XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo
De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho: II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas provindas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsores de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por conseqüência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infrequentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Púbicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitao, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descartes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS

THE OUTSOURCING AND THE PROBLEM OF THE SUBSIDIARY RESPONSIBILITY WHEN THERE IS DEFAULT IN THE LABOR OBLIGATIONS

Ailsi Costa De Oliveira
Ivan Simões Garcia

Resumo

O presente artigo traça uma análise acerca da terceirização, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais. Demonstra-se que a terceirização rompe o paradigma da relação bilateral de trabalho, uma vez que a empresa tomadora de serviços, a empresa terceirizante e o trabalhador provocam o advento de um modelo de relação trilateral. Estuda-se também o caráter essencialmente precarizador da terceirização. Investiga-se a polêmica sobre atividade-fim e atividade-meio, até a recente decisão do STF em reconhecer a repercussão geral do tema. Em seguida, são estudadas as hipóteses de terceirizações lícitas e ilícitas. O artigo adentra na questão da responsabilidade das empresas tomadoras de serviços e terceirizante, com destaque para a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços que pode ocorrer em casos lícitos de terceirização, quando se verifica o inadimplemento das obrigações laborais pela terceirizante. Finalmente, aborda-se o tema da terceirização na Administração Pública e da responsabilidade subsidiária da mesma nos casos de inadimplemento das obrigações laborais por parte das empresas terceirizantes, sobretudo quando incorre em culpa in eligendo e in vigilando.

Palavras-chave: Terceirização, Empresa tomadora de serviços, Responsabilidade subsidiária

Abstract/Resumen/Résumé

This article establishes an analysis of the outsourcing, emphasizing the problem of the responsibility among companies, especially when they are in default on their labor obligations. It is shown that the outsourcing breaks the paradigm concerning the bilateral relationship of the work since the contracting company, the outsourcing company and the employee give rise to a trilateral relationship model. It is also studied the character that essentially leads to precarization in the outsourcing. It is investigated the controversy over the main activity and the secondary activity up to the recent decision of the Brazilian Supreme Court in recognizing the general repercussion of this issue. Following that, the hypotheses of the licit and illicit outsourcings are studied. The article points out the matter of the responsibility of the contracting and outsourcing companies, highlighting the subsidiary responsibility of the contracting company, which may occur in licit cases of outsourcing when the outsourcing company is in default on the labor obligations. Finally, it is discussed

the outsourcing in the Public Administration and its subsidiary responsibility when there is default in the labor obligations from the outsourcing companies, mainly when culpa in eligendo and culpa in vigilando occur.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Outsourcing, Contracting company, Subsidiary responsibility

1 INTRODUÇÃO

A terceirização é uma técnica de reestruturação produtiva que consiste em delegar a uma empresa terceirizante parte das atividades-meio de outra, que passa a ser a empresa tomadora de serviços, criando sob o ponto de vista do Direito do Trabalho uma nova situação jurídica, uma vez que a clássica bilateralidade presente nas relações de trabalho torna-se superada, passando a existir uma relação trilateral.

Inicialmente, trata o artigo do conceito de terceirização, bem como da apresentação de possíveis atividades passíveis de serem terceirizadas. Logo em seguida, o trabalho terceirizado é analisado sob o aspecto de sua condição potencialmente precarizadora, fato que se comprova quando são comparadas as condições dos trabalhadores terceirizados com os diretamente contratados.

Segue o presente trabalho fazendo referência a atual redação da Súmula n. 311 do TST que baliza a atividade terceirizada no Brasil, bem como são feitas considerações acerca da polêmica e dos diversos entendimentos sobre a identificação e as possíveis diferenças entre atividade-meio e atividade-fim, ressaltando-se que caberá ao STF definir a linha demarcatória entre atividade-meio e atividade-fim em face do reconhecimento de repercussão geral deste tema.

Também é alvo da análise do presente artigo as questões que envolvem a licitude e a ilicitude das terceirizações, identificando em que momento é possível atribuir à responsabilidade solidária ou a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, uma vez constatado o inadimplemento das obrigações laborais pela empresa terceirizante.

Fechando a análise da terceirização entre empresas privadas, são feitas observações sobre a importância de algumas medidas que a tomadora de serviços deve adotar, mormente na escolha da contratação de empresas terceirizantes com lastro financeiro adequado, no sentido de minimizar os riscos de responder subsidiariamente pelas dívidas de natureza laboral desta.

Por fim, a terceirização na Administração Pública é tratada como um fenômeno crescente em meio a tentativas de se justificar sua utilização como um mecanismo de racionalização dos recursos públicos. Porém, não são raras as empresas que terceirizam serviços públicos encerrando seus contratos sem adimplir satisfatoriamente as devidas obrigações laborais. O presente artigo termina nesse sentido, ou seja, analisando em que medida a Administração Pública pode ser responsabilizada subsidiariamente por tais verbas trabalhistas.

2 CONCEITO E FINALIDADES DA TERCEIRIZAÇÃO

Antes de adentrar no campo da subsidiariedade, tema central do presente artigo, é de bom alvitre definir alguns conceitos que permeiam o tema, mormente o próprio conceito de terceirização e em seguida o conceito de atividade-meio e atividade-fim, definindo em que situações a terceirização pode ser enquadrada como lícita ou como ilícita.

Ab initio, pode-se afirmar que a terceirização é uma técnica de reestruturação produtiva que consiste na contratação de uma empresa terceirizante por outra que passa a ser a tomadora de serviços. Também é possível constatar que o número de trabalhadores terceirizados cresceu de maneira significativa, sobretudo na última década, o que leva a crer que as empresas tomadoras de serviços contam, cada vez mais, com a terceirização como uma ferramenta estratégica empresarial. Alguns dados disponíveis demonstram o aumento do número de empresas terceirizadas, assim como na quantidade de força de trabalho vinculada a tais atividades. Confirmando este diagnóstico, o site do Valor Econômico publicou reportagem com os seguintes dados:

> O número de trabalhadores terceirizados em empregos formais duplicou em sete anos no Estado de São Paulo, segundo a pesquisa Trajetórias da Terceirização, do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (Sindeepres). Entre 2003 e 2010 (dado mais recente considerado pelo estudo), a quantidade de empregados pulou de 346,7 mil para 700,2 mil. No mesmo período, o número de empresas de terceirização cresceu 65%, chegando a 5.346 no ano passado.[1]

Tais dados sugerem a importância de discutir os aspectos positivos e negativos da terceirização, visto que o tema é de interesse tanto para os empresários tomadores de serviço, para os empresários terceirizantes, quanto para os trabalhadores diretamente contratados e terceirizados.

Superados os aspectos introdutórios destinados a proporcionar um panorama atual da terceirização, torna-se agora necessário definir objetivamente o conceito de terceirização. Para este propósito a doutrina trabalhista é de fundamental importância, visto que a terceirização implica necessariamente na quebra do paradigma da bilateralidade da relação de emprego. Nesse

[1] Valor Econômico. Total de trabalhadores terceirizados duplica em São Paulo nos últimos sete anos. Disponível em: http://www.valor.com.br/brasil/1055844/total-de-trabalhadores-terceirizados-duplica-em-sao-paulo-em-sete-anos. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

sentido, em função da existência da empresa terceirizante, exsurge a chamada relação trilateral de emprego. Em suma, a terceirização transforma a clássica relação bilateral de emprego numa relação trilateral. Maurício Godinho Delgado explica a formação deste fenômeno com as seguintes palavras:

> *É o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido (grifo do autor).[2]

Michel Olivier Giraudeau adota um conceito de terceirização que prioriza os benefícios empresariais obtidos pela tomadora de serviços. O foco principal da terceirização seria fazer com que a empresa tomadora de serviços passasse a se despreocupar com determinadas atividades secundárias, centrando sua atenção no seu produto ou serviço principal. Desse modo, a empresa tomadora delega então para a empresa terceirizante a produção de produtos acessórios ou a realização de serviços secundários, de maneira que todos os esforços passam a ser direcionados com a atividade principal. De acordo com o autor, o conceito de terceirização:

> Passou a ser sugerido como uma solução, num contexto de grandes mudanças nos processos produtivos e nas relações de trabalho em todo mundo, diante das exigências cada vez maiores da acirrada concorrência. A ideia enfatiza a descentralização de determinadas atividades, para destiná-las ao subcontratado, com o intuito de permitir, ao tomador dos serviços, que se dedique ao foco de sua atividade principal, no planejamento, organização e controle de seu próprio negócio.[3]

A administração de empresas lida diretamente com essas novas formas de gestão empresarial, de modo que é possível encontrar conceitos de terceirização atrelados à ideia de um

[2] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 436.
[3] GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços.** São Paulo: LTr, 2010, p. 19.

mecanismo voltado a designar para um terceiro especializado, determinadas atividades que fogem aos fins desejados pela empresa.

Não há dúvidas de que a opção de contratar empresas terceirizadas é uma estratégia que consiste na transferência da fabricação de alguns produtos ou na realização de alguns serviços que, em tese, desviam o foco central da atividade principal da tomadora de serviços. Trata-se, portanto, de uma iniciativa que busca melhores resultados por meio de mudanças no processo de gestão. Lívio A. Giosa analisa que hoje:

> A terceirização se investe de uma ação mais caracterizada como sendo uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão, que leva a mudanças estruturais da empresa, a mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capilarizando toda a malha organizacional, com um objetivo único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal.[4]

Para fechar estas considerações iniciais sobre o *status* da terceirização nos dias atuais, convém mencionar quais atividades têm sido alvo dos processos de terceirização, pois nem todas as atividades são passíveis de terceirização, sobretudo se tais atividades estão ligadas a atividade-fim da empresa tomadora de serviços. Anita kon discorre sobre este tema, ressaltando a peculiar situação de muitos trabalhadores que são induzidos a pedir demissão para trabalharem como terceirizados de suas antigas empresas. Eis as palavras do autor:

> A terceirização dos serviços tem-se difundido, por meio da transferência a terceiros, do fornecimento de atividades burocráticas e de outras, como a alimentação e serviços médicos a funcionários (que fazem parte da manutenção da mão-de-obra), manutenção de equipamentos, máquinas e veículos, serviços de transportes e também serviços avançados financeiros, contábeis, jurídicos e de auditoria, entre outros. Em muitos casos, os próprios funcionários especializados são incentivados a constituir empresas de prestação de serviços para a empresa em que trabalhavam.[5]

Além das diversas razões que levam as empresas a terceirizar serviços, existem diversos aspectos de natureza laboral, sobretudo envolvendo uma potencial precarização do trabalho terceirizado frente àqueles diretamente contratados.

---

[4] GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica.** 5.ed. ver. e ampl. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 11.
[5] KON, Anita. **Economia de serviços: teoria e evolução no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 130.

3 A TERCEIRIZAÇÃO COMO UM FENÔMENO POTENCIALMENTE PRECARIZADOR DO TRABALHO

Conforme exposto, a terceirização é uma técnica de reestruturação produtiva vista com enorme entusiasmo, sobretudo pelos segmentos empresariais. Estes segmentos enxergam a possibilidade de terceirizar como uma consequência natural das liberdades constitucionais que advém do princípio da livre iniciativa.

Na verdade, se o fenômeno for enxergado sob a óptica do trabalho, não será difícil perceber que a terceirização tem como característica principal seu potencial caráter precarizador. Tal fato decorre da própria lógica do sistema capitalista. Com a terceirização o que se busca, em verdade, é a redução dos custos da tomadora de serviços.

Não há nenhum problema quanto ao fato da tomadora de serviços pretender a maximização de seus lucros, afinal, o objetivo de qualquer empresa é auferir lucros. O problema passa a surgir quando a empresa terceirizante transfere parte desse desejo incessante de lucros da tomadora de serviço como um perverso ônus para seus trabalhadores.

Na relação bilateral trabalhista, a força de trabalho, trocada pelo salário, converte-se em valor acumulado pela empresa. Esse valor acumulado, sob a forma de capital ou patrimônio, serve de garantia para o adimplemento dos salários e demais obrigações trabalhistas.

Na terceirização, a maior parte da valorização do empreendimento gerada pela força de trabalho não fica com o empregador (empresa prestadora de serviços), mas com o tomador de serviços, que recebe o resultado do trabalho para seu empreendimento econômico (como atividade meio ou fim) sem que seu patrimônio sirva de garantia das obrigações trabalhistas, já que tal ônus é transferido para o terceiro. Por seu turno, a empresa prestadora de serviço absorve toda a responsabilidade obrigacional trabalhista sem usufruir da potencialidade de acumulação de seu capital que lhe sirva de garantia. Isso põe em risco permanente o adimplemento dos direitos trabalhistas.

Graça Druck e Tânia Franco argumentam com base em estudos acadêmicos que a terceirização de fato provoca a precarização do trabalho. Para as autoras a terceirização é um processo que:

> Conduz a uma quádrupla precarização do trabalho, no que tange: i) ao emprego (e ao mercado de trabalho), ii) às condições de trabalho (processo de

> intensificação do trabalho e dos riscos), iii) à saúde do trabalhador (maior exposição aos acidentes e adoecimentos) e iv) aos sindicatos (pela fragmentação e pulverização das organizações sindicais e seu enfraquecimento).[6]

Destarte, percebe-se claramente que a terceirização contribui negativamente com o mundo do trabalho, uma vez que insere as mais diversas situações precarizantes, tais como: flagrante redução salarial dos trabalhadores terceirizados, quando comparados com seus paradigmas diretamente contratados; degradação do meio-ambiente de trabalho, por meio do aumento da intensidade do trabalho e imposição de metas abusivas; possibilidade de conflitos de subordinação entre terceirizados e diretamente contratados; pulverização dos trabalhadores sob o ponto de vista sindical; além da dramática possibilidade de perda de direitos sociolaborais em face da fragilidade financeira da empresa terceirizada e da dúvida, ainda presente, sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, dentre outras.

No que tange ao problema das diferenças salariais, Giovanni Alves afirma que:

> A terceirização é movida, de imediato, pela redução de custos salariais das organizações capitalistas no sentido da adoção de estratégias meramente defensivas tendo em vista a recomposição das margens de lucro; ou, no caso das repartições públicas que terceirizam serviços, pela racionalização da máquina estatal no contexto da redução de custos orçamentários em virtude da "crise fiscal do Estado". Entretanto, a "reorganização" da máquina estatal abre espaços para práticas de predação do fundo público que veem na terceirização oportunidades de corrupção da coisa pública (cooperativas fraudulentas, superfaturamento, etc).[7]

A terceirização atinge de maneira evidente as questões que envolvem a representatividade do trabalhador, pois impõe ao trabalhador terceirizado que, por vezes desempenha atividades similares aos diretamente contratados, uma representação sindical diversa. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro situa-se da seguinte forma sobre este problema:

> Por força de suas características básicas, na qual se destaca a dispersão territorial, a terceirização dificulta a capacidade de organização dos trabalhadores. Ao mesmo tempo, ela se retroalimenta com a decorrente

[6] DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. **Terceirização: chave da precarização do trabalho no Brasil.** In: NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria (orgs.). Retratos do trabalho no Brasil. Uberlândia: Edufu, 2009, p. 246.

[7] ALVES, Giovanni. **Terceirização e acumulação flexível do capital.** In: Estudos de sociologia. Araraquara. V. 16, n. 31, p. 411, 2011.

> vulnerabilidade do terceirizado, cuja representatividade sindical é controvertida; falta-lhe uma coesão consistente o bastante para uma sindicalização própria expressiva enquanto, de outra parte, flui o entendimento contrário à possibilidade da representação pelo Sindicato profissional correspondente à empresa em que trabalham. É necessária a formação de uma consciência de classe e, em razão dela, a formação de sindicatos obreiros, para que se devolva o sentimento de poder de interferência nas relações de trabalho obtendo no movimento sindical e na luta coletiva o reconhecimento de sua dignidade de trabalhadores.[8]

Pelos fatos e exemplos expostos é possível concluir o caráter essencialmente precarizador do trabalho terceirizado, sobretudo nas condições atuais em que o mesmo é exercido. Como a terceirização parece ser um fenômeno que se manterá por um bom tempo, não se pode mais protelar discussões e ações que visem resgatar o trabalhador terceirizado que é colocado na grande maioria das vezes, numa condição de cidadão trabalhador de segunda categoria, fato que se constata pelas numerosas e significativas diferenças nas condições laborais.

Insta ressaltar que as condições de precarização do trabalho terceirizado analisadas no presente artigo são apenas exemplificativas, uma vez que tais condições podem manifestar-se das mais diferentes formas.

4 ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

Para uma análise sobre o que pode ser considerado atividade-fim e atividade-meio, torna-se necessário destacar o marco legal que rege a terceirização no Brasil. Trata-se da súmula n. 311 do TST, referência fundamental não apenas para as decisões judiciais, mas também para a construção e interpretação doutrinária da matéria. Portanto, é cabível neste momento transcrever, *in verbis*, a referida súmula no que concerne à questão:

> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.**
> (...)
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como

[8] CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro. **Terceirização – Uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: Ltr, 2014, p. 164.

> a de ***serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador***, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.(grifamos)

Um ponto fundamental a ser observado quando se trata de terceirização é a necessidade de distinguir a diferença entre atividade-meio e atividade-fim. Cada empresa é criada com um fim específico de produzir determinados bens ou serviços em sintonia com seu objeto social. Por mais complexa que seja sua produção de bens ou serviços, toda empresa tem uma atividade preponderante, conforme albergado no art. 581, §1º e §2º da CLT. Porém, para atingir seu objetivo principal, muitas vezes a empresa decide pela terceirização de uma parte dos produtos ou serviços que irão integrar o resultado final do processo produtivo.

Parte da doutrina entende que a terceirização deve restringir-se a atividades-meio conforme albergado no item III da Súmula n.º 331. Maurício Godinho Delgado escreve inclusive que a terceirização da atividade-meio insere-se como uma das possibilidades lícitas de terceirização, para em seguida conceituar atividades-meio com as seguintes palavras:

> 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 posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas". São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).[9]

Na medida em que se busca na doutrina uma definição precisa de atividade-meio e de atividade-fim percebe-se quão tormentosa é tal tarefa. A distinção entre atividade-meio e atividade-fim segue, muitas vezes, a lógica do pensamento de cada doutrinador. Assim, as posições a respeito da classificação de cada uma destas atividades no caso concreto, varia de maneira significava no campo doutrinário. Zéu Palmeira Sobrinho utiliza o seguinte exemplo para explicar outra visão sobre atividade-meio e atividade-fim:

> O trabalho de um técnico que faz reparos no tear não seria *prima facie* uma "atividade-fim". Porém, a sua atividade constitui-se num antecedente lógico ao

[9] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 452.

> trabalho do operador, na medida em que sem a manutenção provavelmente o funcionamento do equipamento ficará comprometido e, em consequência, restará comprometido o trabalho do operador.[10]

O autor questiona os critérios utilizados pelo TST no sentido de buscar uma identificação de atividades-meio e atividades-fim com base na fragmentação das atividades que, na maioria das vezes são sequenciais dentro do processo produtivo. Para isto toma como exemplo o caso do sapateiro que, por tais critérios de fragmentação do trabalho, não estaria exercendo atividade-fim durante a afiação de seus instrumentos de trabalho.[11] Arremata, então, o raciocínio quando afirma que:

> A premissa meio e fim torna-se ainda inconsistente à medida que não atende a generalidade dos casos. Portanto, é falho o parâmetro do TST que se baseia na cisão das atividades, posto que o mesmo não leva em conta a importância do complexo de atos articulados durante a execução do trabalho. Existem, como se viu, exemplos de que a "atividade-meio", conquanto não pareça se reportar à finalidade do serviço, torna-se indispensável à consecução da atividade do empregador. A insuficiência do "critério jurídico" cristalizado na jurisprudência trabalhista é incompatível com a plástica realidade do setor produtivo.[12]

Sérgio Pinto Martins adota uma postura muito mais flexível com relação à terceirização. Para fundamentar seu pensamento, o autor recorre ao art. 170 da Constituição Federal que alberga em seu *caput* o princípio da livre iniciativa. Questões de natureza tecnológica também são observadas pelo autor para justificar a terceirização de algumas atividades-fim, como no caso da indústria automotiva que, em face do desenvolvimento tecnológico passa a considerar acessórias determinadas atividades que antes eram consideradas como principais.[13] Cabe citar, outrossim, o pensamento do autor sobre o tema:

> Em decorrência do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição, cabe ao empresário definir quais as áreas que pretende terceirizar, inclusive da atividade-fim, se assim entender. Cabe a ele escolher, portanto, a área que pretende terceirizar.
> Uma atividade-fim da empresa pode ser até mesmo, transformada em atividade acessória, em virtude das mudanças tecnológicas.[14]

---

[10] PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e reestruturação produtiva.** São Paulo: LTr, 2008, p. 90.
[11] Ibidem, p. 90.
[12] Ibidem, p. 90.
[13] MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 123.
[14] Ibidem, p. 124.

Entretanto, o artigo 170 da Constituição não oferece um instrumento tão permissivo no que tange à relação de trabalho. O princípio da livre iniciativa não significa carta branca ao empresário no Estado Democrático de Direito. Este, enquanto exercente de um poder atribuído pela ordem jurídica recebe esse poder por delegação do povo, titular da soberania, e por isso deve ter esse poder circunscrito às demais condições constitucionais de seu exercício. Assim, o caput artigo 170 não pode ser interpretado isolada nem literalmente. Deve ser lido sistematicamente com seus incisos e em consonância com as demais normas constitucionais aplicáveis, como é o caso dos artigos 1º, IV; 5º, XXIII; 170, III, VII e VIII; 186, VI e 193, que estabelece o primado do trabalho.

Sem esgotar o assunto, é preciso registrar que a dúvida na definição de uma linha que demarque satisfatoriamente a fronteira entre atividade-meio e atividade-fim, ou mesmo na definição de critérios mais consistentes que possam elucidar em quais situações a atividade a ser analisada se encaixa, trata-se de um problema tão complexo que chegou ao Supremo Tribunal Federal.

Foi reconhecida a natureza constitucional da terceirização no que tange a indefinição do que seja atividade-fim. Desse modo, o STF reconheceu a existência de repercussão geral na matéria conforme ementa e decisão transcritas a abaixo:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
> Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.[15]

A repercussão supracitada decorreu do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 713211, interposto pela Celulose Nipo Brasileira S/A – Cenibra, recebido pelo STF com o objetivo de delimitar a contratação de trabalhadores terceirizados que, em verdade, vai definir se

[15] Supremo tribunal federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 713.211, julg. em 15.05.2014

é possível contratar trabalhadores para atividade-fim, para além dos limites impostos pela Justiça do Trabalho.

Paralela a essa nova missão do STF, também tramita no Congresso Nacional o PL n. 4330/2004-A cujo conteúdo foi sendo modificado visando o elastecimento da terceirização para além da atividade-meio. Gabriela Neves Delgado discorre sobre a importância do tema por se tratar de uma decisão que atingirá diretamente uma grande quantidade de trabalhadores envolvidos em atividades terceirizadas. Nesse sentido afirma que essa questão:

> A questão, que envolve o interesse de milhões de trabalhadores terceirizados em todo o país, caso sejam supridos os atuais limites, assume a crau dimensão da luta de classes, desta vez judicializada com a pretensão de definitividade, quando, no plano político, o tema é objeto de uma acirrada disputa que se arrasta há mais de dez anos no Congresso Nacional, sem que tenham as partes envolvidas, representantes do capital e do trabalho, conseguido almejar o mínimo de consenso.[16]

Cabe ainda citar o arremate final da autora sobre a matéria. Eis suas palavras:

> É nesse quadrante que o tema chega ao STF com a inarredável feição de luta de classes, sugerindo manifesta judicialização da mais acirrada disputa política da atualidade, na sociedade brasileira, acerca da relação capital-trabalho.[17]

Apesar da aparente competência[18] do TST para balizar os limites entre atividade-fim e atividade-meio, conclui-se que a decisão que atribui o *status* constitucional a este assunto por parte do STF, torna esta corte responsável por definir tais critérios, pelo menos enquanto uma legislação específica não é aprovada para regular com uma maior segurança jurídica as atividades terceirizadas.

5 LICITUDE E ILICITUDE

[16] DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 72.
[17] Ibidem, p. 73.
[18] Entendemos que, a rigor, inexistindo sobre esta questão consenso razoável e não sendo matéria de reserva de justiça e democracia, o STF como qualquer outro canal de judicialização tem diminuída sua legitimidade constitucional para decidi-la, cabendo à deliberação política democrática, dentro do ambiente de mais profundo debate social, o caminho de decisão mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma que definir atividade-meio e atividade-fim é uma questão por demais tormentosa, igualmente difícil é verificar a licitude ou ilicitude das terceirizações. Entretanto, é importante observar que como se trata de critério mais sedimentado na doutrina e na jurisprudência convém utilizar algumas de tais construções para elucidar melhor o próprio espírito que envolve a dicotomia atividade –meio / atividade-fim, antes de adentrar especificamente no instituto da responsabilidade subsidiária.

Maurício Godinho Delgado delimita as hipóteses de terceirização lícita dentro de quatro grandes grupos:

> Em primeiro lugar, situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário (Súmula 331, I). [...]
> Em segundo lugar, "atividades de vigilância", regidas pela Lei n. 7.102/83 (Súmula 331, III, *ab initio*). [...]
> O terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita é o que envolve atividades de conservação e limpeza (Súmula 331, III). [...]
> O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.[19]

O autor é taxativo na delimitação das atividades acima como sendo estas as únicas que podem ser terceirizados de forma lícita. Portanto, outras atividades que estejam fora destes limites, uma vez terceirizadas, certamente estarão maculadas em face da ilegalidade. De acordo com o autor:

> 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 pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.[20]

A hipótese do trabalho temporário (nos limites da Lei 6.019/74) apresenta exceção à possibilidade de intermediação para contratação de mão de obra, a *marchandage*, prática há muito abolida pelo Direito do Trabalho[21] que reduz a condição da pessoa do trabalhador a uma

[19] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 450-452.
[20] Ibidem, p. 453.
[21] Conforme o artigo 1º da Declaração da Filadélfia, que estabeleceu os fins e objetivos da OIT em 1944, constitui princípio fundamental a compreensão de que o trabalho não é uma mercadoria. Essa declaração passou a constar como anexo da Constituição da OIT.

coisa que passível de ser comercializada. Tal prática em nada se relaciona com o método de *outsourcing* utilizado pela reestruturação produtiva pós-fordista.

Ademais, a prática da terceirização é limitada de uma forma geral como vedação de qualquer intermediação de mão de obra. Esta é caracterizada, sobretudo, pela gestão e direcionamento orgânico da força de trabalho na atividade econômica, o que caracterizaria a subordinação ao empregador que é aquele que dirige a prestação de serviços de acordo com o art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Conforme Carelli[22]:

> A gestão do trabalho, isto é, a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado, é o indicador mais perfeito da existência de subordinação jurídica. Assim, a constatação da gestão ou organização do trabalho por parte do tomador de serviços, deixa clara a existência de uma interposição de empresa para fuga do vínculo jurídico empregatício direto com os trabalhadores.

Quando a terceirização acontece como forma de fraudar a contratação direta, no sentido de ficar constatado que a subordinação ocorre diretamente com a tomadora de serviços, restando a empresa terceirizada realizar unicamente o registro do empregado, sem exercer seu poder diretivo, esta forma de terceirização é ilícita. Assim também entende o Tribunal Superior do Trabalho[23].

---

[22] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como Intermediação de Mão de Obra.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94.

[23] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 25200-18.2008.5.15.0056, julg. em 19.02.2014. O reclamante prestou serviços para a CESP, por intermédio de empresas interpostas, o que, a princípio, poderia ser enquadrado como terceirização lícita admitida pela jurisprudência trabalhista, consoante Súmula 331 do C. TST. A terceirização lícita pressupõe a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador e da inexistência da pessoalidade e de subordinação jurídica.
Todavia, a pessoalidade e a subordinação direta com a recorrente restaram robustamente comprovadas nos autos, pois era o pessoal da chefia da CESP que comandava diretamente os trabalhos do autor, dirigindo a prestação de serviços, conforme depoimento da testemunha do reclamante, ouvida às folhas 1.617/1619. [...].
O fato de terem sido formalmente realizados contratos de trabalho entre as empreiteiras e o reclamante não impede o reconhecimento da ineficácia destes e da configuração do vínculo diretamente com a tomadora de serviços, tendo em vista que restou provado que esta era a real empregadora e que referidos contratos foram feitos para fraudar a legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT.[...].
Assim, a contratação do reclamante por empresas interpostas foi ilegal, impondo-se o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a CESP, tomadora direta dos serviços, em todo o período laboral do reclamante, por aplicação do disposto na Súmula 331, inciso III, do TST e artigos 2º e 3º da CLT.[...].
A responsabilidade solidária das reclamadas foi fundada no reconhecimento da fraude na contratação do reclamante através de empresas interpostas, entre elas a recorrente, para prestar serviços à primeira reclamada (CESP), ficando o reclamante diretamente subordinado a ela, como já discutido

Por seu turno, Rodrigo Coimbra Santos amplia a lista de possibilidades de ocorrer à terceirização para os serviços públicos e as cooperativas de trabalho[24]. Porém, ressalta que com relação às contratações ocorridas antes de 05.10.1988, "o TST aplica a Orientação Jurisprudencial 321 da Seção de Dissídios Individuais I, segundo a qual, é lícita à terceirização tão-somente nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância."[25]

Além disso, constitui limite para licitude da terceirização a especialização da empresa prestadora de serviços, justificada pelo processo de descentralização e enredamento da produção pós-fordista. A empresa contratada deve possuir um saber-fazer específico e distinto daquele desenvolvidos pelo empreendimento ou pelos assalariados da empresa tomadora[26]. Nesse sentido, o TST julgou como fraudulenta a terceirização realizada pela contratação de empresa terceirizante que faça parte do mesmo grupo econômico da tomadora de serviços, porquanto conformam um único organismo econômico-produtivo[27].

A especialização, além de um saber-fazer específico, exige uma estrutura material própria para a operacionalização de sua atividade, de maneira que o serviço prestado não pode cingir-se ao elemento humano, pois se trata do repasse para terceiro mais especializado de atividade produtiva anteriormente absorvida pela fábrica fordista-taylorista. A verificação de custos dessa descentralização deve observar além do custo da mão de obra, o valor correspondente ao "know how" e a todo o capital fixo utilizado, além, obviamente, da margem de lucro da prestadora de serviço.

Por fim, Impende ressaltar que a terceirização de serviços especializados destinados à atividade-meio é lícita. Ilícito é a tomadora de serviços beneficiar-se da terceirização para exercer atividades onde os trabalhadores estejam sob seu próprio poder diretivo.

---

[24] COIMBRA SANTOS, Rodrigo. **Relações terceirizadas de trabalho.** Juruá, 2006, p. 115.
[25] Idem Ibidem, p. 113.
[26] Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como Intermediação de Mão de Obra.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.
[27] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 13241-53.2005.5.03.0003, julg. 05.05.2010. "Ao contrário do que afirma a recorrente, restou demonstrado nos autos que a empresa TNL CONTAX S/A pertence ao grupo econômico controlado pela Tele Norte Leste Participações S/A (fls. 226/228), o qual é integrado, igualmente, pela recorrente.
Além disso, restou evidente que os serviços do call center se incluem na atividade-fim da 2ª. reclamada, vez que trabalham, inclusive, com vendas de linhas telefônicas, segundo informou a autora em seu depoimento de f. 320. Incontroverso, portanto, que a terceirização é ilícita, entabulada com a clara intenção de fraudar os direitos trabalhistas da reclamante.
Desse modo, há que se considerar a existência de grupo econômico, nos moldes do art. 2º, § 2º da CLT, e determinar a solidariedade das duas reclamadas em relação aos créditos devidos ao reclamante" (grifamos)

6 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NAS TERCEIRIZAÇÕES NO ÂMBITO PRIVADO

A Súmula nº 331, IV, albergou o instituto da responsabilidade subsidiária no ordenamento jurídico pátrio. Antônio Álvarez da Silva discorre sobre o tema, manifestando um posicionamento contrario a tal responsabilidade, no sentido de que acredita ser à responsabilidade solidária o meio mais adequado de resolver as questões inerentes ao inadimplemento das obrigações laborais por parte da empresa terceirizante, uma vez que evitaria que o credor não precisasse esperar a cobrança sequencial dos devedores (principal e subsidiário). Explica o autor:

> A responsabilidade subsidiária é uma criação espúria da jurisprudência. A ela não se refere, nem uma vez sequer, o Código Civil, pois o que se deseja é o cumprimento imediato da obrigação, a fim de garantir a vontade das partes e prestigiar a autonomia privada coletiva. [...]
> A solidariedade, principalmente entre devedores, é um meio de solvência rápida e garantida da obrigação. Em vez de o credor cobra a obrigação de um devedor, depois do outro e assim por diante, cobra de um só toda a dívida, o que facilita seu recebimento.[28]

Apesar dos argumentos favoráveis a responsabilidade solidária, o fato é que tal instituto só pode ser utilizado pelo credor com o objetivo de buscar que as obrigações laborais sejam adimplidas em duas situações: de acordo com o exposto anteriormente, a primeira situação ocorre quando estão envolvidas empresas de mesmo grupo econômico, conforme alberga a CLT no art. 2º, §2º; a segunda situação em que é possível se valer do instituto da solidariedade encontra-se na Lei nº 6.019/74 em face do disposto no art. 16 cujo conteúdo legal é, *in verbis*:

> No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Também argumenta de forma favorável pela aplicação da responsabilidade subsidiária o Ministro Ives Gandra. Em que pese à percepção de uma demora maior do efetivo pagamento das

[28] SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: LTr, 2011, p. 116.

dívidas laborais, mormente em face da peculiaridade de acionar primeiro a empresa terceirizante para em seguida a tomadora de serviços, Ives Gandra assim como a maioria dos outros Ministros do TST entende que o instituto é eficaz no sentido da proteção do trabalhador.[29] De acordo com Ives Gandra a responsabilidade subsidiária:

> Tem sido suficiente porque em geral o trabalhador entra com a ação imediatamente contra os dois. Só peguei uma ação em que o empregado primeiro acionou a terceirizada, fez acordo com a terceirizada, a terceirizada não pagou, aí ele veio acionar a subsidiária, o resto sempre entra contra as duas para se garantir. A sentença diz, se essa não pagar, a tomadora de serviços assume a dívida.[30]

Para Sérgio Pinto Martins a decisão do TST em consagrar a responsabilidade subsidiária foi acertada, pois tal instituto deriva do art. 455 da CLT cujo conteúdo versa sobre a responsabilidade do subempreiteiro com relação às obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo o direito dos empregados de reclamação ao empreiteiro principal em caso de inadimplemento por parte do subempreiteiro. No parágrafo único do art. 455, a CLT dispõe que no caso do empreiteiro principal arcar com as obrigações laborais do subempreiteiro, restará a este, utilizando-se dos instrumentos albergados na lei civil, ingressar com uma ação regressiva, bem como pedir a retenção de importâncias a este devidas, como forma de garantir as obrigações laborais. Afirma, portanto, Martins que:

> Acertadamente, o TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogicamente, o art. 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 896 do Código Civil). O inciso IV do Enunciado 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidade ao se falar em responsabilidade subsidiária. O tomador dos serviços não é, portanto, solidário com o prestador dos serviços, segundo a orientação do Enunciado 331 do TST. O tomador dos serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito.[31]

A regra, portanto, é a aplicação do instituto da responsabilidade subsidiária pelo credor nos casos de inadimplemento das obrigações laborais por parte da empresa terceirizante. Para

[29] ARTUR, Karen. **O TST frente à terceirização.** São Carlos: EduFSCar, 2007, p. 111.
[30] Ibidem, p. 111-112.
[31] MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 124-125.

tanto, por força do item IV da Súmula nº 311, é preciso que a empresa tomadora esteja no polo passivo da demanda, assim, os empregados podem ter a segurança de que, uma vez que a empresa terceirizante não tenha condições ou lastro financeiro capaz de suportar os encargos trabalhistas, restará à tomadora de serviços de maneira subsidiária responder pelos créditos concernentes às obrigações de natureza laboral.

A responsabilidade subsidiária foi uma alternativa jurídica encontrada para minimizar situações envolvendo empresas terceirizantes que, em face da fragilidade financeira, desapareciam no curso do processo. Porém, de acordo com entrevistas concedidas por alguns Ministros do TST à Karen Artur, verifica-se que a ideia era preservar num primeiro momento a tomadora de serviços. O Ministro Francisco Fausto discorreu sobre o tema da seguinte maneira:

> Nós não queríamos que o tomador de serviços fosse responsabilizado imediatamente. Mas também queríamos deixar bem claro que se o empregador não tiver condições de pagar, subsidiariamente, a empresa principal terá que pagar. Essa responsabilidade é fundamental porque ocorria o seguinte: eu tenho uma empresa de confecção de latas, chamava outra empresa "vou terceirizar, você fica responsável por isso". E aquilo tudo é falso. Na hora da reclamação trabalhista, a empresa prestadora do serviço não tem patrimônio, não tem nada para pagar os trabalhadores. Mas quem usufruiu daquele trabalho foi a tomadora. Portanto, a ideia é que nessa hipótese, primeiro, ela deve fiscalizar a empresa que vai servi-la e em, segundo lugar, que ela pague.[32]

De acordo com Rodrigo Coimbra Santos é possível definir três pressupostos que irão balizar a ocorrência da responsabilidade subsidiária nos casos concretos:

> *a) licitude da terceirização:* a responsabilização subsidiária da empresa tomadora dos serviços se dará apenas no caso de a terceirização ser lícita. Em se tratando de terceirização ilícita, a relação de emprego forma-se diretamente entre trabalhador e a empresa tomadora, respondendo a empresa prestadora de serviços solidariamente. Esse pressuposto não consta expressamente como os dois últimos, mas provém da interpretação sistemática da Súmula 331 do TST.
>
> *b) inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços:* a responsabilidade originária pelo pagamento dos débitos trabalhistas é, sem dúvida, do prestador dos serviços, pois ele é o empregador, nos moldes do art. 2° da CLT. Entretanto, a teor do disposto no item IV da Súmula 331 do TST, basta o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do devedor principal (empregador,-prestador dos serviços) para que o devedor subsidiário (cliente-tomador de serviços) seja responsabilizado subsidiariamente pelos créditos trabalhistas deferidos em sentença judicial.

[32] ARTUR, Karen. **O TST frente à terceirização.** São Carlos: EduFSCar, 2007, p. 110-111.

> c) *participação da tomadora no processo trabalhista: é* necessário que o(s) tomador(es) haja(m) participado da relação processual e conste(m) também do título executivo judicial para que o trabalhador possa cobrar do tomador de serviços os direitos trabalhistas que lhe são devidos.[33]

Uma vez introduzido o instituto da responsabilidade subsidiária, resta às empresas tomadoras de serviços, uma vez tomada à decisão de terceirizar licitamente algumas de suas atividades, buscarem dentre as empresas terceirizantes, aquelas que possuem um lastro financeiro capaz de suportar os diversos encargos de natureza laboral que certamente surgirão ao longo do tempo. A culpa *in elegendo* decorre exatamente do fato da tomadora de serviços escolher empresas fragilizadas financeiramente como empresas terceirizantes. Desse modo, ao eleger de maneira equivocada empresas terceirizantes sem lastro financeiro capaz de suportar suas próprias demandas, a tomadora de serviços passa a correr um grande risco de assumir de maneira subsidiária possíveis encargos de natureza laboral.

Além de eleger corretamente a empresa terceirizante, cabe a tomadora de serviços estabelecer mecanismos eficazes de fiscalização do cumprimento das obrigações laborais pela empresa terceirizante. Caso a empresa tomadora de serviços seja omissa nessa missão estará incorrendo em culpa *in vigilando*, o que também pode acarretar na assunção das responsabilidades de natureza laborais pela via subsidiária.

A ocorrência da culpa *in elegendo* que é, conforme exposto, a escolha errada da empresa terceirizante e da culpa *in vigilando* que versa sobre a fiscalização deficitária do cumprimento das obrigações relativas às relações de emprego, constituem um conjunto de situações amplamente apreciadas pela Justiça do Trabalho, sendo um dos fatores determinantes para responsabilizar de maneira subsidiária o tomador de serviços que perde a idoneidade no caso de inadimplemento das obrigações laborais[34].

---

[33]COIMBRA SANTOS, Rodrigo. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186 a 188.

[34] Ilustrativamente apresenta-se o trecho do acórdão TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 154241-51.2007.5.08.0126, julg em 07.08.2013. "No caso ora em enfoque, restou incontroverso que houve a prestação de serviços entre a DAN HERBERT e a VALE, onde aquela desempenhava tarefas típicas de atividade meio desta. Neste diapasão, pode-se afirmar que a DAN HERBERT ao ser contratada possuía idoneidade econômica, mas o certo é que, no decorrer do contrato de prestação de serviços, esta idoneidade não se manteve, tanto que o reclamante está postulando parcelas não adimplidas.
Ora, se não houve o pagamento é porque a empresa terceirizada não possui idoneidade financeira e econômica, ficando assim demonstrada a falta de vigilância do recorrente que tomou os seus serviços.
Dessa forma, não tendo a empresa prestadora de serviços cumprido com suas obrigações de empregadora, deve a empresa tomadora de serviços ser responsabilizada em relação aos direitos pleiteados, sendo certo que a condenação deve ser subsidiária, sendo esta uma forma de assegurar juridicamente os direitos trabalhistas do empregado."

Outro aspecto importante que precisa ser ressaltado, quando se trata da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, centra-se no fato de que mesmo em casos de venda, incorporação, fusão, transferência de ativos mobiliários ou na utilização de qualquer mecanismo semelhante que implique em operações de ordem jurídica, patrimonial e financeira, não implica na extinção da responsabilidade subsidiária das novas empresas. Nesse caso aplica-se a sucessão trabalhista. Portanto, operações deste tipo devem ser realizadas sempre levando em consideração informações sobre possíveis dívidas trabalhistas pendentes. Francisco Ferreira Jorge Neto explica:

> O fenômeno da sucessão trabalhista também interage com o princípio da continuidade do contrato de trabalho. O contrato de trabalho é *intuitu personae* quanto ao empregado, mas admite-se a novação subjetiva quanto ao empregador. A sucessão valoriza o princípio da continuidade da relação jurídico-trabalhista uma vez que estabelece a inalterabilidade do contrato no caso da mudança de propriedade ou alteração jurídica da empresa.[35]

É bastante perceptível que a Justiça do Trabalho preserva, sempre que possível, a tomadora de serviços nos casos lícitos de licitação, restando à empresa terceirizante gerenciar suas dívidas trabalhistas, como forma manter a continuidade da atividade empresaria por meio dos vínculos contratuais com a tomadora de serviços.

Quando a tomadora de serviços é acionada subsidiariamente em face do inadimplemento das obrigações laborais por parte da empresa terceirizante, ocorre uma quebra de confiança entre sociedades empresárias, acarretando prejuízos de natureza comercial para a terceirizante e, dependendo da gravidade e do número de demandas de natureza laboral, para a tomadora de serviços. Tal situação decorre do fato de que a tomadora de serviços terá que administrar um quadro de crise, tendo de reassumir a produção de bens ou serviços antes terceirizados, ou buscar no mercado empresas terceirizantes idôneas visando um novo contrato de terceirização.

Por todo o exposto, pode-se concluir que é de fundamental importância que a tomadora de serviços busque mecanismos capazes de verificar o funcionamento da empresa terceirizante. Esses mecanismos estão para além da qualidade da produção de bens ou serviços terceirizados, devendo envolver, necessariamente, o conhecimento sobre o correto cumprimento das obrigações laborais por parte da terceirizante.

---

[35] JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Sucessão trabalhista: privatizações e reestruturação do mercado financeiro.** São Paulo: LTr, 2001, p. 104.

7 **A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Mesmo o tema também estando aos cuidados do STF para decidir os aspectos que envolvem a terceirização, mais especificamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização, por força do RE 760.931, torna-se necessário tecer algumas considerações que envolvem este tipo de responsabilidade.

Com o advento do DL n.200/1967, editado ainda sob o regime ditatorial, permitiu-se que a Administração Pública se utilizasse da ferramenta da terceirização. O objetivo central era fazer com que os esforços da administração estivessem voltados para otimizar as tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle. Desse modo, se evitaria um crescimento desmesurado da máquina administrativa, conforme dispõe o art. 10 do referido DL.

Portanto, a ideia de terceirizar atividades de apoio no âmbito da Administração é bastante antiga e contribuiu de forma decisiva para forçar o judiciário trabalhista a estender tal característica para a iniciativa privada. Nesse ponto Gabriela Neves Delgado e Helder santos Amorim escrevem que:

> Para atender à reivindicação teórica da Ciência da Administração, nos moldes do Direito Administrativo, a jurisprudência trabalhista passou a admitir que a empresa privada, à semelhança da Administração Pública, também precisaria contratar serviços especializados de apoio administrativo para viabilizar a racionalização de seus recursos e, especialmente, com a finalidade de permitir que a empresa tomadora pudesse se dedicar à sua atividade principal.[36]

No entanto, esta suposta otimização de recursos argumentada pela Administração Pública, como forma de justificar o aumento das atividades terceirizadas em todas as esferas, esbarra em alguns graves problemas que se somam a possibilidade de responsabilização da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações laborais.

Dentre estes problemas cabe destacar a relação promiscua que passa existir quando a Administração Pública transfere significativa parcela de suas atribuições para a iniciativa privada. Indubitavelmente, a prestação do serviço público perde a prerrogativa básica de atender de forma eficaz o cidadão, para ganhar um significativo apelo econômico que, obviamente, beneficia exclusivamente os grupos empresariais que se especializam nestas atividades. Grupos estes que

[36] DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. São Paulo, Ltr, 2009, p. 54.

se inserem nestes diversos setores da Administração Pública por meio de processos licitatórios. Esta ingerência econômica das empresas terceirizadas que atuam dentro da Administração Pública, foi observada por Helder Santos Amorim que escreve:

> Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas.[37]

Muito mais delicada é a postura da Administração Pública quando decide contratar empresas sem lastro financeiro capaz de suportar os diversos encargos relativos a qualquer empresa. Impende ressaltar que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações laborais, resulta da irresponsabilidade na contratação de empresas descompromissadas com os valores sociais do trabalho. Não é raro, outrossim, que ao término dos contratos, tais empresas desapareçam do mercado, negligenciando o pagamento das verbas trabalhistas de seus trabalhadores. Este tem sido o *modus operandi* de muitas empresas contratadas pela Administração Pública para a execução de atividades terceirizadas. Tereza Aparecida Asta Gemignani trata deste problema como um dos motivos para sustentar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Diz a autora:

> A responsabilidade subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas.[38]

Em suma, além do evidente caráter precarizador da atividade terceirizada, a Administração Pública também precisa se aparelhar para escolher adequadamente empresas capazes de suportar os encargos dos contratos, assim como acompanhar de maneira ostensiva o

[37] AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público.** p.76
[38] GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei N° 8.666/93 e Súmula 331 do TST: Poderia Ser Diferente?** In: Revista do tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011, p. 45.

cumprimento das obrigações laborais. Omissões neste sentido poderão acarretar em culpa *in elegendo* e *in vigilando* da Administração Pública, situação que impõe a mesma a condição de responsável subsidiária.

7.1 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA CULPA *IN VIGILANDO* E *IN ELIGENDO*

Como a Administração Pública insiste em terceirizar uma gama cada vez maior de atividades, torna-se imprescindível saber a quem caberá o ônus de arcar com as obrigações trabalhistas no caso de inadimplemento, sobretudo quando restar comprovada a recorrente situação de insolvência da empresa terceirizante. É preciso sempre ter em mente que o trabalhador encontra-se numa posição de hipossuficiência e o trabalho atribuído ao mesmo foi executado, o que torna inadmissível que o mesmo tenha sua relação de emprego encerrada, sem o recebimento das verbas a que faz jus, sobretudo se algum beneficiário deste trabalho pode efetivamente adimplir com esta fundamental observação.

O não pagamento das verbas trabalhistas do trabalhador terceirizado constitui além de flagrante atentado a dignidade do trabalhador, motivo de enriquecimento ilícito tanto por parte da empresa que ganhou sem remunerar adequadamente sua força de trabalho, quanto da Administração Pública que se beneficiou deste mesmo trabalhador para realizar serviços ou obras.

Existem instrumentos jurídicos capazes de fazer com que a Administração Pública possa acompanhar com uma maior segurança a execução dos contratos, minimizando os riscos de responder subsidiariamente. Um desses instrumentos está na própria Lei 8.666/93 cujo art. 56 alberga a possível exigência de garantias nas contratações de obras, serviços e compras.

A Administração Pública também editou uma série de Instruções Normativas nos últimos anos com o intuito de otimizar o acompanhamento dos contratos. Nesse sentido, O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a IN nº 02/08 posteriormente alterada pela IN n 03/09 e mais recentemente a IN nº 06/13. Na reflexão de Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Helder Santos Amorim:

> O arcabouço jurídico que rege a fiscalização contratual impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar o cumprimento de direitos trabalhistas pelas

> empresas contratadas, desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, passando pela previsão das responsabilidades trabalhistas da empresa na formalização do contrato e pela vigência diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual, até atingir os momentos finais do contrato, quando incumbe à Administração adotar medidas voltadas a preservar o pagamento de direitos rescisórios dos trabalhadores envolvidos no contrato, ou assegurar-se de que tais trabalhadores venham a ser alocados em outros contratos firmados pela empresa contratada.[39]

O julgamento da ADC n. 16 que decretou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, o que poderia ter sido bastante danoso aos interesses dos trabalhadores, se não fosse o próprio cuidado do STF em deixar bem claro que a decisão não implicava na dispensa da Administração Pública em assumir as devidas responsabilidades, desde que fosse negligente na escolha ou na fiscalização das empresas terceirizantes. Desse modo, a Súmula n. 331 que reflete a posição do TST frente à terceirização foi acrescida dos incisos V e VI, objetivando explicitar que a responsabilidade subsidiária iria ocorrer em casos em que fossem constatadas culpa *in vigilando* e *in elegendo*.

Não restam dúvidas, portanto, que cabe ao Estado ter o devido zelo com cada centavo a ser gasto nos contratos de terceirização, constituindo ônus da Administração Pública montar uma estrutura de fiscalização adequada para que eventuais empresas descomprometidas com os valores sociais do trabalho enveredem via licitação em contratos de terceirização. Do mesmo modo, esta mesma estrutura de fiscalização deve ser capaz de agir firmemente sobre empresas que, por problemas de gestão, releguem para um segundo plano os direitos sociolaborais. Nas palavras de Tereza Aparecida Asta Gemignani:

> O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social. Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está sinalizando que o processo licitatório é pra valer e não uma peça de ficção. Está evidenciado que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, *o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo*, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por

[39] VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Terceirização – Aspectos Gerais. A última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011, p. 78.

> sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.[40] (grifo da autora)

É sempre importante observar que os direitos dos trabalhadores estão envolvidos com o sublime manto da fundamentalidade. A ordem jurídica constitucional assevera a livre iniciativa como princípio, no entanto, os valores sociais da livre iniciativa não se sobrepõem a supremacia da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que espraia todo seu conteúdo axiológico no ordenamento jurídico pátrio, *in casu*, nos direitos de natureza sociolaborais. Ivan Simões Garcia explica o poder dos Direitos Fundamentais Sociais por meio do seguinte raciocínio:

> A superioridade axiológica (valorativa) dos Direitos Fundamentais Sociais eleva boa parte dos direitos do trabalhador para um status diferenciado que exige sua pronta efetivação, seja pela atuação dos poderes públicos (a concepção e execução de políticas públicas), seja pela interpretação do direito infraconstitucional e pelas decisões judiciais dos casos concretos.[41]

Em suma, o Direito do Trabalho é uma poderosa ferramenta dentro do ordenamento jurídico que deve ser habilmente utilizada para que o trabalhador, em face de sua peculiar condição de hipossuficiente, sobretudo nesta delicada questão das relações de emprego terceirizadas, venha a ser vilipendiado em seus direitos. Em última análise, não cabe ao trabalhador nem suportar o ônus de trabalhar para empresas sem lastro financeiro adequado e incapaz de arcar com os direitos sociolaborais historicamente consagrados, muito menos suportar a ineficiência do Estado nas situações de omissão frente às escolhas de quem contrata ou na ausência de uma fiscalização rígida das empresas terceirizadas contratadas.

8 CONCLUSÃO

Algumas conclusões, a seguir enumeradas, podem ser extraídas do presente trabalho:

---

[40] GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei N° 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente?** In: Revista do tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011, 45-46.

[41] GARCIA, Ivan Simões. **O Direito do Trabalho nos 25 anos da Constituição: um balanço para superar ilusões e projetar sua práxis.** In: GARCIA, Ivan Simões (org.). Direito do Trabalho nos 25 anos da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 12.

1. A terceirização é uma técnica de reestruturação produtiva cujo objetivo principal é transferir para uma empresa terceirizante, parte da produção de bens e serviços que constituem à atividade-meio de outra empresa tomadora de serviços. Com esta providência, a empresa tomadora de serviços centra seu foco em sua atividade preponderante. Ademais, a terceirização é um fenômeno que tem crescido sistematicamente, como um novo modelo de gestão empresarial e de otimização dos processos produtivos, mormente desde a última década do século passado.

2. No que se refere à relação de emprego, verifica-se que a terceirização quebra a clássica relação bilateral de emprego, fazendo surgir, em face da introdução da empresa terceirizante, uma relação trilateral de emprego composta, primeiramente, pela própria empresa terceirizante cuja função é contratar o trabalhador que, por sua vez, exercerá a atividade laboral para a tomadora de serviços, com a peculiaridade que a assunção da posição de empregadora caberá à empresa terceirizante.

3. A terceirização é um fenômeno potencialmente precarizador do trabalho, pois impõe ao trabalhador terceirizado diversas condições de desigualdade frente aos diretamente contratados. Constata-se, então, prejuízos significativos no que se refere a diversos aspectos dentro da relação de emprego quando se estabelece tal comparação.

4. A delimitação da linha que divide uma atividade-meio de uma atividade-fim é extremamente difícil. Apesar de existirem algumas opiniões favoráveis à flexibilização da atividade-meio, mormente em face dos avanços tecnológicos, a opinião majoritária é de que a terceirização ocorra apenas em atividades de apoio a atividade principal da empresa. O STF reconheceu a repercussão geral do tema em decisão prolatada em face do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 713211, de forma que a comunidade jurídica aguarda o entendimento do Supremo Tribunal que deverá balizar os limites da terceirização no Brasil.

5. A imprecisão dos conceitos de fim e meio acabam refletindo na definição da licitude ou da ilicitude de determinadas atividades. Inexiste uma lei específica que regulamente a terceirização no Brasil, apesar de existir a uma década um Projeto de Lei que busca tal objetivo.

Assim, a Súmula n. 331 é o marco legal que norteia a terceirização no Brasil, sendo a principal referência para definir quais atividades podem ser terceirizadas licitamente.

6. É de fundamental importância que a tomadora de serviços terceirize suas atividades com empresas idôneas, caso contrário, ficando constatada culpa *in elegendo* e *in vigilando*, poderá vir a responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações laborais quando a empresa terceirizante deixar de cumprir tais obrigações, desde que seja incluída no polo passivo da demanda. A responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços poderá ocorre sempre for constatada a licitude da licitação. Por fim, verificando-se a ilicitude da terceirização a responsabilidade passa a ser solidária.

7. A terceirização tem avançado de maneira significativa em diversos setores da Administração Pública. Porém, é enorme a quantidade de empresas sem lastro financeiro capaz de suportar o correto cumprimento das obrigações laborais. A tentativa da Administração Pública de se eximir de tais responsabilidades ocorreu com ADC n. 16. No entanto, apesar de ter declarado a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, prevaleceu o entendimento por parte do STF de que a Administração Pública não pode se eximir de suas responsabilidades, sobretudo se vier a descumprir os rigorosos procedimentos de escolha e de acompanhamentos dos contratos de terceirização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **Terceirização e acumulação flexível do capital.** In: Estudos de sociologia. Araraquara. V. 16, n. 31, p. 409-420, 2011.

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público.**

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

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COIMBRA SANTOS, Rodrigo. **Relações terceirizadas de trabalho.** Juruá, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. **Terceirização: chave da precarização do trabalho no Brasil.** In: NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria (orgs.). Retratos do trabalho no Brasil. Uberlândia: Edufu, 2009.

GARCIA, Ivan Simões. **O Direito do Trabalho nos 25 anos da Constituição: um balanço para superar ilusões e projetar sua práxis.** In: GARCIA, Ivan Simões (org.). Direito do Trabalho nos 25 anos da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei N° 8.666/93 e Súmula 331 do TST: Poderia Ser Diferente?** In: Revista do tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, p. 32-53, 2011.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica.** 5.ed. ver. e ampl. São Paulo: Pioneira, 1997.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços.** São Paulo: LTr, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Sucessão trabalhista: privatizações e reestruturação do mercado financeiro.** São Paulo: LTr, 2001.

KON, Anita. **Economia de serviços: teoria e evolução no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e reestruturação produtiva.** São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio àlvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: LTr, 2011.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Terceirização – Aspectos Gerais. A última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, p. 54-84, 2011.