

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO  
TRABALHISTA

Dayse Coelho de Almeida<sup>1</sup>

**Resumo**

A terceirização trabalhista é um fenômeno de reestruturação produtiva, gerador de multifacetados efeitos. O estudo de tal fenômeno revela-se imprescindível ante suas consequências econômicas, sociais e jurídicas. Estas, não adstritas à localidade brasileira, mas realidade no prisma mundial. O assunto pode ser analisado de múltiplas formas, não sendo pretensão deste trabalho esgotar a discussão, mas, fomentar reflexão e crítica acerca da responsabilidade na terceirização. A perspectiva analítica da responsabilidade na terceirização e o seu confronto com as normas celetistas e civilistas – postas, aplicadas analogicamente e de acordo com expresse comando normativo-celetista, assim como as consequências jurídicas advindas da terceirização lícita e ilícita e seus impactos nos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – são o ponto central do artigo. Os resultados da análise são submetidos ao crivo crítico-reflexivo da aplicação progressiva dos direitos sociais e da preservação do patamar mínimo civilizatório nas relações juslaborais.

**Palavras chave:** Direitos Sociais. Responsabilidade. Terceirização.

**Resumen**

El outsourcing de mano de obra es un fenómeno de reestructuración productiva que genera efectos multifacéticos. El estudio de este fenómeno parece ser esencial frente las consecuencias económicas, sociales y legales. Estas no adjuntas a la localidad brasileña, pero en la perspectiva de la realidad global. El tema se puede analizar de muchas maneras, este trabajo no pretende agotar la discusión, sino fomentar la reflexión y el análisis crítico de la responsabilidad en la contratación externa. La perspectiva de análisis de la subcontratación y la responsabilidad en su confrontación con los estándares de las leyes laborales y del civismo - puestos, analógicos y aplicados de acuerdo con la orden expresa normativo de las leyes laborales, así como las consecuencias jurídicas derivadas del outsourcing lícito e ilícito y su impacto en los derechos sociales fundamentales de los trabajadores - son el punto central del artículo. Los resultados son sometidos al análisis crítico-reflexivo de la aplicación progresiva de los derechos sociales y la preservación del nivel mínimo de civilización de las relaciones juslaborales.

**Palabras clave:** Derechos Sociales. La responsabilidad. Outsourcing.

**1 Considerações Iniciais**

A partir da década de 70, do século XX, após o fim dos anos dourados<sup>2</sup>, os níveis de desemprego ampliavam-se e a inflação assolava, em geral, as nações. Aquele período tortuoso iniciou-se em 1973, com a crise no ramo petrolífero e incrementou-se nos anos 80. Estes citados fatores desencadearam o período pós-industrial, marcado por uma série de modificações na estrutura jurídico-laboral. Como bem caracteriza Julio Armando Grisolia<sup>3</sup>,

esta etapa se caracteriza por los siguientes factores: la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción y la búsqueda de la eficiencia y el bajo costo. Se materializa en los procesos de globalización, flexibilización laboral y precarización del empleo<sup>4</sup>.

A globalização é um fenômeno econômico, social e político, fomentador de uma série de mudanças e reestruturações. Em sua faceta econômica afeta, decisivamente, as relações de trabalho. A economia dos

<sup>1</sup> Discente do programa de doutorado em Derecho Laboral da Universidad de Buenos Aires (UBA/Argentina); Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ); Docente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio/Fase) e da Faculdade Sergipana (FASER); Advogada e Consultora Jurídica; membro da Associação Brasileira de Advogados (ABA), do Instituto de Advogados do Estado de Sergipe (IASE) e da Associação Sergipana de Advogados Trabalhistas (ASSAT).

<sup>2</sup> Os trinta anos que sucederam ao pós-guerra foram extremamente pujantes economicamente e foram tratados pelos historiadores como anos dourados.

<sup>3</sup> GRISOLIA, Julio Armando. Manual de derecho laboral. 7º ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 839.

<sup>4</sup> Esta etapa caracteriza-se pelos seguintes fatores: informatização, robotização, eletrônica aplicada, automatização dos processos produtivos e busca de eficiência e baixo custo. Os processos de globalização materializam-se em flexibilização do trabalho e precarização do emprego. (Tradução da articulista)

países é dependente e interligada, por isso, as decisões político-econômicas podem significar o progresso ou o retrocesso de um país. Participar do comércio globalizado, antes de ser uma questão ideológica, é uma questão de sobrevivência no capitalismo global.

Os países elaboram formas de inserção no capitalismo globalizado, a exemplo da formação de blocos com finalidade econômica e sociointegrativa (a exemplo do MERCOSUL e da União Europeia). “Como consequência da integração dos países e da criação de mercados comuns, a concorrência do comércio mundial exige cada vez mais qualidade, produtividade e custos baixos”<sup>5</sup>. Entretanto, para países periféricos, como o Brasil, e em geral os formadores do Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL), o investimento em tecnologia nem sempre é possível, em razão das vultosas quantias necessárias a tal intento, da fragilidade do comércio local e da ausência de planejamento estatal com eficazes políticas públicas de fomento ao desenvolvimento.

Ante a inviabilidade de investir-se em tecnologia, o vínculo empregatício representa um fator relevante no custo da produção, e sobre ele tem repousado a pecha de entrave econômico<sup>6</sup>, haja vista que todo e qualquer direito laboral implica prestação financeira direta ou indireta. Para os países periféricos, como o Brasil, resta a saída mais simples - a flexibilização de direitos, a precarização do trabalho, a redução de direitos, a supressão de direitos ou artifícios congêneres. Este é o discurso corriqueiro e apresentado como solução viável e rápida.

Nesse contexto de competitividade internacional, esta efetivamente global, novas formas de estruturação produtiva surgem como opções ao modelo tradicional de relação empregatícia celetista. O ponto comum entre as novidades advindas de outros países é que representam um ataque ao modelo tradicional de trabalho ou mesmo propostas veladas de sua destruição. “[...] a terceirização trabalhista [...] é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho”<sup>7</sup>.

O cerne da questão é o ataque, velado e embutido contido no discurso salvacionista, às garantias estabelecidas em favor dos empregados e ao patrimônio jurídico-protetivo consolidado, ambas as consequências da relação empregatícia e do processo histórico-evolutivo do Direito do Trabalho. A ideia de retirar direitos, a fim de preservar ou aumentar o número de postos de trabalho, numa estrutura jurídico-protetiva inferior, “equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem que se tenha, expressamente, que admitir isso”<sup>8</sup>.

As necessidades do mercado ocasionam a criação de novas formas de realização do trabalho e contratação de serviços, a exemplo da terceirização, cooperativa, consórcio de empregadores, teletrabalho, *trainee*, etc. Estas novas formas de estruturação ou reestruturação produtiva devem ser alvo da mais profunda análise, discussão e crítica<sup>9</sup>. Destas novas formas de representação do trabalho destacamos a terceirização.

## 2 Conceito de Terceirização

A Administração de Empresas é a ciência que primeiro trouxe esta expressão, que integra o mundo jurídico. “Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente”<sup>10</sup>. Como explica Américo Plá Rodríguez:

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior

<sup>5</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*, São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

<sup>6</sup> O aspecto puramente econômico do ser humano trabalhador implica a ofensa à dignidade da pessoa humana e retira do trabalho o valor social preconizado pelo texto constitucional. A coisificação do trabalhador ou o seu tratamento como mero dado econômico vem sendo combatida no plano internacional pelos tratados de direitos humanos e pelas diretivas e princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no plano interno pelas normas limitadoras da exploração desmedida e instituidoras de direitos, tais como a Constituição Federal (CF/88), leis esparsas e, principalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 44.

<sup>8</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego & direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 85.

<sup>9</sup> Em outubro de 2011 foi realizada Audiência Pública pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a temática da terceirização. Dela participaram, dentre outros grandes estudiosos, o Prof. Dr. Márcio Túlio Viana e o Prof. Dr. Ricardo Antunes. Certamente este é o melhor caminho para solucionar os problemas e paradoxos da terceirização. Audiência Pública – Terceirização. *Site do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia\\_publica/index3.html](http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html). Acesso em 16 out. 2011.

<sup>10</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações<sup>11</sup>.

A ideia da Administração de Empresas é centralizar o gerenciamento empresarial na atividade principal, deixando as atividades periféricas a cargo de outra empresa. Com isto, o ganho advirá do elevadíssimo foco no produto final, eliminando da gerência empresarial as distrações advindas das atividades de apoio, indispensáveis, também, para o alcance do objetivo-fim.

“Terceirização é o fenômeno da transferência de produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa, ou seja, é a descentralização das atividades da empresa<sup>12</sup>.” “A terceirização permite flexibilizar o processo produtivo. Trata-se da reorganização da produção com a focalização das atividades fins das empresas e a externalização das demais<sup>13</sup>.” A gestão do vínculo empregatício advindo das atividades de apoio fica a cargo de uma empresa interveniente, que assume toda a responsabilidade e fiscalização do serviço, *a priori*. A empresa compradora deste serviço, a tomadora, centralizará toda a força produtiva na atividade central.

Luciano Martinez afirma tratar-se de

um fenômeno da organização do processo produtivo caracterizado pela contratação de uma empresa de serviços para gerenciar as parcerias [...] Note-se que a tomadora de serviços alia-se à empresa gestora por mera conveniência, criando naturais turbacões na identificação das responsabilidades contratuais<sup>14</sup>.

A possibilidade de empregabilidade direta tem sido amesquinhada com o tempo e avanço da terceirização. Márcio Túlio Viana alerta:

[...] do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais<sup>15</sup>.

### 3 Conceito Jurídico de Terceirização

A doutrina trabalhista estabeleceu um conceito de terceirização a partir da análise dos elementos e características do fenômeno.

Terceirização é o fenômeno no qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista 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 justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente<sup>16</sup>.

Gabriela Neves Delgado conceitua terceirização como “instrumento facilitador para viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas<sup>17</sup>”. A terceirização, a princípio, não desarticula a existência do emprego. Este fica mantido com a empresa interveniente. Porém, há de se vislumbrar que as empresas intervenientes são, em geral e quase que integralmente, frágeis financeiramente. A sua existência baseia-se em auferir lucros de contratos de prestação de serviços firmados. As empresas de terceirização de serviços, em verdade, nada de material produzem, prescindem de matéria prima, dispensam ambiente de trabalho amplo para abrigar os obreiros e raramente possuem algum patrimônio, além da mobília do escritório no qual os contratos são formalizados.

Pois bem, o que se extrai deste contexto é a conseqüente lógica da precarização das garantias dos trabalhadores, pois há a transferência da responsabilidade de uma empresa economicamente sólida ou de um ente público para uma empresa que não possui, necessariamente, nenhum lastro econômico e cuja atividade não vai além de organizar a atividade de alguns trabalhadores e lhes repassar o valor que lhe seja pago pelo ente contratante dos serviços, o qual, ademais, não faz mesmo questão de saber se o valor pago

<sup>11</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996, p. 259.

<sup>12</sup> MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. Direito do trabalho. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

<sup>13</sup> LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho. São Paulo, v. 13, n. 01, p. 17 a 23, 2010.

<sup>14</sup> MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

<sup>15</sup> VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná, vol. 21, julho-dezembro 1996, p. 61 a 70.

<sup>16</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 428.

<sup>17</sup> DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo. São Paulo, LTr, 2003, p. 136.

vai, ou não, fragilizar o ganho dos trabalhadores, pois que vislumbra destes apenas o serviço prestado, sendo certo que considera, por óbvio, a utilidade de obter esse serviço pelo menor preço possível<sup>18</sup>.

Na periferia do capitalismo, no entanto, o avanço da terceirização significou o rebaixamento das condições de trabalho. Isso porque o setor público e as empresas privadas terminaram utilizando-se do expediente da terceirização para impor forte redução do custo de mão de obra<sup>19</sup>.

Ainda há aspectos negativos como “a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos”<sup>20</sup>.

Jorge Luiz Souto Maior informa que na França a intermediação de mão-de-obra é considerada, se houver finalidade de lucro da empresa prestadora, tráfico de mão-de-obra. Situação também intrigante, ainda segundo o mesmo autor, é a da Espanha. Naquele país a empresa prestadora deve ter patrimônio e meios compatíveis e próprios de contratação, inibindo a mera lucratividade da simples exploração de mão-de-obra terceirizada<sup>21</sup>. Como se vê, nem todo país capitalista e inserido na economia global, com sucesso, tem como padrão de relação jurídica a terceirização.

Na América Latina, em geral, houve um excesso permissivo da terceirização com consequências extremamente negativas, gerando a necessidade de retroceder e reestabelecer direitos e garantias antes previstos aos trabalhadores, como explicam Consuelo Iranzo e Jacqueline Richter<sup>22</sup>:

En América Latina, la regulación jurídica de las relaciones triangulares ha pasado por tres etapas bien diferenciadas. La primera se caracterizó por profundizar las restricciones patronales en el uso de estas figuras y reforzar las responsabilidades tanto de quien contrata al trabajador como de quien recibía el servicio. En casi todas las legislaciones se prohibieron las agencias lucrativas de colocación de trabajadores [...] En este período se construyó un Derecho del Trabajo de fuerte carácter protector. En la segunda etapa se abren las puertas para un uso ilimitado de esas figuras [...] Este es el período de la flexibilización laboral. El Derecho del Trabajo deja de tener como finalidad exclusiva la protección del trabajador para incorporar entre sus objetivos la productividad, competitividad y la generación de empleo. En la tercera fase que hemos denominado de “tensión entre protección y flexibilización” se comienza a retroceder en la flexibilización y se recuperan espacios para la protección [...] Además las reformas vuelven a limitar las contrataciones temporales e por tiempo determinado con lo que también se trata de frenar la expansión de la externalización<sup>23</sup>.

Na relação jurídica da terceirização existem dois tipos de contrato. O primeiro contrato é de prestação de serviços (natureza civil) entre a tomadora de serviços (contratante) e a empresa prestadora de serviços ou interveniente (contratada). O segundo contrato é o contrato de emprego (natureza trabalhista) entre a empresa interveniente e os trabalhadores/empregados.

Inicialmente, o direito do trabalho não se ocupou em regular a terceirização porque a empresa interveniente ocupava a função jurídica de empregador, conservando o liame empregatício. Em tese, os direitos trabalhistas estavam garantidos. Com o tempo, foram aparecendo os desvios e fraudes à legislação trabalhista propiciados pela terceirização, gerando uma demanda por solução jurisdicional do problema.

<sup>18</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 135.

<sup>19</sup> POCHMANN, Márcio. “O papel da terceirização da mão de obra”. Revista Fórum. Disponível em: [Http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id\\_artigo=543](http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543). Acesso em: 23 out. 2011.

<sup>20</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

<sup>21</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Revista Latinoamericana de Derecho Social. México, n. 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009, p. 165-166.

<sup>22</sup> IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 165.

<sup>23</sup> Na América Latina, a regulamentação jurídica das relações trilaterais passou por três etapas distintas. A primeira das fases caracterizou-se pelo aprofundamento da restrição do uso pelos empregadores e a ampliação da responsabilização de quem contratava o trabalhador e de quem recebia os serviços. Em quase todas as legislações foram proibidas as empresas intervenientes. [...] Nesse período, o Direito do Trabalho assumiu um forte caráter protetivo. Numa segunda etapa, a terceirização foi ampliada. [...] Esse é o período da flexibilização trabalhista. O Direito do Trabalho abandona a concepção protetiva do trabalhador para incorporar como objetivos a produtividade, competitividade e geração de emprego. A terceira fase é marcada pela tensão entre a proteção e a flexibilização, quando a flexibilização retrocede e ganha espaço o retorno protetivo. Além disso, as reformas voltam a limitar contratações temporárias e trabalho por tempo determinado, além de frear a externalização (forma de terceirização). (Tradução da articulista).

Até hoje não há uma norma específica sobre a terceirização, e as tentativas de implementar uma legislação tem sido infrutíferas, lamentavelmente.

4 Aspectos da Terceirização: Tratamento Jurídico e Caracterização Lícita e Ilícita

#### 4.1 Tratamento jurídico

Apesar de a terceirização trabalhista ser aplicada no Brasil há mais de três décadas não há uma norma que a regulamente de forma geral. “Como a legislação brasileira não proíbe nem regula as formas de exteriorização de mão de obra, as práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso de direito (modalidade de ato ilícito – art. 187 do CC)”<sup>24</sup>. A primeira legislação, no Brasil, que delineava a terceirização foi o Decreto Lei 200/1967. Amauri Mascaro Nascimento apresenta um breve histórico legislativo, apontando as principais normas a respeito:

Há leis que autorizam a terceirização: a empreitada (Código Civil, art. 610), a subempreitada (CLT, art. 455), a prestação de serviços (Código Civil, art. 605), a segurança bancária (Dec.-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966, e 1.304, de 1969), a vigilância ostensiva e o transporte de valores (Leis ns. 7.102, de 1983, 8.863, de 1994, e 9.017, de 1995), o fornecimento de mão de obra (Lei n. 8.039, de 1990, art. 15, § 1º), os serviços de telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997, art. 94), os serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública (Lei n. 5.645, de 1970, e Decreto n. 2.031, de 1996) e as cooperativas (CLT, art. 442, § único). Os serviços médicos são permitidos pela Súmula n. 282, do TST<sup>25</sup>.

A pressão do capital fomentou a alteração desta restrição e o Tribunal Superior do Trabalho, visando regular e organizar as inúmeras formas de terceirização que foram surgindo, editou a Súmula 331<sup>26</sup>.

#### 4.2 Terceirização: Lícita e ilícita

As hipóteses de terceirização ilícita são as não enquadradas naquelas previstas nas leis e na Súmula 331 do TST. A figura jurídica do vínculo empregatício deve ser protegida e valorizada, a edição de normas que possibilitam a terceirização em atividade fim é abusiva e limitadora de direitos sociais fundamentais. A situação torna-se, ainda mais abusiva e materialmente inconstitucional, quando o processo discursivo de formação da norma é realizado sem ampla publicidade, sem meios reais de participação popular efetiva.

A problemática, mais comum, na caracterização de licitude ou ilicitude na terceirização, é a distinção entre a atividade meio (terceirização lícita) e atividade fim (terceirização ilícita).

Atividade fim<sup>27</sup> é a ligada à finalidade da empresa, ao objetivo da produção empresarial ou prestação de serviço. Trata-se de atividade indispensável, sem a qual a própria empresa perde sua utilidade. É aquela atividade que acaso retirada do contexto empresarial impõe o fim da atividade.

Para análise da atividade fim o princípio da primazia da realidade deve ser amplamente utilizado, uma vez que evita fraudes ao arcabouço normativo protetivo, nos termos do artigo 9º da CLT<sup>28</sup>. É possível utilizar, através de um critério analógico, o art. 581, parágrafo 2º da CLT que traz uma boa definição de atividade fim: “Art. 581 [...] § 2º - entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”<sup>29</sup>. “Atividade meio é compreendida como aquela que se presta meramente a instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles”<sup>30</sup>. “As atividades-meio são aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante e atividades-fim são aquelas que coincidem”<sup>31</sup>.

Poucos autores ocupam-se de explicar porque a resistência em não se permitir a terceirização de atividade fim. Se acaso a atividade fim pudesse ser livremente terceirizada, nenhuma empresa contrataria mais empregados de forma direta, afinal a intermediação traz inúmeras vantagens, dentre as quais a inexistência, *a priori*, de passivo trabalhista.

<sup>24</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 511.

<sup>25</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

<sup>26</sup> Há toda uma história evolutiva jurisprudencial até a edição da Súmula 331 do TST.

<sup>27</sup> A atividade fim normalmente vem descrita no objeto do contrato social da empresa. Porém, com a diversificação das empresas e adequação ao mercado é possível que o contrato social esteja em desacordo com a atividade fim de fato, quando se oportuniza a aplicação do princípio da primazia da realidade à questão.

<sup>28</sup> Art. 9º da CLT - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL, 1943)

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 nov. 2011.

<sup>30</sup> MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

<sup>31</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

A busca pelo pleno emprego<sup>32</sup>, princípio constitucional (art. 170, VIII), e o princípio da continuidade da relação empregatícia estariam fadados à letra morta acaso pudessem ser terceirizadas atividades fim livremente. O argumento de que as empresas prestadoras de serviço possuem inúmeros contratos e que os obreiros apenas sairiam de um contrato e recairiam em outro, *permissa venia*, parece fantasiosa. Talvez algumas dessas empresas, em verdade, possuam inúmeros contratos de prestação de serviços. Porém, o empregado estaria sempre sujeito aos riscos da atividade econômica, quer seja a manutenção dos contratos de prestação de serviços de seu empregador, ou o êxito licitatório e a existência de novos contratos. E, uma das características do liame empregatício é a alteridade, que estaria sendo afrontada diuturnamente.

Em que pese os argumentos apresentados realçando o risco, alguns vislumbram outras possibilidades de terceirizar atividade fim na legislação extravagante, como se percebe no inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações. Entretanto, não é pacífico na jurisprudência e na doutrina<sup>33</sup> juslaboral se esta possibilidade seria constitucional. A seguir, dispositivo legal:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.<sup>34</sup>

Alguns vislumbram no citado dispositivo legal autorização expressa para terceirizar atividades fim no setor de telecomunicações. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho vem demonstrando através de vários acórdãos discordar do citado entendimento, conforme a seguir:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. O entendimento da quinta Turma e o majoritário desta Corte é de que é ilícita a terceirização da atividade-fim. Recurso de revista de que não se conhece. [...]

PROCESSO Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011<sup>35</sup>

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, há registro expresso quanto à culpa do ente público a ensejar sua responsabilização subsidiária. Incidência da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista não conhecido.[...]

PROCESSO Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.<sup>36</sup>

A interpretação da jurisprudência laboral acerca do referido e citado dispositivo é que “atividades inerentes, acessórias ou complementares” significa atividade meio. Desta sorte, é possível perceber que há uma clara tendência jurisprudencial balizada no entendimento recrudescido de que terceirização em atividade fim é ilícita, salvo expressa e inequívoca disposição normativa a este respeito.

De igual forma, deverá ser o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o art. 25, § 1º da Lei

<sup>32</sup> Sobre este princípio há um excelente trabalho acadêmico publicado no Compedi. SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. *Anais Compedi*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli\\_rego\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf)> Acesso em 08 out. 2011.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 19 nov. 2011.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066**. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 19 nov. 2011.

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018**. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 19 nov. 2011.

8.987/95 que versa sobre serviços de telefonia. Observamos que o texto desta lei é assemelhado e quase que idêntico ao texto da lei de telecomunicações. Esta identidade faz crer que a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho será a mesma utilizada para o setor de telecomunicações<sup>37</sup>.

Há outras possibilidades de terceirização da atividade fim, a exemplo: trabalho temporário, da empreitada na construção civil (art. 455 da CLT), indústria automobilística. Acerca do último exemplo, a indústria automobilística, ocorre comumente

a necessidade de contratação de empresas especializadas para a colocação, durante a produção e montagem dos veículos, de rádio, ar-condicionado, blindagem e demais acessórios. [...] Esta terceirização só pode ocorrer se não houver pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços<sup>38</sup>. Ainda que existam previsões de terceirização de atividade fim, a interpretação deve ser restritiva, uma vez que se trate de exceção. Entender de modo diverso implica subverter a ordem lógica, transformada o disposto excepcionalmente em regra.

#### 5 Responsabilidade na Terceirização

Com a finalidade corrigir as distorções na utilização da terceirização foram surgindo teorias para fundamentar a responsabilização da empresa cliente ou tomadora, mesmo que não seja ela a contratante ou empregadora dos trabalhadores. São muitos os fundamentos que justificam esta responsabilização, inclusive os metajurídicos, como os sociais.

O exame da responsabilidade civil do empregador depende da adoção do paradigma da solidariedade social que a Constituição assumiu como novo fator axiológico para a interpretação e aplicação do ordenamento. É a partir desse novo paradigma, que as relações privadas devem ser examinadas<sup>39</sup>.

O novo paradigma solidarista implica o reconhecimento do dano ao empregado causado pelo inadimplemento da empresa interveniente, através do contrato de prestação de serviços que firmou com a empresa tomadora, precisa ser reparado.

#### 5.1 Teoria da despersonalização da empresa e grupo econômico

O art. 10 e o art. 448 da CLT trouxeram a ideia de que a empresa é o empregador e de que as mudanças estruturais ou de propriedade não acarretam mudanças ao obreiro, que continua com direito à manutenção de suas condições laborais e tem os seus direitos adquiridos respeitados. Explica Luciano Martinez:

Observe-se que, com base em qualquer dos citados dispositivos, as transformações operadas não afetam a existência do empreendimento, tampouco os direitos de seus contratados. Nesse sentido há clara despersonalização empresarial, sendo minimamente relevantes para o contrato de emprego as alterações estruturais (mudança de sócios, conversão de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em uma sociedade empresária etc.) ou as mudanças na propriedade (alienação, cessão, fusão, cisão, incorporação etc.). Essas modificações podem ser praticadas em atendimento às conveniências do mercado, sem que em nada afetem os contratos de emprego em curso ou os direitos adquiridos pelos empregados<sup>40</sup>.

No direito do trabalho a proteção ao empregado, hipossuficiente da relação jurídico-trabalhista, não reside apenas na faceta principiológica. O artigo 2º da CLT reforça a ideia de despersonalização da empresa. Esta preconiza que a empresa ou atividade econômica desenvolvida é o empregador. Desta forma, a empresa tomadora ou contratante que assume em suas dependências físicas o corpo de empregados de outra empresa (a empresa prestadora de serviços) atrai para si a condição jurídica de empregador.

As empresas unidas (tomadora e prestadora) propiciam o alcance dos mesmos objetivos em parceria,

---

<sup>37</sup> O entendimento hermenêutico do TST é de que as Leis 8.987/95 e 9.472/97 não contêm, em seus textos, a autorização para terceirizar atividade fim. Porém, as concessionárias de serviços públicos não aceitam tal entendimento e têm utilizado todos os instrumentos jurídicos existentes para alcançar seu intento de terceirizar, livremente, as suas atividades fim. Como exemplo disto, cite-se a tramitação no STF da ADC nº 26 movida pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), cujo objetivo é ver declarado constitucional o art. 25, § 1º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995). O objetivo, claramente demonstrado, é de terceirizar atividades-fim, comercialização de energia elétrica. O pedido de liminar para obstar as ações civis públicas foi negado pelo Min. Ricardo Lewandowski. Há, também, a Reclamação nº 11256 STF que questiona se o Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais) viola a Súmula Vinculante nº 10 do STF ao afastar a incidência da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) e considerar ilegal a terceirização de atividade de *callcenter* sem analisar a inconstitucionalidade.

<sup>38</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 516.

<sup>39</sup> SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

<sup>40</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

através de um vínculo de cooperação ou coordenação<sup>41</sup>. Por este fundamento, a empresa cliente ou tomadora também seria responsável nas obrigações trabalhistas dos empregados da empresa intermediadora, pois ambas locupletam-se da força de trabalho dos obreiros envolvidos, conforme Art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 2º [...]

[...]

Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas<sup>42</sup>.

O conceito de grupo econômico foi alargado pela incidência do art. 3º, § 2º da Lei 5.889/73. Consoante aliteridade do citado dispositivo<sup>43</sup>, basta um vínculo de cooperação ou colaboração para formar o grupo econômico, ante a possibilidade de preservação da autonomia das empresas. Na terceirização, justamente, há autonomia entre a tomadora e a interveniente, ligadas pelo liame colaborativo ou de cooperação. Portanto, poder-se-ia aplicar tal dispositivo diante da lacuna normativa existente e fazer incidir a responsabilidade solidária na relação terceirizada.

A terceirização não é meio fácil de eximir o beneficiário da força de trabalho dos encargos trabalhistas que, incautos, apressam-se em apregoar. Ao contrário, tem a desvantagem de retirar do empresário o poder de comandar diretamente as atividades de apoio de sua empresa e obrigá-lo a responder pela eventual inadimplência do terceiro contratado<sup>44</sup>.

A terceirização não pode ser, por si só, um argumento para que não seja reconhecida a condição de grupo econômico.

## 5.2 Responsabilidade por ato de terceiro

Existe uma lacuna normativa acerca da responsabilidade na terceirização, o que atrai a aplicação do art. 8º da CLT<sup>45</sup>. Esta aplicação viabiliza que sejam utilizados, por analogia, os dispositivos referentes à responsabilidade civil no Código Civil de 2002, na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação especial trabalhista à terceirização. Esta proposta atende ao

[...] novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja mais abrangente possível<sup>46</sup>.

O tratamento da responsabilidade civil por ato de terceiro está localizado nos artigos 932, III<sup>47</sup>; 933<sup>48</sup> e 942 § único<sup>49</sup> do Código Civil de 2002<sup>50</sup> e deve ser aplicado por analogia à situação.

<sup>41</sup> Para a formação de grupo econômico rural pode estar preservada a autonomia empresarial. Art. 3º, § 2º da Lei 5.889/73: “Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda, quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.” (grifos nossos). (BRASIL, 1973)

<sup>42</sup> BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 nov. 2011.

<sup>43</sup> Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma delas autonomia, integrem o grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifos nossos) (BRASIL, 1973).

<sup>44</sup> CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 240.

<sup>45</sup> “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (BRASIL, 1943).

<sup>46</sup> SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

<sup>47</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

<sup>48</sup> Art. 933. 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. (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

<sup>49</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se Diké, Aracaju, vol. 03 n 01, jan/jul/2014, p.83 a 96, Agosto/2014 | <http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

Raimundo Simão de Melo enfatiza que os dispositivos citados impõem uma responsabilidade solidária passiva e objetiva:

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas conseqüências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (§ único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar danos a terceiros<sup>51</sup>.

O citado autor explica que a Súmula 331 do TST aplicou responsabilidade subsidiária em virtude de ter-se baseado nos artigos 1.521<sup>52</sup> e 1.523<sup>53</sup> do Código Civil de 1916, devendo o citado tribunal reformular sua súmula e adequá-la ao Código Civil de 2002, mais precisamente aos artigos 932, 933 e 942, aplicando a responsabilidade objetiva e solidária<sup>54</sup> em virtude da expressa e inequívoca previsão legal.

O contrato civil realizado entre a empresa tomadora e a empresa intermediadora não deve ser mote de lesões a terceiros, alheios à contratação, ou seja, os efeitos do contrato de prestação de serviço devem estar adstritos às partes. A empresa tomadora tem o dever jurídico contratual de escolher empresa intermediadora mais sólida financeiramente (idônea) para a realização do contrato de prestação de serviços, pois deve zelar para que as atividades oriundas da contratação não sejam lesivas aos não participantes do contrato. A doutrina civilista denomina estas obrigações de culpa *in eligendo*<sup>55</sup> e culpa *in vigilando*<sup>56</sup> e, também, conduta negligente<sup>57</sup> (culpa).

A escolha responsável da empresa intermediadora e a fiscalização são deveres jurídicos da empresa tomadora de serviços, e o descumprimento deve, irremediavelmente, acarretar responsabilidade para esta. A hipótese legal genérica está prevista no artigo 186 do Código Civil<sup>58</sup>, responsabilidade indireta ou responsabilidade por ato ilícito de outrem. Também há previsão específica para a intermediação temporária - Art. 16 da Lei 6.019 de 1974.

Se a terceirização no trabalho temporário prevê a possibilidade da aplicação da culpa extracontratual, o que se dizer da terceirização comum, a princípio indeterminada do ponto de vista do empregado da empresa prestadora de serviços. Não há sentido em se atribuir responsabilidade para algo efêmero e se pretender excluí-la de algo perene ou contínuo, uma vez que o sistema justralhista brasileiro é protetivo e garantista.

---

a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. (grifos nossos) (BRASIL, 2002)

<sup>50</sup>BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2011.

<sup>51</sup>MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 152.

<sup>52</sup> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522). IV Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores. V os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia. (BRASIL, 1916)

<sup>53</sup> Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. (BRASIL, 1916)

<sup>54</sup>MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 156.

<sup>55</sup> Culpa *in eligendo* – modalidade em que o agente não toma as cautelas necessárias para a escolha de uma coisa e de pessoa para exercer uma atividade. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

<sup>56</sup> Culpa *in vigilando* – modalidade em que o agente não fiscaliza uma atividade, própria ou de terceiro, com a cautela necessária. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

<sup>57</sup> Negligência – omissão de cautela a que uma pessoa está obrigada em face das circunstâncias em que é praticada a ação. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 728.

<sup>58</sup>Art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

Desta sorte, por analogia, podem ser aplicados os dispositivos do Código Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho ou da Lei de Trabalho Temporário à terceirização, e, todos os citados diplomas normativos contêm a previsão de aplicação da responsabilidade solidária.

Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexos de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição<sup>59</sup>.

O inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora tem duas raízes. A primeira funda-se na ausência de critérios sérios para escolha da empresa prestadora de serviços pela empresa tomadora. Se acaso fosse escolhida uma empresa de terceirização de serviços idônea, não haveria inadimplemento das obrigações laborais dos empregados terceirizados. A segunda raiz da inadimplência da empresa de terceirização é a ausência de fiscalização da execução do serviço contratado pela empresa cliente ou tomadora, pois, caso a vigilância do contrato houvesse sido bem feita, não haveria possibilidade de haver parcelas de qualquer natureza em aberto, mormente trabalhistas e previdenciárias.

Muitas vezes, a empresa tomadora de serviços utiliza a terceirização sem nenhum critério ou utilizando como tal apenas o valor cobrado pela empresa interveniente, ignorando os impactos e consequências deste ato para os trabalhadores contratados. É justamente nesta hipótese que se caracteriza a culpa extracontratual. A empresa tomadora, diante da citada culpa deverá responder, também, pelos danos causados.

Apesar dos argumentos citados, a posição da jurisprudência do TST é de que a responsabilidade será subsidiária. A responsabilidade solidária seria possível, somente, se há terceirização ilícita. Consoante dito, a terceirização lícita, havendo inadimplemento por parte da empresa de intermediação, ocorrerá a responsabilidade subsidiária<sup>60</sup> da tomadora de serviços e da prestadora. Na terceirização ilícita, forma-se o vínculo empregatício com o tomador de serviços, gerando responsabilidade solidária<sup>61</sup> entre este e a empresa intermediadora.

A ilicitude na terceirização destrói o vínculo empregatício com a empresa intermediadora e produz um vínculo empregatício direto com a empresa tomadora, ou cliente. A ilicitude na terceirização induz à responsabilidade solidária. A opção, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade solidária advém da lei ou da vontade das partes. A ideia de radicalidade desse posicionamento perde força quando se pesquisa a legislação<sup>62</sup> na América Latina em geral, consoante explica Graciela Bensusán<sup>63</sup>:

En materia de responsabilidad solidaria por parte de la empresa usuaria, algunos países siguen reglas más estrictas encaminadas a proteger mejor a los trabajadores, como cuando se establece ineludiblemente esta responsabilidad en casos em que la actividad subcontratada corresponda a las que normalmente desarrolla la empresa, tal como ocurre en Argentina, Panamá, Colombia y Venezuela. Incluso en el primero de estos países, la jurisprudencia establece desde 2002 que el trabajador puede optar libremente por demandar a su empleador, a la empresa con que la que aquél contrato o a ambos conjuntamente, lo cual se debió a la enorme dificultad que enfrentan los trabajadores ante la insolvencia de sus empleadores<sup>64</sup>.

<sup>59</sup>MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 155.

<sup>60</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. Vol II, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75, *in verbis*: “nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados.”

<sup>61</sup> Art. 264 do Código Civil. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. (BRASIL, 2002)

<sup>62</sup> A legislação sobre terceirização na América Latina, em geral, é extremamente protetiva. Citamos como exemplos legislativos relevantes sobre terceirização: Argentina (Lei 30/2003; arts. 30 e 136 da LCT (Lei do Contrato de Trabalho)); Paraguai (arts. 24 a 26 da Lei 213/93); Uruguai (Lei 18.098/2007; Lei 18.099/2007 e Lei 18.251/2008); Chile (Lei 20.123/2006 e art. 92 do Código de Trabalho Chileno) e Peru (Lei 27.626/2002; Lei 29.245/2008 e Decreto Legislativo 1.038/2008).

<sup>63</sup> BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 42.

<sup>64</sup> Em matéria de responsabilidade solidária da empresa tomadora, alguns países seguem regras mais restritivas e protetivas da classe trabalhadora quando a atividade terceirizada é normalmente desenvolvida na empresa, tal como ocorre na Argentina, Panamá, Colômbia e Venezuela. Inclusive, no primeiro país citado, a jurisprudência estabelece desde 2002 que o trabalhador pode escolher a quem processar, podendo optar pela empresa tomadora, a empresa interveniente ou ambas conjuntamente. Isto decorre do reconhecimento da grande dificuldade pela qual passa o trabalhador diante da insolvência de seus empregadores. (Tradução da articulista)

“Nos países da América Latina, a maioria dos instrumentos normativos que regulam as relações triangulares estabelece que a empresa tomadora tenha responsabilidade solidária sobre o trabalhador e deva responder pelos direitos trabalhistas”<sup>65</sup>. Há um claro descompasso entre o posicionamento de responsabilidade previsto no Brasil e o adotado na América Latina.

#### 6 Considerações Finais

Apesar da abrangência da proteção constitucional acerca dos direitos sociais, indubitavelmente, o principal destinatário são os menos favorecidos economicamente, uma vez que o atendimento de suas necessidades é um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>66</sup>, uma garantia de mínimo existencial<sup>67</sup>.

“Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de implementação da igualdade social dos hipossuficientes”<sup>68</sup>.

As políticas públicas, *lato sensu*, compreendem as prestações positivas estatais advindas dos poderes. E, cada um dos poderes, tem o dever de implantar em sua seara medidas de estímulo, preservação e adimplemento do Estado em relação ao hipossuficiente. No artigo 6º da Constituição da República são caracterizados como sociais direitos de cinco naturezas distintas: trabalhistas, previdenciários, econômicos, culturais e de segurança pública. E, no Texto Constitucional há artigos tratando destes assuntos, definindo e demarcando em que aspectos deve a política pública agir e beneficiar o hipossuficiente.

No art. 7º da Constituição da República, por excelência, encontram-se, minuciosamente tratados, os direitos trabalhistas. “Observa-se que, no trato dos direitos sociais individuais do trabalho, a Constituição foi extremamente generosa, tratando de açambarcar diversos dos direitos trabalhistas presentes na História jurídica nacional, criando, ainda, outros, em caráter inovador”<sup>69</sup>.

Apesar de encontrar, facilmente, autores na área jurídica e na Administração que alçam a terceirização à condição de solução de todo problema econômico e indispensável ao desenvolvimento e êxito empresarial, começam a surgir estudos em programas de mestrado<sup>70</sup> sobre empresas que aplicaram a terceirização e não obtiveram resultados satisfatórios. Chamada de primeirização a movimentação no sentido de retroagir a terceirização para as contratações diretas, no modelo tradicional bipolar empregatício. Não se trata, pois, a terceirização, de solução perfeita, tampouco de vetor decisivo para o sucesso econômico de uma empresa.

[...] Direito do Trabalho, emergente na fase da socialização do direito, prepondera a função instituidora de modelos socialmente adequados. Esse ramo especial do Direito insere regras não aplicadas espontaneamente pela comunidade, mas que, à luz da solidariedade entre os homens, devem ser observadas. [...] Não revela assentamento do que se praticava no rito social, mas, pelo contrário, intervém drasticamente, para cercear a prática vigente, transformando-s, em prol do avanço da própria sociedade. [...] O que deu particularidade a esse ramo do Direito é justamente o modo novo com que fez a regulação das relações de trabalho que, [...] implicou uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas, a qual “deixa de ser um ponto de partida do direito, para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica”<sup>71</sup>.

Tão complexo fenômeno, como o da terceirização trabalhista, deve ser analisado consoante os princípios

<sup>65</sup>FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA). Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em: <www.iela.ufsc.br.> Acesso em 12 out. 2011.

<sup>66</sup> “O homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.” KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 68.

<sup>67</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.

<sup>69</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 836.

<sup>70</sup> VEIGA JÚNIOR, Jorge. Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba. e LIMA NETO, Walmir Maia Rocha. Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.

<sup>71</sup> SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

inspiradores de nossa Constituição da República, sob pena de tornar os dispositivos protetivos constitucionais trabalhistas em instrumentos incapazes de realizar seu desiderato. Como bem ensinou Pontes de Miranda:

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios e que se precisa, ou se entende, devam ser cumpridos - o que é pior (...) no momento, sobre a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos para que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se algum ponto a nada serve, que se corte este pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem cumprir, nada saberemos. Nada sabemos, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangulá-la ao nascer<sup>72</sup>.

Portanto, pugna-se pela proteção e respeito às normas-princípios constitucionais, valorizando os direitos fundamentais sociais insculpidos pelo legislador originário, a fim de que sejam alcançados os objetivos propostos pela Constituição Federal e construirmos e que se construa uma sociedade justa e igualitária.

A terceirização trabalhista pode ser realizada dentro de parâmetros adequados à satisfação dos direitos sociais trabalhistas. A proteção jurídica prevista no Texto Constitucional e reforçada pelos dispositivos da CLT tornam imperiosa a responsabilização do tomador de serviços e do intermediador pela exploração da mão de obra, inadimplência da empresa de terceirização e demais desvios e ilegalidades na terceirização.

A interpretação sistemática das normas tratadas favorece o entijecimento da responsabilidade na terceirização, além da demonstrada tendência na América Latina em reforçar o conteúdo protetivo do contrato de trabalho frente às tentativas de precarização e flexibilização. O recrudescimento da responsabilidade gera como consequência a adequação das empresas prestadoras e maior acuidade dos tomadores de serviços. Isto contribui para evitar ilicitudes, fraudes e descumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Audiência Pública – Terceirização. Site do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia\\_publica/index3.html](http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html). Acesso em 16 out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n° 20, Diciembre 2007.

BRASIL. Lei 3.071 de 1° de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 5.452 de 1° de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 5.889 de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n° 8, de 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n° TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018**. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 12 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo n° TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066**. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 12 out. 2011.

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

<sup>72</sup>MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com emenda n° 1 de 1969. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.

- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo. São Paulo, LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- \_\_\_\_\_. Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
- FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA). Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em: [www.iela.ufsc.br](http://www.iela.ufsc.br). Acesso em 12 out. 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de direito civil. Vol. 02, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRISOLIA, Julio Armando. Manual de Derecho Laboral. 7º ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- HORCAIO, Ivan. Dicionário jurídico referenciado. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.
- IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejoconsultivo laboral andino, nº 20, Diciembre 2007.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.
- KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2003.
- LIMA NETO, Waldir Maia Rocha. Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.
- LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho. São Paulo, vol. 13, nº 01, p. 17 a 23, 2010.
- MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. Direito do Trabalho. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- POCHMANN, Márcio. “O papel da terceirização da mão de obra”. Revista Fórum. Disponível em: <[http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id\\_artigo=543](http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543)>. Acesso em: 23 out. 2011.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996.
- SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. Anais Compedi. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli\\_rego\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf). Acesso em 08 out. 2011.
- SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. Revista LTr. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Relação de emprego & direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- \_\_\_\_\_. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.
- \_\_\_\_\_. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Revista Latinoamericana de Derecho Social. México, nº 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Diké, Aracaju, vol. 03 n 01 , jan/jul/2014, p.83 a 96, Agosto/2014|<http://www.seer.ufs.br/index.php/dike>

**CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO  
TRABALHISTA**

ISSN ELETRÔNICO 2237-2040

96

VEIGA JÚNIOR, Jorge. Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná, vol. 21, p. 61 a 70, julho-dezembro 1996.

Publicado no dia 06/08/2014

Recebido no dia 26/07/2013

Aprovado no dia 29/07/2013