II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-166-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Diante de um ano pandêmico, foram apresentados inicialmente os artigos “Pandemia do coronavírus e as medidas adotadas no mundo do trabalho pelo estado: a Lei 14.020/2020 e a suspensão temporária dos contratos de trabalho”; “O pedido de alvará para a liberação do FGTS em procedimento de jurisdição voluntária trabalhista. calamidade pública pela COVID-19”; “Pandemia, responsabilidade civil e direito à saúde do trabalhador de plataformas digitais: uma reflexão a partir da concepção de irresponsabilidade organizada na Teoria da Sociedade do Risco”; “Atividades essenciais no contexto da pandemia da COVID-19 e a centralidade do trabalho digno” e “A necessidade da proteção jurídica aos trabalhadores por aplicativos durante a pandemia da COVID-19”.

Em seguida vislumbramos os seguintes estudos: “Teletrabalho - desafios e benefícios futuros”; “O trabalho análogo ao escravo na cadeia produtiva regional do açaí: uma análise acerca das relações e das condições de trabalho na cadeia de valor”; “A discriminação racial e as dificuldades de acesso ao teletrabalho durante a pandemia por parte das pessoas negras no Brasil”; “Escravidão contemporânea e o trabalho intermediado pelas plataformas digitais: uma aproximação possível?” e “Terceirização: responsabilidade subsidiária da administração pública e o entendimento dos tribunais superiores, após a reforma trabalhista”.

Foram apresentados ainda os artigos “O mercado de trabalho para refugiados, migrantes e trabalhador fronteiriço: direitos fundamentais, dignidade e segurança jurídica social”; “O

longo caminho para o reconhecimento até a rápida degradação dos direitos fundamentais dos trabalhadores sob a inspiração da Lei 13.467/2017"; "A hegemonia do discurso neoliberal no Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da terceirização da atividade-fim".

Ainda foram abordados os temas "Análise jurimétrica das decisões sobre a (não) abusividade de greves pelo tribunal regional do trabalho da 4ª região"; "A evolução dos direitos trabalhistas nas constituições do Brasil – breve análise"; "Normas internacionais do trabalho e terceirização das relações de trabalho"; "Exame toxicológico e de consumo de álcool exigido do motorista profissional e suas implicações quanto ao direito à intimidade e o direito da coletividade: uma análise interdisciplinar" e "Possibilidade do pagamento de custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita após a Lei 13.467/2017".

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

INTERNATIONAL LABOR STANDARDS AND OUTSOURCING OF LABOR RELATIONS

José Guerra de Andrade Lima Neto
Michele Del Pino
Fellipe Matheus Guimarães Mota

Resumo

Terceirizar é uma faculdade onde as empresas podem repassar a empresas especializadas suas atividades secundárias, focando seus objetivos empresariais para as atividades principais. Todavia a terceirização traz reflexos a relação de trabalho, razão pela qual o presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da terceirização, no âmbito da relação trabalhista. E ainda estudar a evolução histórica, a conceituação e o tipo de contrato da terceirização, através de abordagem doutrinária. Além de analisar a responsabilidade trabalhista. E por último a nova lei da terceirização no Brasil X convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Palavras-chave: Terceirização, Tomador de serviços, Responsabilidade trabalhista, Direito do trabalho, Oit

Abstract/Resumen/Résumé

Outsourcing is a faculty where companies can pass on their secondary activities to specialized companies, focusing their business objectives on the main activities. However, outsourcing reflects the work relationship, which is why this article aims to analyze the phenomenon of outsourcing, within the scope of the labor relationship. And also to study the historical evolution, the conceptualization and the type of contract of outsourcing, through doctrinal approach .. In addition to analyzing labor responsibility. And finally the new law of outsourcing in Brazil X convention of the ILO (International Labor Organization).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Outsourcing, Service borrower, Labor responsibility, Labor law, Ilo

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os reflexos da terceirização, quanto ao pagamento das verbas trabalhistas não recebidas pelo empregado da empresa prestadora de serviços.

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho: o trabalhador, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa prestadora, que contrata o trabalhador, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas; e a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação dos serviços, mas não assume a posição de empregadora do trabalhador envolvido.

Essa relação existente entre a prestadora de serviços e a empresa tomadora e, de outro lado, a relação jurídica empregatícia estabelecida entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços traz graves desajustes em contraponto ao clássico modelo empregatício existente nas relações de trabalho, razão pela qual se pretende realizar o presente artigo, ou seja, verificar o que a doutrina e a jurisprudência entendem acerca do limite da responsabilidade trabalhista nos casos de terceirização de mão de obra.

Os objetivos gerais deste artigo são traçar a evolução histórica da responsabilidade trabalhista no Brasil, o contrato de terceirização através da abordagem doutrinária, o conceito de responsabilidade e a responsabilidade trabalhista. E por fim, abordar a nova lei de terceirização e a Convenção da OIT.

Assim sendo, estes são os objetivos e os limites do presente artigo, no qual se busca abordar a terceirização no Brasil e a convenção da OIT.

A presente pesquisa consistirá no método de abordagem dedutivo, ou seja, através de pesquisa bibliográfica, fazendo-se um levantamento de dados e informações, bem como de jurisprudência, para a compreensão da problemática existente para delimitar a contratação de mão de obra terceirizada.

2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Evolução Histórica da Terceirização no Brasil

A terceirização é uma técnica administrativa moderna e competitiva que consiste transferência das atividades secundárias a empresas especializadas, dedicando-se a contratante em sua atividade principal. Este fenômeno surgiu, segundo ABDALA (1996) porque “a

realidade sócio-econômica estava a demonstrar que era inexorável a adoção pelas empresas do sistema de delegar a terceiros ou a terceiras a execução de serviços complementares à sua finalidade"

Sua origem remonta a década de 40, quando os Estados Unidos se aliaram aos países europeus para combater as formas nazistas e, posteriormente, o Japão. Ganhou relevância ao longo da Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias bélicas americanas precisavam melhorar sua capacidade produtiva. Estas optaram em transferir para terceiros, atividades que não se demonstravam estratégicas para o seu negócio principal, que era produzir as armas necessárias para manutenção da supremacia aliada.

Para GIOSA (2003) descobriu-se que algumas atividades de suporte como limpeza, vigilância e alimentação, poderiam ser passadas a outras empresas prestadoras de serviços. A guerra findou-se e esta prática administrativa se concretizou a partir da década de 50, quando ocorreu um desenvolvimento acelerado da indústria na tentativa de suprir as lacunas abertas com a Segunda Guerra Mundial. A ideia evoluiu e consolidou-se como uma técnica administrativa eficaz, quando aplicada de forma adequada.

A introdução do downsizing foi um momento importante, que tem como característica tentar enxugar o organograma da empresa por meio da redução dos níveis hierárquicos, desta forma minimizando a quantidade de cargos e, agilizando a tomada de decisões, pela eliminação de níveis intermediários.

No entendimento de GIOSA (2003), o downsizing fez com que as empresas passassem a se reorientar empresarialmente e percebessem a possibilidade de reexaminar o papel da organização, transferindo para terceiros a incumbência da execução de atividades de apoio, e passando a se concentrar na sua atividade vocacional. Seria necessário questionar qual a verdadeira visão da empresa e, a partir disto, conseguir visualizar quais seriam as atividades que poderiam deixar de ser executadas internamente e transferidas para executores externos. Assim, surge a expressão outsourcing, um termo na língua inglesa advindo da junção da palavra out (fora) - com a palavra source (origem), fonte significando o suprimento de atividades em base a fontes externas. Da mesma forma, se compreende o termo cunhado em português, terceirização.

A terceirização se constitui como um fenômeno difundido no mundo moderno. Neste sentido, terceirizar não se constitui em novidade no mundo dos negócios. E esta se estabelece quando se contrata empresas especializadas que conseguem suprir a execução de atividades que não necessariamente precisam ser desenvolvidas no ambiente interno da organização.

Dentro da realidade mundial, no final dos anos 90, as empresas começam a colocar os clientes como centro de suas atenções. Voltar-se para eles e conhecer o seu perfil passou a ser condição diferenciadora para a conquista do mercado. Para atender este novo caminho as pequenas e médias empresas mostravam mais agilidade, e assim, conseguiram quase que de pronto aproveitar a situação e conquistar fatias representativas dos clientes ávidos em serem valorizados e atendidos em suas especificidades. Em contrapartida, as empresas de grande porte encontraram dificuldade em reagir dentro deste processo, passando a refletir e visualizar possíveis saídas para que se estabelecessem no mercado competitivamente.

Nesta análise, a terceirização se apresentou como uma aliada para a conquista de agilidade e capacidade de atender as particularidades da clientela.

No caso do Brasil, a terceirização também passou a ser difundida a partir dos anos 90, embora implementada sob outro enfoque. Para GIOSA (2003) "a recessão como pano de fundo levou também as empresas a refletirem sobre sua atuação"

As empresas brasileiras, a exemplo da adoção da terceirização por outros países, acolheram quase que de pronto a nova possibilidade. Percebeu-se que a terceirização favorece a abertura de empresas novas, gerando a oferta de mão de obra, restringindo, de certa forma, o impacto social na recessão e no desemprego. Porém, vale registrar que o rápido aceleramento do processo de gestão da terceirização no país se deu em função do perfil do brasileiro, cujo principal objetivo consiste em montar uma empresa, ou seja, ser o dono do seu próprio negócio.

Inicialmente denominada de contratação de serviços de terceiros, a terceirização no Brasil era aplicada apenas para reduzir os custos de mão de obra, não possuindo como meta gerar ganhos de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade. As empresas prestadoras, por sua vez, não se preocupavam em melhorar seus serviços, nem buscavam especialização, melhoria da qualidade e competitividade.

Mas faz-se necessário registrar que no Brasil a prática da terceirização foi introduzida pelas fábricas de automóveis multinacionais, que importavam de seus países de origem, ou de outras sucursais, a experiência do processo. Estas se caracterizam como montadoras de veículos e tem a agilidade como meta. Portanto, se apresentam dependentes da produção de peças elaboradas por outras empresas.

Na época da elaboração da CLT (década de 40) a terceirização não constitua fenômeno que adquiriu destaque dos últimos 30 anos. A CLT traz apenas duas figuras delimitadas da

subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada disposto em seu artigo 455, abordando também a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, CLT).

Fora estas menções celetistas, não há outras alusões ao tema da terceirização até a década de 1960. A partir da década de 70, através de lei ordinária, foi incorporado um diploma normativo tratando especificamente da terceirização através da Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74).

Esta lei atrás hipóteses rígidas que autoriza a intermediação de mão de obra para trabalho temporário, conforme disposto em seu artigo 2º: "Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade
transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços".

Já seu artigo 4º, delimita o campo de atuação da empresa intermediadora de mão de obra: "Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos".

No ano de 1983 entrou em vigor a Lei n. 7.102, que regulamentou mais uma atividade de terceirização. Dispôs sobre os serviços de vigilância armada, que se tratava de uma hipótese de mão de obra muito especializada, com preparação bem específica para situações diferenciadas como, por exemplo, o uso de armas de fogo, justificando a contratação de terceiros.

Segundo DELGADO (2010) nos dias atuais, há "clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e no ordenamento trabalhista brasileiro."

Falta, porém, maior clareza quanto a compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações.

Muitos segmentos se especializaram na prática da terceirização, utilizando a contratação de serviços para o setor de produção. Assim, a terceirização pode ser considerada uma técnica de administração que toma por base um processo de gestão que pode levar a organização a mudanças estruturais, culturais, de procedimentos, sistemas e controles.

Neste ano, o Brasil sancionou a Lei da Terceirização.

2.2 Conceito de Terceirização

A terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de

atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratações de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

No âmbito do Direito do Trabalho brasileiro a terceirização trata-se de um mecanismo anômalo de contratação de força de trabalho, que foge à fórmula clássica de relação empregatícia bilateral (CLT artigos 2º e 3º).

Na terceirização existem três tipos de relações jurídicas. A primeira relação é composta por uma empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora – onde se trata de relação jurídica de ordem civil; a segunda relação jurídica é composta por o trabalhador e a empresa prestadora – caracterizando uma relação de emprego; e finalizando com a existência da relação de trabalho, que surge do relação entre o trabalhador e a empresa tomadora.

A relação de trabalho entre o empregado e a empresa tomadora de serviços demonstra a intenção de transferir a posição de empregador a uma terceira pessoa, que passa a ser responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas e o devido recolhimento dos encargos sociais dos empregados.

Portanto, a natureza jurídica da terceirização é contratual, pois consiste da vontade de celebrar o contrato entre duas empresas, onde de um lado está a contratante (tomadora), e de outro, a contratada (prestadora), que ficará responsável pela prestação de serviços especializados a contratante, de forma continua e em caráter de parceria.

Assim a relação entre a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviços, que decorre da terceirização, é sempre contratual. Como se trata de um acordo entre duas empresas (pessoas jurídicas), é uma relação de Direito Civil, não é responsabilidade do Direito do Trabalho. Portanto o direito trabalhista brasileiro dedica-se apenas com os contratos entre empregados (pessoas físicas) e empregadores (pessoas jurídicas).

Segundo DELGADO Delgado (2010) diz que:

> " Para o Direito do Trabalho a Terceirização 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."

Segundo BARROS (2010), terceirização é um fenômeno "que consiste em transferir

para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividade-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim."

A terceirização consiste na transferência, a outras organizações, de certos serviços ou atividades, que se põem como atividade-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim.

CAMPOS (2006) define terceirização como sendo a transferência para uma empresa de prestação de serviços especializados, dos serviços não ligados ao objetivo econômico da empresa contratante, vindo os serviços a se realizar através dos empregados da empresa contratada, dentro ou fora da empresa contratante.

2.3 Contrato de Terceirização – Abordagem Doutrinária

Antes de adentrar no assunto acerca do contrato de terceirização especificamente, torna-se necessário destacar algumas características do contrato de trabalho, para que seja possível observar a diferença existente entre o contrato de trabalho e o contrato utilizado nos casos de terceirização de serviços.

O artigo 442 da CLT define o conceito de contrato de trabalho: " contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego".

O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário.

As principais características do Contrato de Trabalho são:

a) Bilateral - firmado entre duas pessoas, de um lado a empresa e de outro o empregado, com obrigações e direitos recíprocos;

b) Consensual – resulta da concordância dos contratantes;

c) Sinalagmático – porque cria obrigações e direitos recíprocos, quando da realização do contrato;

d) Oneroso – porque não existe contrato de trabalho gratuito, sendo certo que a lei não tutela este tipo de contrato. A remuneração é elemento essencial na configuração do contrato de trabalho;

e) De prestações sucessivas e periódicas – isto em virtude de que a prestação de serviços deve ser contínua para a caracterização do contrato de trabalho, com exceção, é óbvio, dos casos previstos em lei. De modo geral, a prestação de serviços há que ser

feita habitualmente, permanecendo o empregado à disposição do empregador, executando serviços e recebendo ordens;

f) Contrato de trabalho deve ser remunerado periodicamente (por semana, por dia, por quinzena, por mês, por hora etc.);

g) De natureza estatutária – porque a lei ordinária (CLT, Constituição Federal, Regulamento da Previdência Social etc.) fiscaliza a celebração do contrato de trabalho. Porém, é a CLT quem, direta e especificamente, dita as normas reguladoras do contrato de trabalho;

h) Tipo de contrato de adesão – uma vez que o empregado, ao celebrar um contrato de trabalho, adere às normas da empresa, desde que esse regime ou regulamento ou normas não estejam em desacordo com as leis.

O contrato de trabalho não é um pacto solene, pois independe de quaisquer formalidades, podendo ser ajustado verbalmente ou por escrito (art. 443 CLT).

NASCIMENTO (2005) afirma que: "Contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas".

Para MARTINS FILHO (2010) "o contrato de trabalho é aquele pelo qual uma ou mais pessoas naturais obrigam-se, em troca de uma remuneração, a trabalhar para outra, em regime de subordinação a esta", ainda, ressalva o autor que "o contrato de trabalho, como regra geral no Direito do Trabalho, faz do trabalhador um empregado."

Segundo MARTINS (2007) o conceito de contrato de trabalho é:

> "[...] contrato de trabalho é o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre condições de trabalho. [...] A relação se forma entre empregado e empregador [...]. Representa o contrato de trabalho um pacto de atividade, pois não se contrata um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que detém a referida prestação [...]".

O contrato de terceirização é elaborado com base na Lei Civil portanto se sustenta em três princípios básicos: o princípio da autonomia da vontade; o principio da liberdade de contratar; e, contratar o que, pelo prazo e da forma que quiser.

Segundo o art. 82 do Código Civil, o ato jurídico só é legítimo, isto é válido,quando o agente for capaz, o objeto for lícito e a forma estiver prescrita em lei, trata-se e desobediência ao princípio da legalidade disciplinado no art. 5º, Inciso II da Constituição Federal vigente, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da Lei.

Acerca do contrato de terceirização, Sérgio Pinto Martins (2009) assevera:

> "A terceirização pode utilizar-se de várias formas de contratos de natureza civil. Os principais contratos civis empregados na terceirização são a empreitada e a subempreitada, a prestação de serviços e a parceria. São contratos regulados no Código Civil."

No que tange ao contrato de parceria, este pode ser rural ou não e quando for rural este pode se subdividir em agrícola e pecuária. De outro lado, caso a parceria não seja rural, um dos parceiros fornecerá bens e o outro fornecerá trabalho, para que haja uma exploração comum, com a obtenção de lucros para serem divididos entre as partes no momento oportuno.

De todos os contratos existentes na esfera civil, é possível observar que o contrato de terceirização é espécie de contrato de prestação de serviços, pois a terceirização não deixa de ser prestação de serviços. Assim sendo, neste momento, passar-se-á a expor os principais aspectos importantes que norteiam a celebração de contratos de terceirização.

3 RESPONSABIILIDADE TRABALHISTA

3.1 Conceito de Responsabilidade

O termo responsabilidade é usado para definir várias situações no campo jurídico. CAVALIERI FILHO (2005) o define tanto no sentido etimológico quanto no seu sentido jurídico:

> "[...] Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico [...]".

Neste sentido, CAVALIERI FILHO (2005) traz ainda em sua doutrina uma importante distinção entre obrigação e responsabilidade. Tal distinção permite que se possa entender melhor o significado da expressão "responsabilidade":

> "[...] Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação [...] ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente".

Pode-se concluir que, como regra geral para o ordenamento jurídico brasileiro, aquele que causar dano a outrem deve repará-lo, conforme dispõe o artigo 186, do Código Civil/2002: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

3.2 Responsabilidade Trabalhista

Após a apresentação dos pressupostos da responsabilidade civil, a partir de uma visão panorâmica deste instituto, faz-se necessário tratar da responsabilidade trabalhista, sendo que nesta parte do trabalho serão feitos alguns comentários iniciais sobre a responsabilidade do tomador dos serviços nos casos de terceirização.

Destaquemos que tal responsabilidade ocorre da derivação de uma hermenêutica principiológica. Paulo J. A. Prazeres e Karla L. A. Prazeres definem que: "Os princípios possuem uma demasiada importância técnica e filosófica no âmbito jurídico, podendo ser definidos como verdade básica da ciência jurídica, funcionando como pilares fundamentais da construção de todo estudo doutrinário e de todo ordenamento jurídico positivo. A interpretação adequada a realidade, política, social, econômica e jurídica da época servem de fundamento ao direito positivo, orientam na busca de sentido e alcance das normas."

Dessa feita, voltando a tratar da responsabilidade objetiva, esta não é estranha ao Direito do Trabalho, pois, levando-se em conta o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que o empregador é quem assume os riscos da atividade econômica, ou seja, adota-se a teoria do risco no sentido de que o empregador sempre irá arcar com os riscos do seu empreendimento.

Acerca do presente assunto, DELGADO (2010) afirma que:

> ![...] À temática trabalhista concernente ao tomador da obra ou serviço importa, notadamente, responsabilidade por ato de terceiro, uma vez que não se trata de responsabilidade por ato próprio, por inexistir relação de emprego entre o responsabilizado indireto e o empregado da empresa contratada".

Assim, no Código Civil vigente, o art. 932 disciplina as hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, in verbis:

> "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
> II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
> IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
> V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia".

Em complementação, o artigo 933 do Código Civil dispõe que: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão

pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Teorias diversas emergiram na tentativa de explicar os motivos pelos quais o empregador ou comitente devem responder pelos atos do preposto e, a respeito destas teorias, algumas delas serão destacadas nesta parte do trabalho. Assim sendo, uma das teorias que surgiram foi a teoria da culpa, que abrange a culpa in eligendo e in vigilando e a culpa presumida.

Na atualidade o que predomina no nosso ordenamento jurídico é a teoria do risco, pois esta é a que melhor que fundamenta a responsabilidade por fato de terceiro, conforme explicação de GONÇALVES (2005): "Houve, portanto, uma significativa alteração, pois não há mais que se falar em presunção de culpa, diante da adoção da teoria do risco pelo Código Civil de 2002, consagrando a responsabilidade objetiva do comitente pelos atos praticados pelos seus prepostos".

O inciso III, do artigo 932, do Código Civil, indica a figura do preposto e, na visão de GAGLIANO e PAMPLOMA FILHO (2005), o prestador de serviços terceirizados é um preposto do tomador de serviços para a realização de determinada atividade.

Tratando-se de responsabilidade trabalhista, toda vez que houver relação de emprego, será o empregador quem assumirá os riscos da atividade econômica, conforme previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com o intuito de demonstrar algumas das responsabilidades trabalhistas advindas da relação empregatícia, e que são custeadas pelo empregador, será tratado a seguir algumas destas responsabilidades, pois quando houver a figura do tomador de serviços ele poderá ser responsabilizado pelo inadimplemento do empregador.

O artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que é possível identificar uma das grandes obrigações trabalhistas que o empregador possui diante de seus empregados, in verbis: "Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953) [...]".

O pagamento do 13º (décimo terceiro) salário é outro exemplo de obrigação trabalhista do empregador, prevista desde a edição da Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962, que institui a Gratificação de Natal para os trabalhadores.

Por todo o exposto, com amparo no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, foi possível perceber que a responsabilidade que o empregador possui de quitação das verbas trabalhistas deriva da sua posição na relação jurídica empregatícia, pois o empregador assume

os riscos da atividade econômica que realiza.

4. LEI DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL X CONVENÇÃO DA OIT

Diante da grande polêmica em torno da nova lei de terceirização e trabalho temporário (Lei n.º 13.429/2017), em especial no que se refere à terceirização, a qual vem recebendo diversas interpretações.

Antes da Lei n.º 13.429 de 2017 não existia legislação. O que regulava o tema no país era um entendimento da Justiça do Trabalho, consagrado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual estabelecia que a terceirização de atividades-meio da empresa tomadora dos serviços era legal, mas a terceirização de atividades-fim era ilegal.

Enquanto no marco da Súmula 331/TST vigorou, por quase vinte e quatro anos, o definiu a vedação de contratação de atividades fim, a nova lei refere-se a determinados e especifícos serviços.

O novo artigo 19-C da Lei n.º 6.019/74 proporciona às partes a adesão aos termos da nova lei. Há, consequentemente, duas alternativas às empresas: ou seguem aplicando o marco da súmula 331/TST, circunstância na qual a nova disciplina não precisaria ser seguida; ou acordam, por mútuo acordo, proceder às alterações nela previstas. Isso quer dizer que, acaso se deseje utilizar, desde já, da contratação de serviços determinados e específicos, o contrato já deve atender inteiramente à nova disciplina, não sendo possível escolher aplicar partes da lei. É certo, em todo caso, que nos contratos ajustados a partir de 31/3/17, todas as novas formalidades devem estar atendidas.

Dentre as novidades materiais, o primeiro aspecto a ser considerado diz respeito a um dos novos requisitos de validade estipulados na nova lei, a vinculação necessária entre atividades contratadas e atividades realizadas, conforme disciplina do novo artigo 5º-A, § 1º, da lei 6.019/74.

Em relação a esse requisito de vinculação necessária, o novo artigo 5º-B, inciso II, da lei 6.019/74 determina que o contrato celebrado entre a empresa prestadora e a empresa tomadora contenha a especificação do serviço a ser prestado. Assim, é razoável afirmar que, em relação à exigência, deverá a empresa contratante indicar com clareza no contrato as atividades a serem desempenhadas pelo empregado terceirizado, atividades estas que deverão ser estritamente observadas ao longo da prestação de serviços. Tal exigência, é bom ressaltar,

deve ser observada independentemente de tratar-se de atividade meio ou serviço determinado e específico contratado a partir de 31 de março de 2017.

Empresas prestadoras de serviço deverão se adequar, o quanto antes, às determinações formais estabelecidas no novo artigo 4º-B da lei 6.019/74, principalmente no que diz respeito ao capital social a ser integralizado. A nova legislação determina que às empresas prestadoras um capital social mínimo, variável segundo o número de empregados. Empresas com até dez empregados, por exemplo, precisam ter capital social mínimo de R$ 10 mil, enquanto empresas com mais de cem empregados precisam de capital social mínimo de R$ 250 mil. Ao tempo das contratações posteriores a data da vigencia da lei, devem estas serem ajustadas.

Outrossim, os novos contratos celebrados entre empresas prestadoras e empresas tomadoras de serviços devem observar os termos do artigo 5º-B da lei 6.019/74. Para além da qualificação das partes, o contrato deverá ter a previsão da especificação do serviço a ser prestado, o prazo para a realização do serviço, e caso for necessário definir o o valor do contrato.

Outra inovação trazida no plano da legislação posta, é a indicação precisa de que a empresa tomadora torna-se responsável por garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, sempre que o trabalho for prestado no estabelecimento do tomador ou em local por ele definido, nos termos do artigo 5º-A, § 3º da lei 6.019/74. A norma também faculta a extensão ao terceirizado das instalações médicas do tomador, de forma que o benefício pode ser dado aos empregados terceirizados sem que se tema a formação de vínculo empregatício por tal razão.

O novo artigo 5º da lei 6.019/74, define que o contrato de terceirização determina que a contratante proceda o recolhimento da contribuição previdenciária nos termos do artigo 31 da Lei n.º 8.212/91. A empresa tomadora é responsável tributária pelo recolhimento da contribuição relativa aos empregados abrangidos pelo contrato, devendo reter o montante respectivo.

Para atender ao dipositivo legal do artigo 5º-A da lei 6.019/74, as empresas prestadoras de serviço devem adequar seus contratos sociais ao que se refere o significado de *"serviços determinados e específicos"*. Pois é possível que, mesmo em relação às empresas prestadoras voltadas a atividades meio, haja algum tipo de contestação em relação ao seu estatuto social, acaso se apresentem no mercado de forma generalista.

Principais pontos da Lei da Terceirização:

a) fica expressamente permitida a chamada "quarteirização" de serviços, ou seja, a empresa contratada para prestar os serviços pode subcontratar outras empresas para prestá-lo;
b) é obrigação de a empresa tomadora dos serviços garantir aos trabalhadores das empresas prestadoras de serviços as condições de segurança, higiene e salubridade;
c) se a empresa prestadora de serviços não pagar os seus trabalhadores, a empresa tomadora é quem deve pagar os direitos trabalhistas;
d) a chamada intermediação de mão-de-obra continua sendo ilegal;

e) é que permitido a contratação de terceirizados para trabalhar em todos os setores das empresas por um prazo de no máximo nove meses (seis meses com possibilidade de prorrogação de noventa dias).

Há posicionamentos distintos sobre esta nova Lei da Terceirização. Uma corrente diz que a Lei entra em conflito direto com o art. 7º, da CF/88. E neste caso, a solução do conflito não é aquela acima mencionada, pois a Lei não tem o poder de revogar a Constituição. A norma dominante neste caso é a CF/88 e a Justiça do Trabalho terá que considerar inconstitucional qualquer distinção salarial derivada da aplicação da Lei de Terceirização.

A CF/88, além de garantir expressamente a isonomia salarial, confere status constitucional aos acordos e convenções internacionais subscritos pelo Brasil (art. 5º, §2º). O Brasil faz parte da OIT e é signatário da Convenção 111 (1958), cujos dois primeiros artigos prescrevem que:

> "Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo "discriminação" compreende:
> a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
> b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
> Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria."

Com a permissão da distinção salarial entre o empregado terceirizado e o empregado da própria empresa na atividade fim desta, a Lei de Terceirização viola o conteúdo da norma internacional transcrita (a qual tem status constitucional, sendo subordinante e não subordinada ao PL aprovado na Câmara dos Deputados). Portanto, a Justiça do Trabalho também poderá corrigir as distorções salariais oriundas da Lei de Terceirização com base no art. 5º, §2º, da CF/88 combinado com a referida Convenção 111 da OIT.

Já a outra corrente defende que a nova lei não prejudica qualquer trabalhador nos casos de acidentes de trabalho, uma das críticas usadas contra a terceirização. A terceirização, pela Lei 6.019, trazia precariedade às relações de trabalho, principalmente com relação aos acidentes. E que a Lei atribui a responsabilidade à contratante, procurando oferecer maior garantia ao trabalhador, contribuindo também para a melhoria do ambiente de trabalho nas empresas. Para este corrente a Lei da Terceirização procurou assegurar a trabalhadores terceirizados todos os direitos trabalhistas, principalmente com relação à segurança e à saúde.

Para TORRES (2017), um dos principais nomes atuais da cúpula da OIT, afirma que a medida pode de fato até trazer certa competitividade ao país. Mas existe grandes riscos para os trabalhadores e tal lei precisa proteger o trabalhador acompanhada por medidas de proteção. Todos o paises desejam fazer parte da cadeia de produção no mundo, porém leis como a promulgada no Brasil pode ajudar na competitividade e ter um impacto positivo na economia. Porém, necessariamente não há garantias de melhores condições de trabalho e melhores salários.

5. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O presente artigo teve como objetivo pesquisar na doutrina e na legislação qual o entendimento existente a respeito da Terceirização e a convenção de OIT.

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, verificou-se que a terceirização é a transferência, para uma empresa prestadora de serviços especializados.

Este ano de 2017 foi promulgada a Lei n.º 13.429 que tentou legalizar a Terceirização no Brasil. Porém, há diversas lacunas deixadas pelo legislativo. Além de diversos artigos polêmicos que gerarão diversas ações trabalhistas.

Ainda é muito cedo para avaliar a Lei n.º 13.429/17. Ao ser promulgada com severas

críticas, até o momento é necessário ter cautela na indicação de previsões sobre seus limites e possibilidades. Ainda há vários obstáculos que a lei irá enfrentar, inclusive já foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade o número ADI 5685 e posteriormente mais duas ADIs (5686 e 5687).

A Súmula 331/TST que vigorou por anos, definiu a vedação de contratação de atividades fim. Já a nova lei trata de determinados e específicos serviços. É certo que é necessário amadurecer o significado no novo marco legal.

Além do debate a respeito dos limites das atividades terceirizáveis, é certo que há aspectos da nova lei que, a menos que seja revogado todo o texto, irão prevalecer independentemente da conclusão do debate mais polêmico. Certos aspectos, porque indiferentes ao debate da atividade-fim versos serviços determinados e específicos, devem ser considerados.

É preciso atentar sobre o comportamento das alterações no tempo. E ainda, é importante mencionar que a nova lei não se aplica à contratação de serviço de vigilância, que segue regida pela Lei n.º 7.102/83.

O novo marco da terceirização, não se resume à grande polêmica instaurada sobre os limites da terceirização, sendo necessário que a atenção seja também voltada às novas rotinas e formalidades.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio: responsabilidade subsidiária do tomador de serviço**. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 60, n. 5, maio 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 540

BRASIL. CLT; **Legislação Previdenciária e Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 04 jan. 1974.

CAMPOS, José Ribeiro de. A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do Trabalho.** 9ª Ed., São Paulo, LTr, 2010.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm Acesso: 19 jul 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

GIOSA, L. A terceirização: uma abordagem estratégica. São Paulo: Pioneira, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HINZ, Henrique Macedo. A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 68 LIMA, Alvino. A responsabilidade civil pelo fato de outrem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28 apud CAMPOS, José Ribeiro de. A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços. São Paulo: IOB Thomson, 2006

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação indireta e terceirização de serviço na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. Campo

Grande: [s.n], 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares dos; PRAZERES, Karla Luzia Alvares dos. **Análise principiológica do contraditório na norma constitucional positiva como garantia processual no estado de direito.** Revista da OAB Olinda, v. 2 n. 1 (2019)*:* http://www.revistadaoabolinda.org/. Acesso em 24/04/2020.

SOUZA, Mauro César Martins de. **Responsabilização do tomador de serviços na terceirização**. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n. 142, abr. 2001.