtidas pelo acordo coletivo entre o sindicato da categoria principal e a empresa tomadora de serviço. E os empregados da terceirizada, por pertencerem ao mesmo ramo de produção, deveriam filiar-se ao mesmo sindicato da tomadora. Assim, teríamos a Cia Hering e o sindicato dos trabalhadores. Em torno da Hering, teríamos 20 a 30 pequenas empresas terceirizadas, todas filiadas ao mesmo sindicato. Um acordo ou convenção coletiva deveria abranger todo esse conjunto de trabalhadores desse setor. O caminho é fortalecer a negociação coletiva, através de sindicatos representativos da classe. Como se faz? Mediante liberdade e autonomia sindical. Hoje há pulverização de sindicatos pequenos sem a menor força, para agir sobre os patrões e para barganhar a venda da força de trabalho.

Todo o movimento sindical combativo e de 1º mundo abomina a falta de unicidade sindical. Querem autonomia e liberdade. E o Brasil é dos poucos países que ainda não assinaram a Convenção 87 da OIT, que determina a liberdade e a autonomia sindical.

- A estrutura institucional é pouco indutora de ganhos de produtividade? (perg. 4):

Nossa tese é a de que a terc. pode gerar lucros e aumentar produtos em curto prazo. Mas não se pode provar que haja benefícios para a economia ou o grupo do trabalho. Por quê? A produtividade não é participada, mas concentrada na mão dos donos do capital. Por isso, para o mundo do trabalho, piora. Conseqüentemente, para a economia e a sociedade, geral economia para uma parcela da população, que tem renda para comprar. Mas vamos ter grande parte da sociedade como excluídos da renda necessária para comprar. Então a economia passa a ser algo atingível só para alguns, os incluídos na economia; mas para a maioria dos excluídos não.

- A lei sobre terceirização não deveria ser mais completa?

- É pequena a proteção ao emprego que a lei em geral dá. Os terceirizados não têm as mesmas vantagens contratuais obtidas por Acordos Coletivos de Trabalho, pelas categorias do ramo principal. Os salários, as condições de trabalho e as vantagens sociais dos terceirizados são inferiores aos dos não-terceirizados.

- A lei resultou do lóbi das empresas de vigilância e segurança bancária. Ela veio para atender a interesses de determinado grupo empresarial, de certa categoria que estava se formando então. Os tribunais reconheciam o vínculo dos vigias com quem empresas de companhia mista tinham terceirizado em seu estabelecimento. Depois veio o TST e, numa atitude extremamente conservadora e contrariando o art. 214 da CF, veio baixando enunciados que legitimaram essa posição extremamente danosa.

A lei deitou tudo a perder. O En. 331 é prejudicial aos trabalhadores, à Previdência e ao Estado. Beneficia apenas os grupos empresariais que exploram a mão-de-obra de forma acintosa e uma mão-de-obra que é subserviente, incapaz de se organizar. Eles se apropriam de grandes lucros. O Estado foi culpado, pois, não podendo ou não querendo contatar, foi dos primeiros a terceirizar: CELESC, BB, ELETROBRAS, TELESC, as para-estatais começaram, também elas, a terceirizar. E, ao serem levadas à justiça e ao terem reconhecido o vínculo empregatício, reagiram no sentido de que a própria lei os beneficiasse, dizendo que o vínculo de emprego se faz com a tomadora do serviço.

-Os sindicatos seriam contra a terc., se respeitados os direitos trabalhistas?

_ Não são contra, desde que os sindicatos tenham poder. Assim, a organização sindical alemã é por ramos de atividade, é por setor. Tanto é que, na Alemanha, temos apenas 16 sindicatos, mas no Brasil, mais de 20 mil. Lá, todos os que trabalham no setor metalúrgico são filiados a Sindicato dos Metalúrgicos, não importando se trabalha na Siemens ou numa empresa que faz componentes eletrônicos para ela. O que acontece? As convenções coletivas dos sindicatos dos metalúrgicos valem tanto para a Siemens quanto para as empresas terceirizadas que fazem componentes para ela. Assim, lá não importa se o trabalhador trabalha para A, B, ou C. Todos os patrões são iguais, do ponto de vista de capital e trabalho.

- Quais os países com melhor legislação das práticas terceirizadoras?

_ Alemanha, Itália, França. Mas lá as relações não são reguladas por lei, mas por convenções coletivas do trabalho. Ou seja, é o resultado da autocomposição entre empresários de um lado e suas organizações representativas e, de outro, os trabalhadores e suas organizações representativas. Faz parte do confronto, da negociação, da autocomposição, sindicato-empresa. O Governo é mero regulador. Ele não é interventor como é aqui, onde ele intevém para regular as mínimas relações entre trabalhadores e empregadores. Ao invés de resolver, complica a vida dos empresários, que não sabem se amanhã pode vir uma lei, e complica a vida dos trabalhadores, que às vezes não têm força para fazer valer a lei. Então, há na Alemanha, como queremos ter aqui, organizações sindicais capazes de regular os direitos e deveres dos trabalhadores, a relação, o contrato, a relação de emprego. É questão que os trabalhadores têm com a empresa. O empresário é liberal em política, mas quer intervenção na economia: quer a sua proteção.

- Transformar os direitos individuais em coletivos?

- Em geral, concordo com a posição do Prof. Camargo. Primeiro porque a estrutura da organização sindical brasileira é extremamente arcaica, incompatível com o nível de industrialização brasileira. Por isso, ela é inibidora dos ganhos de produtividade. Podem aumentar a produtividade, mas não levam. Então, o que faz os trabalhador? Já que não levo, não dou a minha produtividade. Agora, se houve possibilidade de negociar os ganhos de produtividade, o trabalhador é o primeiro a

querer produtividade. Para ele ter ganho de produtividade, é preciso ter organização sindical forte, profissionalizada, não burocratizada, capaz de acompanhar passo a passo, o desenvolvimento da empresa. Por outro lado, temos que ter relações democráticas entre o capital e o trabalho, onde o próprio capital não esconda as informações, ou seja, contratualmente a empresa deve repassar aos sindicatos o mínimo de informações a respeito do mercado da empresa, das suas encomendas, das suas vendas, do seu plano de investimento, até das políticas da empresa. Realmente, essa estrutura sindical é deseducadora do trabalhador e do empresariado porque ela faz do conflito uma anormalidade, um mal. Então ela quer erradicar o conflito e não quer administrá-lo. Assim, a estrutura sindical quer negar o conflito, fugir dele, não administrá-lo, pois o conflito é inerente ao capital e ao trabalho; ele deve ser composto pelas forças sociais que representam o dissídio, não através do Estado, como senhor dessa relação, que vem e dita a solução. É deseducadora, é castradora, é uma relação que gera desconfiança. Não duvido de que seria vantajoso transformar os direitos individuais em coletivos. Deveríamos antes fazer uma reforma na legislação trabalhista, de modo que deixasse regras mínimas de convivência e permitisse que as entidades representativas de trabalhadores e empregadores constituíssem um contrato coletivo de trabalho, onde cada trabalhador, ao ingressar na empresa, tivesse, além do contrato individual de emprego, também direitos inscritos, não na lei, mas no acordo coletivo do trabalho.

O que adianta um trabalhador ter um adicional noturno previsto na CF se a empresa não paga? Se paga, está comprando sua saúde. O que adianta a CF e a CLT colocarem os adicionais se a maioria não paga, se os trabalhadores não têm condições de cobrar, se, ao ir à justiça, leva cinco anos para resolver o problema? Mesmo quando paga, o trabalhador está vendendo parte de sua saúde, seu corpo. Não adianta receber este tipo de benefício. O ideal seria que essas coisas fossem reguladas pelo contrato coletivo de trabalho, porque tem hora em que é vantagem para o trabalhador em não fazer horas extras, pois onde e quando estas são muitas, significa que a exploração está sendo elevada ao grau máximo. Por outro lado, significa que, em vez de a empresa contratar novos trabalhadores para ocupar postos de trabalho, com as horas extras ela elimina a abertura de novos postos de trabalho. Isso, sim, deveria ser regulado pela justiça do trabalho.

Quanto ao imposto e a unicidade sindical, deveriam ser eliminados. Não há força sindical sem autonomia. Importa o Brasil assinar a Convenção 87, para que o Sindicalismo brasileiro possa se modernizar à altura da nossa própria economia e das nossas próprias relações de mundo globalizado. O Brasil tem força de trabalho organizada nos moldes do século XIX.

O recurso a mediadores e árbitros é da essência da autonomia sindical. A regra deve ser a auto-composição, através das forças sociais e, na eventualidade de um impasse, recorrer à mediação ou à arbitragem facultativa e não resolver o problema por arbitragem imposta pelo Estado através do poder normativo da Justiça do Trabalho.

O FGTS deveria ser objeto de negociação entre as entidades representativas do trabalho, dos empregadores e do Governo, para dizer onde aplicar esses recursos de caráter social, que poderiam ser aplicados no atendimento das demandas sociais.

3. VISÃO DE UM SUPERVISOR-TÉCNICO DO DIEESE.

José Álvaro Cardoso, sou economista, supervisor-técnico do DIEESE em Santa Catarina há quatro anos, onde trabalho há oito.

- Terceirização traz benefícios ou malefícios?

- A terc., assim como é praticada no Brasil, significa prejuízo para os direitos trabalhistas dos empregados. Prova-o o levantamento do DIEESE/1993, feito em âmbito nacional (ver caderno). Para este, a terc. causa fragmentação sindical: o empresário visa enfraquecer os sindicatos. Ela tem ocorrido sobretudo nas atividades de apoio; assim, um vigilante da empresa A, no setor de fiação e tecelagem, antes da terc. era considerado um trabalhador têxtil; na medida em que é terceirizado, passa da empresa-mãe para uma empresa pequena de vigilância e segurança; com isso, perde a qualidade de trabalhador têxtil, perdendo todos os direitos daquela categoria e deixa de ser trabalhador daquele sindicato. O tipo de terceirização praticado no Brasil é denominado pelo movimento sindicalista de "*espúria*"; ela tem, entre outros objetivos maléficis, retirar direitos trabalhistas, seja através da fragmentação sindical, sem através da própria economia informal, isto é, sem assinar carteira, etc. Assim, no início do fenômeno da terc. em 92 e 93, começaram a surgir as empresas terceirizadas, sem as mínimas condições de trabalho, de direitos trabalhistas (carteira assinada). Portanto, existe um tipo de terc., a espúria, que visa, ao invés de aumentar a produtividade e a qualidade do serviço ou do produto, simplesmente reduzir direitos e salário, e aumentar a lucratividade da empresa, de forma anti-ética. Embora o modelo teórico da terc. se destine a preservar os direitos dos trabalhadores, no Brasil ela está sendo praticada apenas para aumentar a produtividade, para tornar competitivas as empresas, para enfrentar a globalização, mas para retirar direitos concretos.

- O mais comum é prestar o serviço dentro da empresa tomadora ou na prestadora?

- O mais comum, hoje em dia, é prestar o serviço fora do recinto da tomadora, pelo menos nos setores de limpeza, alimentos e segurança.

- Quem mais terceiriza em SC: Papel e Celulose Catarinense, Sadia e...?

- A Hering reduziu pela metade os trabalhadores entre 1990 e 1994 e dobrou o faturamento, tendo-o aumentado 188% nesse período.

- Terceirizando, simplesmente dimitem ou barganham a saída?

- A terc. é uma das faces da reestruturação produtiva. A terc. é muito mais abrangente: envolve muitas inovações tecnológicas na forma de produzir. A terc. vem na esteira da reestruturação produtiva, dentro de um fenômeno chamado de terceira revolução industrial. A terc. é exemplo da reestruturação produtiva e tem sido feita de forma unilateral, pelas empresas, visando só ao lucro. Uma parte é demitida, outra se reemprega na empresa terceirizada. Ao sair, como não dá para burlar a lei, o setor é desativado e terceirizado. É comum o dono da empresa ser uma pessoa que é a chefe do setor; torna-se empresário da terceirizada e contrata uma parte daqueles trabalhadores; a terc. realoca, com menos pessoas. Ao terceirizar, reabre com menos gente, menos salário, menos direitos, etc.

- A terceirização aumenta a produtividade... As leis seriam inadequadas?

- O problema não é de leis, mas de infra-estrutura. Existe tendência econômica universal que leva as empresas a competirem, segundo o evangelho da competitividade: a empresa tem que ser competitiva, tem que produzir mais, para disputar globalmente seu produto, melhorar a produtividade. O evangelho da produtividade tem levado de arrasto as leis: burla as leis. Até mesmo o Ministério do Trabalho quer flexibilizar. O problema não é o de super-regulamentação, mas o do não cumprimento da lei. Assim, a metade dos trabalhadores de carteira assinada no Brasil não têm dois anos de serviço. A taxa de rotatividade dos trabalhadores no Brasil é algo indecoroso: elevada demais. O empregador demite à hora que quer. Tanto assim, que, no Brasil, o emprego é variável de ajuste: na crise, o empresário demite. Não há uma cultura de preservação de empregos que se reflita, inclusive no aparato jurídico, como se verifica em outros países, a exemplo do Japão, que cultiva a preservação do emprego, onde o posto de trabalho é o último a ser fechado. O próprio empresário, mesmo tendo prejuízo, tenta preservar o negócio fundamental, para a manutenção do emprego, da família, etc, e a própria saúde social em sentido amplo. Portanto, o problema não é tanto legal. Reside mais na tendência de globalizar, de abrir a economia, de inseri-la na economia nacional e mundial - opção do Presidente Cardoso: inserção subordinada, em que estamos fadados a sermos um pequeno país do terceiro mundo. A lei, sobretudo a que vigorou nas últimas décadas, está sofrendo esvaziamento rápido, como em vendaval.

- Qual o país que tem as melhores leis de terceirização?

- Provavelmente o Japão, por estar no 1º mundo. Lá, apesar de alguns problemas, o emprego vitalício é só de 30% do mercado de trabalho, mas a terc. não visa retirar direitos, precarizar relações de trabalho; visa só aumentar a produtividade e a competitividade em termos universais. O foco da terc. é a produtividade. No nosso, os direitos trabalhistas pouco importam.

- Terc. gera emprego ou desemprego?

- No Brasil ela gera desemprego. Assim, por ex., quando determinado setor de uma empresa é terceirizado, ele reabre, mas com menos postos, matematicamente. É claro que o pessoal

terceirizado perde uma série de garantias e, ao mesmo tempo, aumentou a possibilidade de perda de emprego. Então, o camarada vai aumentar a produtividade dele, mas pelo lado mais cruel: o do medo, do suor, da restrição do tempo livre. Então ele produz mais, com menos gente.

- O meio não é combater a terc, mas coibir danos ao trabalhador.

Sim, os sindicatos podem influenciar para melhorar as leis e a organização sindical.

- As leis são defeituosas?

- Há uma subordinação muito grande das empresas terceiras em relação à empresa-mãe. Elas não têm autonomia, poder de negociação. Ela só presta serviço para a empresa-mãe; há relação de subordinação muito grande. As prestadoras não têm economia, não tem força. A possibilidade legal de as empresas mães serem responsabilizadas haverá de impeli-las a maior senso de responsabilidade na terc. Não ficam contratando empresas que apresentem recursos financeiros insuficientes. As grandes empresas contatam, muitas vezes, serviço das terceirizadas porque cobram valor baixo, e o serviço é de boa qualidade e entregam no prazo. Como a relação é muito estreita, já que prestam serviço só para a empresa-mãe, há subordinação, é fraca, corre risco de desaparecer do mercado... Por isso é preciso jogar certa responsabilidade sobre as matrizes, para assegurar condições de trabalho, direitos trabalhistas, etc.

- Que leis deveriam ser feitas para a terc., no Brasil?

- 1. A terc., aumentando a produtividade e a qualidade, **não pode retirar direitos.** Aumentar a produtividade não implica em retirada de direitos, de salário, de garantias, etc. Pelo contrário, como elas decorrem da mão-de-obra, deveriam garantir, também, no mínimo, a manutenção do salário, dos postos de trabalho, ventilação, equipamentos de proteção, luz etc. A terc. tem sido, em regra, sinônimo de precarização. Competir sim, mas sem piorar a qualidade de vida do cliente interno. Até para atingir esse objetivo, importa pensar em treinamento, em condições de trabalho, salário, etc. Para demitir, chegam a pagar os direitos, tudo, porque sabem que vão ter vantagens. O custo da demissão, no Brasil, é baixo demais. As leis deveriam fazer mais exigências às empresas, eliminando irresponsáveis. Temos que sair da pré-história nas relações trabalhistas.

2. É fundamental que os trabalhadores participem, através da representação sindical, da evolução da empresa.

- A propostas sindicalistas de Camargo valem?

- Ele é assessor do Ministro do Trabalho. As relações capital e trabalho induzem pouco ao ganho e muito à desconfiança. Em 1994, no fim da gestão de Itamar Franco, saiu medida provisória que impunha participação nos lucros. Não pegou, apesar de estar em vigor. A participação nos

lucros, desde 1993, com a estabilização econômica, aparece cá e lá, timidamente, O empresário foge a essa discussão, temendo que o sindicato queira ver a contabilidade.

Transformar os direitos individuais em coletivos seria muito interessante, se o Brasil quiser modernizar-se nas relações trabalho-capital: grandes negociações, feitas com representações de ambos os lados, sem a intervenção do Estado, sem o paternalismo estatal. Deveria ser feita em bases reais, visando alguns objetivos no campo de melhoria de serviço, de qualidade de vida dos trabalhadores. Não há produtividade sem qualidade de vida da população. No Grupo dos Sete, há um perfil de distribuição de renda adequado, através de mecanismos tributários e outros, que faz que o trabalho se aproprie em 70% do PIB. Aqui é o contrário: apropria-se apenas de 30% do PIB. Como o Brasil pode tornar-se grande nação com um povo miserável?

Não deveria haver unicidade sindical; deveria ser plural. A unicidade sindical é nociva; e há cada pelego!..., tanto na área trabalhista quanto na sindical: abraça o ideal do Estado. A proposta de transformar o FGTS em pecúlio, sim. Em ideal, o trabalhador deveria envelhecer com a empresa, ter estabilidade fática. Em SC, 30% dos desligamentos resultam de iniciativa do trabalhador. Por quê? Para pegar o FGTS? Por que quer pegá-lo? Porque o salário é muito baixo: precisa dele para complementar a renda. É preciso melhorar o salário, etc.

- Se flexibilizar as leis trabalhistas, o que preservar?

1. A estabilidade é fundamental. A demissão deveria custar muito mais caro, objetivando propiciar a estabilidade. A estabilidade inexistente. Deveria haver mecanismos inibidores. A cultura deveria ser preservadora do emprego. No Japão há o *desemprego-sombra*. A taxa oficial do desemprego no Japão é 3,4%, a menor do mundo. Mesmo assim, os japoneses estão preocupados, porque, há poucos anos, ela não passava de 2%. Nos casos em que a empresa já não precisa do trabalhador, ela banca 1/3 e o Estado 2/3. Assim, o empresário tem prejuízo em demitir.

- Fortalecer os sindicatos?

- Sim. SC tem quase 60 Sócios sindicais na Confederação. Estamos no momento de transformações grandes nas relações trabalhistas, que irão efetuar-se por efeito de vários fenômenos, um dos quais é a taxa de desemprego: no Brasil, dez milhões de desempregados, sem contar os sub-empregados.

Sugestão aos sindicalistas: tentar mudar o perfil da ação sindical, passando das formas tradicionais, que serviram para a 2ª. revolução industrial (grandes unidades fabris, mais emprego...) para outro modelo de ação: hoje as mudanças ocorrem, não nas portas das fábricas, mas nos locais de trabalho. Em nosso movimento sindical, não há organização, salvo honrosas exceções. As mudanças se operam com muita rapidez, são muito novas, há tendência a reduzir as taxas de sindicalização, o trabalhador tende mais a identificar-se com a empresa. Se não mudamos o perfil, corremos o risco de extinção. Importa organizar os sindicatos nos próprios locais de trabalho. Ter

gente na empresa intervindo na terc., na introdução de novas tecnologias, de novos conceitos de gestão de força de trabalho, por ex., qualidade total. O sindicato deve procurar influenciar na empresa: na preservação de empregos, no plano das doenças do trabalho, nas condições dele (luz, saúde, etc).

- Flexibilizar?

- Não assim como está sendo proposto pelo Governo. Não há sobre-regulamentação do mercado de trabalho. A flexibilização voltou-se para reduzir encargos trabalhistas (até com confusão (coloca-se salário direto , férias, FGTS como se fossem salário). Em última análise, o que interessa é o custo do trabalho. Quanto custa o trabalhador e a hora de trabalho? Logo, não é só o salário que interessa. É a cunha fiscal também: encargos e salário direto-indireto. No Brasil, o custo do trabalho à hora é 2,14 dólares, isto é, 10% do custo do trabalhador alemão.

Proposta importante é fazer que as empresas que mais empregam paguem menos tributos. Hoje, ao contrário, a que mais emprega, paga mais, é penalizada, por causa da cunha fiscal (diferença entre o que o trabalhador recebe e o que o empresário paga). Essa diferença, que vai para o bolso do Estado, acaba penalizando as empresas que empregam muito; a tributação deveria incidir sobre o faturamento, não sobre o número de empregados. Portanto, precisamos de reforma tributária ampla, onde um dos pontos seria a redução dos impostos em proporção ao número de empregados. Nós temos estrutura regressiva: quem sustenta o Estado é o empregado e a pequena e média empresa; o grande não paga.

O futuro vai ser do operário qualificado. Importa investir na qualidade, no preparo. Beneficiar quem investe em formação. Empresas e Estado deveriam conjugar esforços nesse sentido. Bem fez a WEG, de SC: em época de crise, em vez de demitir, reciclou os operários. (...).