

A TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

ANA PAULA RODRIGUES*

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O princípio do devido Processo Legal Trabalhista 3. Terceirização: aspectos gerais 4. Terceirização no Direito Processual do Trabalho 5. Terceirização Lícita e ilícita 6. Responsabilidade das Empresas 7. Entes Estatais e Terceirização 8. Conclusão. Referências

RESUMO: *Terceirizar é transferir atividades reduzindo custos e agregando valor ao negócio. Como em todo o mundo, a terceirização tem se consolidado como uma tendência firme nas empresas brasileiras. Após uma primeira etapa em que se limitava às atividades meio como: manutenção de equipamentos, limpeza, segurança, transporte e alimentação, estas atividades vem se estendendo ao processo produtivo dentro da própria planta industrial ou espaço físico. Assim cada vez mais as empresas brasileiras contratam as partes mais simples de seus produtos. Devido ao processo de globalização, da complexa legislação trabalhista no Brasil e da necessidade estratégica de se concentrar em suas atividades fim, as empresas também tiveram que buscar alternativas para o gerenciamento da sua mão-de-obra ou transferir parte de sua produção para terceiros a fim de reduzirem custos, administrarem melhor a produção e continuarem competitivas.*

PALAVRAS - CHAVE: Terceirização; Cooperativas; Direito do Trabalho.

ABSTRACT: *To sublet services is to transfer to activities reducing costs and adding value to the business. As in the whole world, the sublet of services if has consolidated as a firm trend in the Brazilian companies. After a first stage where if it limited to the activities half as equipment maintenance, cleanness, security, transport and feeding, comes inside if extending to the productive process of the proper industrial plant or physical space. Thus each time more the Brazilian companies contract the parts simplest of its products. Had to the process of globalization, the complex labor law in Brazil and of the strategical necessity of if concentrating in its activities end, the companies had also had that to search alternatives for the management of its man power or to transfer part of its production to third in order they will reduce costs, manage the production better and they will continue competitive.*

KEY WORDS: Sublet of services; Cooperatives; Right of the Work

* Pós graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos (2013). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da terceirização no Direito processual do Trabalho, observando o princípio do devido processo legal. Para este, ela traduz o mecanismo jurídico de contratação de força de trabalho mediante o qual se dissocia a relação econômica laboral da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente e seus aspectos processuais. O modelo trilateral de relação jurídica que surge desse mecanismo é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral (empregado e empregador).

Chocando-se com a estrutura teórica e normativa original do Direito Processual do Trabalho, esse novo modelo propicia tratamento socioeconômico e jurídico ao prestador de serviços muito inferior ao padrão empregatício tradicional. Em consequência, dá origem ao debate acerca da extensão aos trabalhadores terceirizados dos princípios antidiscriminatórios que presidem a ordem constitucional do país e a tentativa de harmonização da fórmula terceirizante aos fins e valores essenciais do Direito do Trabalho. É através de um tratamento salarial isonômico, de uma delimitação da responsabilidade do tomador e da agregação dos trabalhadores terceirizados no sindicato dos trabalhadores do tomador, que se pretende garantir um patamar civilizatório mínimo ao trabalhador terceirizado, reduzindo assim, a perversidade do processo terceirizante.

A presente monografia trata sobre a terceirização, especificadamente acerca do controle civilizatório da terceirização trabalhista como meio de compatibilizar a fórmula terceirizante no tocante à utilização da força de trabalho no mundo civilizado às principais regras e princípios do Direito do Trabalho.

Pode-se assim dizer, que tratará das relações de trabalho entre a tomadora, a prestadora dos serviços terceirizados e o empregado, abordando, assim, quais são responsabilidades das empresas tomadoras em relação ao trabalhador, e quais são as garantias de preservação do patamar mínimo civilizatório.

Neste sentido tratará a respeito dos caminhos viabilizadores da adequação jurídica da terceirização de modo a harmonizá-la aos fins e valores essenciais do Direito do Trabalho.

Com base em revisões literárias, pretendem-se demonstrar a relevância do trabalho terceirizado, e em razão da grande desenvoltura desta forma de contratação as

especificidades da área, tais como, a subordinação jurídica na terceirização, os objetivos das empresas tomadoras ao contratar firmas terceirizadas para realização de atividades dentro desta, a questão da responsabilidade trabalhista.

Em suma, com embasamento nestes elementos, visaremos o estudo do fenômeno jurídico denominado terceirização, a fim de atingir o objetivo principal que é a solução das dúvidas quanto às garantias do trabalhador terceirizado.

Na elaboração desta, o referencial metodológico utilizado é o método dedutivo, posto que parte da premissa antecedente, ou seja, de valor universal e chega ao consequente, também chamado de conhecimento particular, e o analítico, porque suas abordagens apresentam a utilização de análise de documentos e textos. Esse método e técnica são próprios e adequados às ciências sociais, e, em especial, para o campo das ciências jurídicas.

A pesquisa bibliográfica realizada tem por escopo obter conhecimento por meio de informações contidas em livros e documentos, como em artigos de jurisprudências.

2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL TRABALHISTA

O Direito precisa ser encontrado no meio social, de maneira que possa garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade. O Direito, aliás, forma-se antes de ser posto em norma jurídica. O que se espera do legislador, portanto, é que procure produzir leis que acompanhem as necessidades da sociedade e que se adaptem às suas exigências.

O princípio do devido processo legal encontra amparo no art. 5º, LIV da CF, in verbis: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”.

Em outras palavras podemos dizer que ninguém será privado de sua liberdade e bens a não ser pela tutela jurisdicional do Estado que deverá se utilizar de normas previamente elaboradas, vedando, assim, os tribunais de exceção.

A flexibilização pode se referir ao mercado de trabalho, ao salário, à jornada de trabalho ou às contribuições sociais. Trata-se de uma adaptabilidade das normas

trabalhistas face às mudanças ou às dificuldades econômicas, sob a alegação de que a rigidez traria aumento do desemprego.

No caso do Brasil, de acordo com a Constituição de 88, pode haver redução de direitos trabalhistas em três casos, quais sejam: redução do salário (art. 7º VI); redução da jornada de oito horas diárias (art.7º, XIII) ou da jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art.7º, XIV). Constitucionalmente, pois, apenas esses três direitos podem ser flexibilizados, cabendo às partes determinar as normas que passarão a reger suas relações, de acordo com seus interesses, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho – entendida aqui como misto de contrato e lei.

Assim, admite-se a redução salarial, ou a diminuição da jornada de trabalho, muitas vezes em troca de garantias que, por força das circunstâncias aferidas, são mais vantajosas para determinada categoria de trabalhadores. São inúmeras as decisões do egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST) nesse sentido.

E quanto ao devido processo legal leciona o professor Nelson Nery Junior:

Com razão, que o princípio do devido processo legal é a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam.

Bastaria à norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of Law* para que, daí decorresse todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. (NERY, 2012).

O princípio em tela encontra raízes no *due process of Law*, do direito norte americano, e está albergado, explicitamente, no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, in verbis: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em sentido genérico, pois, o princípio do devido processo legal caracteriza-se pelo trinômio vida – liberdade - propriedade.

O princípio ora focalizado não se restringe ao terreno processual (*procedural due process of law*), porquanto os valores vida, liberdade e propriedade também são ínsitos ao direito material. Daí a afirmação, por exemplo, de que o princípio da autonomia privada encontra fundamento no sentido substantivo do princípio do devido processo legal (*substantive due process*).

Do princípio do devido processo legal extraem-se outros princípios, de ordem constitucional e legal, tais como o do juiz natural, proibição de tribunais de exceção, promotor natural, duplo grau de jurisdição, recorribilidade das decisões e motivação das decisões judiciais, além do princípio, além do princípio da obediência às formas previamente estabelecidas.

A flexibilização possibilita que o contrato de trabalho seja disciplinado de forma diversa. Mais ainda, possibilita até a derrogação de normas de ordem pública. A princípio, pode parecer que feriria o princípio tutelar do Direito do Trabalho, deixando de assegurar direitos já conquistados pelos trabalhadores. Contudo, a flexibilização vem, na verdade, reforçar aquele princípio, uma vez que pode significar a continuidade do próprio emprego.

No que tange à possibilidade de diminuição da jornada de trabalho, verifica-se, de início, que, consoante reza o art.7º, XIII da Constituição Federal, a duração do trabalho no Brasil não pode ser superior a 8 horas diárias e 44 semanais, mas é permitida a redução por acordo ou convenção coletiva de trabalho. A redução da jornada sem diminuição dos encargos é, em princípio, benéfica para o trabalhador. Entretanto, pode ser inconveniente para o empregador se acarretar diminuição do nível de competitividade de sua empresa. Daí a necessidade de acordo entre as partes. A redução ou flexibilização da jornada pode ser encontrada sob variadas formas. Podem-se citar, entre outros exemplos, o horário flexível, o banco de horas (sistema de compensação de horas-extras) e o sistema norte-americano do "lay-off", ocasião em que o empregado descansa em períodos de queda na produção, podendo o empregador pagar parte do salário e menos encargos sociais durante o período.

Também pode haver redução do intervalo de trabalho, sempre escorada em convenção coletiva. Em recente decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos entendeu que se o interesse das partes na redução do intervalo da jornada de trabalho está explicitado em convenção coletiva, torna-se inexigível a autorização mediante inspeção prévia da autoridade do trabalho.

3. TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

A terceirização originou-se nos Estados Unidos, logo após a eclosão da II GM, pois as indústrias bélicas tinham que se concentrar no desenvolvimento da

produção de armamentos e passaram a delegar algumas atividades a empresas portadoras de serviços. Alguns seguimentos no Brasil, como a indústria têxtil, a gráfica se utilizaram da contratação de serviços.

No entanto, atualmente, este mecanismo se dá como uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão que tem critério de aplicação (início, meio e fim), uma visão temporal (curto, médio e longo prazo) e uma ótica estratégica, dimensionada para alcançar objetivos determinados e reconhecidos pela organização.

Nesta nova administração as atenções são dirigidas para o cliente.

As pequenas e médias empresas, foram as primeiras a entrar neste novo processo, por serem as mais ágeis e por terem percebido a necessidade de mudança, conquistando espaço neste mercado.

Mas logo, as grandes organizações começaram a fazer uma reflexão para continuar no mercado de forma competitiva.

A primeira tentativa de mudança, conhecida como *downsizing*, foi à redução dos níveis hierárquicos, enxugando o organograma, reduzindo o número de cargos e consequentemente agilizando a tomada de decisões - que não implica, necessariamente, com corte de pessoal.

A partir daí, passou-se a transferir para terceiros a incumbência pela execução das atividades secundárias. Surge o *outsourcing* (terceirização), que foi adotada de forma plena pelas empresas.

No Brasil, a recessão como pano de fundo levou também as empresas a refletirem sobre sua atuação e ao mesmo tempo demonstrava o outro lado, que era a abertura de novas empresas, com oportunidade de mão-de-obra, restringindo assim, de certo modo, o impacto social da recessão e do desemprego.

Em países como os Estados Unidos, é comum a terceirização de atividades ou funções por prazos determinados que podem ser desde algumas horas até meses e anos. No Brasil, os contratos são mais complexos e dificilmente uma empresa é contratada por apenas algumas horas. Além disso, o conceito de vínculo empregatício também é diferente.

Enquanto nos EUA os empregadores podem contratar funcionários por períodos preestabelecidos ou por tempo indeterminado, no Brasil, somente empresas de terceirização estão autorizadas por lei a contratar e fornecer mão-de-obra temporária e ainda no limite máximo de seis meses.

Já no Brasil, os sindicatos de trabalhadores definem com as grandes empresas os pisos salariais de cada categoria, e um funcionário, deve receber este piso, independente de quanto um funcionário terceirizado custa de fato para a tomadora em relação a um contratado seu e por prazo indeterminado.

4. A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DE TRABALHO

Denomina-se terceirização o liame que liga uma empresa a um terceiro, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo, com a finalidade de realizar tarefas coadjuvantes da atividade-fim da tomadora.

É a técnica pela qual determinada empresa desconcentra suas atividades, atribuindo a execução de atividades secundárias a terceiras empresas, promovendo um enxugamento de sua estrutura operacional. A terceirização, por vezes, abrange vários setores da empresa, podendo ser de fornecimento de matérias-primas, prestação de serviços ou expansão de marca.

Sérgio Pinto Martins assim conceitua a terceirização: Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários (MARTINS, 2000, p.20).

Maria Helena Diniz (1998, p.118), em seu Dicionário Jurídico, traduz a terceirização como sendo “o direito de contratar terceiro no intuito de atingir melhor o objetivo social da empresa”. A terceirização pode abranger a total transferência de certos setores da empresa a terceiros, como a segmentação de terceirização de um departamento da empresa entre várias empresas, tendo por escopo a redução de custos e a ampliação dos benefícios da especialização.

Maurício Godinho Delgado analisa a terceirização sob o prisma do Direito do Trabalho como sendo [...] “o fenômeno pela qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação jus trabalhista”, ou seja, “o trabalhador insere-se no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente (DELGADO, 2001, p.134)”.

A legislação prevê dois casos em que pode ocorrer terceirização: trabalho temporário (lei 6.019/74) e serviços de vigilância e transporte de valores (7.102/83). Por meio do Enunciado 331, o TST passou a admitir a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

O Ministério Público do Trabalho combate as terceirizações ilegais para garantir o cumprimento da lei e preservar os direitos assegurados aos trabalhadores. Além da precarização das relações de trabalho, as terceirizações ilegais estão relacionadas a outras irregularidades, como o descumprimento das normas de segurança e saúde. A situação se agrava na medida em que as empresas terceirizadas sub-empregam serviços de outras e assim sucessivamente.

Observa-se, também, que inúmeras contratações de trabalho escravo, tanto no meio rural quanto no urbano, revelam a diluição da figura do empregador via terceirizações que estimulam o surgimento de falsas parcerias, falsas cooperativas, contratações por "gatos", capatazes, empreiteiros, etc. Aquele que auferir os maiores lucros e benefícios da mão-de-obra explorada alega que não houve exploração de sua parte e atribui a culpa à empreiteira.

5. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

O primeiro pressuposto de licitude para a terceirização, fixado pela jurisprudência (item III do Enunciado 331 do TST), é a ausência de subordinação jurídica e pessoalidade entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora de serviços. A prestadora de serviços deve colocar um preposto no âmbito da tomadora de serviços encarregado de dirigir e fiscalizar a prestação de serviços de seus empregados à tomadora. A prestadora detém o poder de comando e os seus empregados são a ela subordinados. Não se admite que a tomadora "tome" essa posição. O mesmo ocorre quanto à pessoalidade, que ocorre somente em relação à prestadora. Pouco importa à tomadora qual o trabalhador que a prestadora colocará no posto de serviço para se desincumbir de sua obrigação contratual oriunda da relação interempresarial.

Na hipótese de se caracterizar a subordinação jurídica ou a pessoalidade diretamente com o tomador de serviços, é estabelecido o vínculo empregatício diretamente com este, salvo no caso da Administração Pública, como se verá adiante.

Salienta-se que não precisam estar presentes os dois elementos para macular a licitude da terceirização; basta existir um deles para deflagrar-se a pecha.

Exceção ocorre quanto à terceirização de duração determinada – trabalho temporário – em que pela própria natureza da relação triangular a lei prevê, expressamente, que o "assalariado" será colocado "à disposição" da empresa tomadora (art. 11, Lei 6.019/74): Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

A terceirização só tem amparo legal nas restritas hipóteses previstas para o trabalho temporário – Lei 6.019/74 – e para os serviços de vigilância patrimonial – Lei 7.102/83. Por construção jurisprudencial do TST, os serviços de conservação e limpeza também passaram a ser admitidos nessa forma de contratação, não apresentando qualquer dificuldade de conceituação.

O item III do Enunciado 331 do TST abriu a possibilidade, ainda, para a terceirização dos "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador". No entanto, a definição de "atividade-meio" é tarefa árdua, suscitando polêmica na doutrina e na jurisprudência por ter ampla e variada compreensão. Trata-se de flexibilização de um dos elementos tipificadores da relação de emprego, a não-eventualidade.

A expressão "atividade-meio", conforme leciona Carmen Camino, refere-se aos serviços de apoio, acessórios, embora permanentes e necessários à atividade da empresa. É possível sistematizar os serviços não-eventuais de uma empresa (permanentes e necessários) como um gênero que compreende como espécies os serviços essenciais ligados à atividade-fim empresarial e os serviços de apoio ligados à atividade-meio. Em oposição a esse gênero encontra-se outro gênero, os serviços eventuais, ligados a necessidades circunstanciais, emergenciais, prestados de forma pontual. Camino (2003, p.236) elucida a questão: "Em síntese, a essencialidade não é sinônimo de não-eventualidade, mas uma espécie de não-eventualidade".

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2001) aprofunda a investigação. Inicialmente destaca que a classificação das atividades de uma empresa em atividade-fim e atividade-meio trata-se de questão de fato (*quaestio facti*). Assim, o exame é casuístico, conforme a estrutura operacional de cada empresa.

Entende o jurista mineiro que: [...] para a caracterização da atividade-meio esta deve ser desenvolvida como um serviço de apoio, adicional, que não comprometa a

qualidade e a autenticidade do exercício das funções componentes da atividade-fim. As atividades não se intermiscuem, não se amalgamam, não se fundem. A prestadora de serviços deve desenvolver uma atividade técnica autônoma, com mecanismos próprios de operacionalização que prestam um concurso adicional a qualquer outra atividade empresarial (VILHENA, 2001).

Vilhena sustenta que os serviços terceirizados devem ser organizados de forma autônoma porque são serviços de apoio, podendo ser destacados da atividade-fim e não interferem diretamente no processo de produção da tomadora. Conclui dizendo que: [...] a empresa prestadora de serviços deve estabelecer os modos de sua operação com total desvinculação da empresa por quem é contratada, destacando-se dela não apenas quanto ao aspecto instrumental (...), mas também quanto àquele ligado ao pessoal (VILHENA, 2001).

6. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

Ainda que regular a terceirização, com a manutenção do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a prestadora de serviços, o item IV do Enunciado 331 do TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (exigência inspirada no Enunciado 205 do TST, cancelado em 21-11-03, o que pode refletir no Enunciado 331). A condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, com base no *caput* do art. 927 do Código Civil de 2002.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Deve ser observado que o verbete jurisprudencial prevê tão-somente o inadimplemento das obrigações trabalhistas para a condenação subsidiária do tomador. Logo, verificado o inadimplemento, o tomador de serviços é, de plano, responsável

subsidiariamente. Não há necessidade de prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora, como sustenta corrente minoritária da doutrina e jurisprudência. As sentenças trabalhistas costumam demonstrar a inidoneidade das prestadoras de serviços pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática forense – bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas pela prática de terceirização ilícita incidirá o art. 9º da CLT, sendo considerados nulos de pleno direito os atos relativos à terceirização, formando-se o liame empregatício diretamente com o tomador. O terceiro que participou da fraude como empresa prestadora de serviços responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil de 2002.

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

Jorge Luiz Souto Maior¹, partindo da ideia de que tanto na terceirização como no grupo econômico é verificada a formação de uma cadeia produtiva que se aproveita conjuntamente da força de trabalho fornecida pelo trabalhador, ainda que de forma horizontal na terceirização, defende a responsabilidade solidária do tomador e do prestador de serviços em todos os casos de descumprimento à legislação trabalhista.

Ataca o benefício de ordem da responsabilidade subsidiária sustentando que, a par do que ocorre no art. 827 do CC/02, este deve ser invocado pela parte, que deverá nomear bens do devedor principal suficientes para solver o débito. Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Diante da exigência do art. 265 do CC/02,

¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Disponível em: <http://www.jusvi.com.br>.

“Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”, propõe a aplicação analógica do art. 455 da CLT, que se ajusta perfeitamente à situação de terceirização:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Propõe o abandono do elemento culpa, quer *in eligendo* ou *in vigilando*, atraindo a noção de culpa objetiva decorrente da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do art. 927 do CC/02:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Destaca, ainda, o disposto no art. 187 do CC/02:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Souto Maior, repudiando a responsabilidade subsidiária e o benefício de ordem em favor do tomador dos serviços, conclui:

Não há incidência possível nesta situação da regra de que ‘a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes’ (art. 896, antigo CC; art. 265, atual Código), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 942, atual Código) (Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>> Acesso: Agosto, 2014).

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

Na Argentina, Colômbia, México, Venezuela, Espanha, França e Itália há previsão legal para a responsabilidade solidária da tomadora de serviços quanto aos encargos trabalhistas e previdenciários inadimplidos pela prestadora de serviços. Não há notícia de responsabilidade subsidiária nos países estrangeiros pesquisados.

7. ENTES ESTATAIS E TERCEIRIZAÇÃO

Por força do art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, é vedado o estabelecimento de vínculo empregatício com o ente público tomador de serviços, ainda que na realidade dos fatos muitas vezes seja possível constatar a existência de típica relação de emprego entre o trabalhador "terceirizado" e o tomador de serviços.

A Administração Pública é o exemplo mais recorrente de abusos quando se fala em terceirização. Terceirizam serviços públicos intrinsecamente ligados à sua atividade-fim, de forma escancarada e indiscriminada, como a coleta do lixo urbano. Desenvolvem a relação com o terceirizado com acentuado poder de comando *versus* subordinação jurídica, renovando infinitamente aquele mesmo funcionário naquele mesmo posto de serviço porque trabalha tão bem há tantos anos. Basta alterar a prestadora de serviços de tempos em tempos, mediante licitação, mas com a indicação do profissional para determinadas atividades.

Portanto, não-eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade não resultam em reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública porque não houve prévia aprovação em concurso público. É que

a Constituição Federal de 1988 moralizou e democratizou o acesso ao serviço público, dando uma lição de ética que deve prevalecer sobre o direito fundamental ao reconhecimento da relação de emprego estampado no inciso I de seu art. 7º. É uma questão de sopesar valores, quando entram em aparente conflito duas regras constitucionais.

A responsabilidade da Administração Pública na terceirização é subsidiária, como os demais tomadores de serviços, ainda que tenha tentado esquivar-se por meio do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. A Resolução 96/2000 do TST alterou o item IV do Enunciado 331 para fazer constar expressamente que a responsabilidade subsidiária estende-se "inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista". Deve ser ressaltado que o § 2º do referido art. 71 prevê a responsabilidade solidária da Administração Pública pelos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos por ela firmados².

Em casos de fraude à terceirização, como o desvirtuamento do instituto no intuito de esquivar-se de deveres próprios da Administração Pública, deve ser cogitada a responsabilidade solidária, principalmente diante do previsto no § 6º do art. 37, que adota a teoria do risco administrativo com a responsabilidade civil objetiva. Diz o preceito constitucional:

Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

² Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95) § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)

8. CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho sob o ponto de vista do princípio do devido processo legal, as experiências de aplicação da Terceirização e suas consequências jurídicas e econômicas, trazem à baila a importância do tema estudado.

Ao se pesquisar nos repertórios autorizados de jurisprudências, facilmente se encontram diversas decisões declarando a nulidade das falsas cooperativas e reconhecendo o vínculo empregatício de seus associados com ela e a solidariedade patrimonial do tomador de serviços.

Todavia, acham-se também precedentes jurisprudências que tutelam as verdadeiras cooperativas, entendidas essas as que observam rigorosamente todos os preceitos legais da lei 5764/71, sem deixar que se configurem os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício.

Em tese, para solucionar esta situação basta evitar as deturpações do texto legal, incentivando as verdadeiras cooperativas, na forma como aqui apontada. Esta parece ser a forma de se aceitar as cooperativas de trabalho, na forma como estão hoje reguladas, vez que atendem aos requisitos da lei 5.764/71, notadamente, seu art. 4º, incisos I, VII e XI.

Outras sugestões também podem ser feitas, contanto que o interessado tenha sempre em mente que a observância estrita dos requisitos legais é *conditio sine qua non* para a licitude das cooperativas de trabalho, devendo sempre ser afastados os quatro requisitos básicos da relação de emprego.

Somente assim, conseguiremos fomentar a criação de cooperativas de trabalho e encará-las, sem preconceitos, como todos devem pretender: fontes alternativas efetivas de trabalho e renda, e não instituições fraudadoras de direitos trabalhistas.

Por todo o exposto, conclui-se que há necessidade emergencial de um tratamento legal à terceirização em nosso ordenamento. As relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão disseminadas em nossa sociedade e presentes em nosso cotidiano. Nesse setor, o direito não tem acompanhado a dinâmica dos fatos. E a situação fica ainda pior quando o Tribunal Superior do Trabalho tenta legislar sobre a matéria, baixando Enunciados descompassados. Primeiro (Enunciado

256) restringe ao máximo as hipóteses cabíveis, para depois escancarar as portas da terceirização, com o parâmetro indefinido da "atividade-meio" (Enunciado 331).

É preciso uma legislação que defina, de uma vez por todas, os limites para a prática da terceirização regular, esclarecendo quais as atividades empresariais passíveis de serem terceirizadas ou a forma pela qual deverão desenvolver-se tais relações. Além disso, urge a previsão expressa de responsabilidade solidária das empresas participantes da terceirização, para afastar o obstáculo da responsabilidade subsidiária que vem protelando a efetividade do processo de execução trabalhista. E há muito mais amparo legal para a condenação solidária das empresas do que para a subsidiária.

Em um primeiro momento, entendendo a terceirização como uma estratégia de administração de empresas, parece que a resposta estaria na empresa prestadora de serviços, um terceiro a quem a tomadora contrata e delega parte de suas atividades.

Do ponto de vista do contrato de trabalho, o tomador de serviços é o terceiro, estranho à relação de emprego estabelecida entre o empregado terceirizado e a empresa prestadora de serviços, sua empregadora.

Mas, considerando a realidade da terceirização em nosso país, entendemos que o terceiro é o trabalhador. O que tem merecido maior atenção nessas relações triangulares é o contrato interempresarial, de natureza civil, sendo a força de trabalho tratada como simples mercadoria. Na prática, a terceirização tem promovido a precarização do trabalho humano. Todos nós conhecemos as condições degradantes a que são submetidos os empregados terceirizados, que acabam, na prática, obedecendo a duplo poder de comando e ficam sujeitos a uma instabilidade de emprego ainda maior – como se fosse possível – do que aquela enfrentada pelos empregados com relação de emprego bilateral clássica.

Na terceirização o trabalhador é colocado em segundo plano, um terceiro sem importância, mero instrumento ou modo pelo qual a empresa prestadora de serviços se desincumbe de sua prestação obrigacional para com a empresa tomadora de serviços. Contudo, se a terceirização é uma forma inexorável de organização dos meios de produção, deve-se ter presente que, na omissão do legislador, o julgador deve interpretar as relações triangulares de trabalho conforme aos direitos fundamentais sociais e ao valor social do trabalho humano, considerado pela Constituição Federal como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Nesse caminho, parece ser

possível assegurar uma proteção jurídica mínima à "pessoa humana"³ do trabalhador, cuja dignidade constitui o fundamento do direito do trabalho.

Ao se fazer menção aos pressupostos da flexibilização, desenvolvimento tecnológico e aumento de produtividade, aos processos de globalização e aos aspectos de ordem econômica buscou-se na realidade a um conjunto de razões que, por certo estão a motivar a flexibilização no direito do trabalho.

A denominação de pressupostos da flexibilização tem fundamento em pelo menos dois aspectos.

Num primeiro aspecto constituindo tentativa de elaboração de conceitos e num segundo na medida em que ao conceituá-los como pressupostos estes precederiam necessariamente a própria flexibilização no direito do trabalho.

Importante ressaltar que não constitui finalidade precípua, neste momento, um aprofundamento em cada um dos citados pressupostos, uma vez que se trata de um artigo e como tal tende a abordar vários aspectos, mas apenas genericamente.

Finalmente considere-se oportuno e razoável o fato de que a flexibilização no direito do trabalho deve constituir um instrumento poderoso, talvez o mais poderoso dos instrumentos, ao lado da criação de postos de trabalho via significativos investimentos privados e públicos

De qualquer forma muito há para ser feito, o fato é que as sociedades, entre as quais a nossa se inclui, têm um limite para tolerância em relação à falta de emprego, que diga-se, tem sido inquietantemente flexível, evitando também o retrocesso processual, devido a milhares de processos anualmente interpostos desrespeitando muitas vezes o devido processo legal, causando danos à toda sociedade, e não apenas ao sistema processual trabalhista brasileiro.

³ Art. 1º, III, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. **4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 235-6.**

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 26. ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Sequela:** privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997, p. 72.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo, LTr: 2002.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho:** relações de trabalho e relações de emprego. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

GASPARIN, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MELHADO, Reginaldo. Globalização, terceirização e princípio de isonomia salarial. **Revista LTr**, São Paulo, v.60, n. 10, out. 1996, p. 1322.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, n. 83, set. 1993, p.20.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 6 ed. São Paulo: Saraiva. 1993.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho.** São Paulo: Editora LTr. 1992.

PASTORE, José. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva**. 2 ed. São Paulo: Editora LTr. 1994.

PIRES, Aurélio, Terceirização: Responsabilidades – Um tema para reflexão. **Suplemento Trabalhista**, São Paulo, n. 31, p. 149, mar. 2000.

ROMITA, Arion Sayão. A terceirização e o Direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, n.3, v. 56, mar. 1992.

RUDIGER, Dorothee Susanne. **Tendências do Direito do Trabalho Para o Século XXI**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Ciro Pereira. **Terceirização responsável: Modernidade**. São Paulo: LTR, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista**. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>. Acesso: Agosto, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, pág. 200.