

TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA: EM BUSCA DE NOVOS PARÂMETROS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Luísa Lacerda*

INTRODUÇÃO

A década de 1970, com o recrudescimento da corrente ultraliberal da análise da economia, foi marcada pela tentativa de desconstrução do primado do trabalho e emprego. A permanência do trabalho e, principalmente, do emprego no centro da organização da vida econômica inviabilizaria a aplicação do modelo de império do mercado econômico, estruturado pelo pensamento neoliberal¹.

A crise capitalista de 1973, quando eclodiu o choque do petróleo, trouxe também a crise do modelo fordista e o desmontamento do sistema toyotista de gestão da força de trabalho, marcado pela substituição da rigidez pela flexibilidade. Enquanto o fordismo pressupõe a existência de grandes massas de trabalhadores vinculados a funções pouco especializadas, propondo uma minuciosa separação de tarefas e uma integração vertical entre as empresas, o toyotismo, dominado pela crescente inovação tecnológica, visa elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiência de demanda no mercado consumidor, organizando as empresas de forma horizontalizada e descentralizada, em rede de empresas prestadoras de serviço. Na organização fordista/taylorista, a empresa concentrava todas as atividades sob sua responsabilidade, assim como organizava seus trabalhadores sob sua dependência e seus comandos diretos. No modelo toyotista, o empregado é marcado pela ideia de multifuncionalidade, atribuindo ao mesmo trabalhador maior número de tarefas e de funções, enquanto a empresa preocupa-se apenas com sua atividade principal, delegando a prestadoras de serviço suas atividades periféricas.

* *Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro; advogada.*

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007. p. 31.

DOCTRINA

Os impactos dessa nova forma de gestão sobre o mercado de trabalho foram profundos. Com o objetivo principal de redução de custos, o trabalho se tornou algo desimportante na nova estrutura e na nova dinâmica do capitalismo e o emprego um inevitável – pelo menos de acordo com o pensamento liberal – anacronismo².

O fenômeno da terceirização surge justamente nesse cenário. Como forma de gestão empresarial, a terceirização pode ser entendida como o processo pelo qual há a transferência de serviços ou atividades especializadas, que seriam originariamente executadas dentro da própria empresa, para terceiros que detenham melhores condições técnicas de realizá-las. Construiu-se, portanto, um modelo de “empresa enxuta”, que estaria preocupada apenas com sua atividade-fim, delegando para outras empresas os serviços secundários e acessórios.

No entanto, devemos ressaltar o seguinte aspecto: enquanto que, mundialmente, o maior argumento para utilização da terceirização é o aumento da competitividade das empresas por meio da flexibilização da produção e aumento da qualidade dos produtos, no Brasil, o maior argumento apresentado pelo empresariado é a redução de custos, que acaba se transformando, ou transparecendo, o principal objetivo desta prática.

Por meio de um simples cálculo matemático, podemos perceber as consequências desse raciocínio. A terceirização implica necessariamente em exercício de atividade econômica por outra empresa, uma vez que os serviços anteriormente realizados dentro da “fábrica” são agora delegados a terceiros. Essa outra empresa, evidentemente, buscará o lucro, uma vez que exerce atividade empresarial. Assim, além do gasto com os empregados dessa empresa, deverão ser pagos os lucros e os custos operacionais da empresa interposta. Matematicamente, é impossível a redução dos custos, senão por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas.

O cálculo acima nos mostra que a terceirização muitas vezes é usada para camuflar a existência de uma intermediação de mão de obra, que nada mais é do que o mero fornecimento de mão de obra por meio de uma empresa intermediadora com o objetivo de subtrair direitos trabalhistas. É o costume da *marchandage*, surgido no início da Revolução Industrial e proibido na França desde 1848 pelos incontestáveis prejuízos que traz ao trabalhador. Nessa modalidade, não há a transferência de atividades periféricas para empresas especializadas, mas a locação de uma mão de obra não especializada, que, apesar de contratada formalmente pela intermediadora, é gerida pela tomadora.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo... op. cit.*, p. 32.

A distinção entre a prática da terceirização e da intermediação de mão de obra é de extrema importância, uma vez que causa diferentes consequências para os trabalhadores, devendo haver, portanto, diferentes responsabilidades dos agentes envolvidos.

TERCEIRIZAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA – PARÂMETROS DIFERENCIADORES

Muitas vezes será tênue a linha entre terceirização e intermediação de mão de obra se tivermos em mente o parâmetro nebuloso atualmente utilizado pela Súmula nº 331 do TST de atividade-meio e atividade-fim. Na prática, a identificação do que é nuclear e o que é acessório em uma empresa é tarefa difícil para os operadores do direito que, por vezes, não têm conhecimento técnico sobre a atividade desenvolvida, não podendo, portanto, aferir a importância de determinado serviço para a essência da empresa. A consulta aos documentos societários da entidade empresarial também não nos oferece resposta, uma vez que são listadas inúmeras atividades, de grande abrangência, tornando tarefa árdua a identificação de sua atividade nuclear. Além do mais, estando presentes a subordinação e a pessoalidade em uma atividade-meio, estará caracterizada a intermediação de mão de obra.

Portanto, a resposta sobre estarmos diante de terceirização ou intermediação será encontrada na análise, principalmente, de existência de subordinação entre o empregado da terceirizada e a empresa tomadora, assim como na especialização da empresa contratada.

Devemos lembrar que, modernamente, não se fala apenas em subordinação jurídica, marcada, principalmente, pelo controle direto sobre o modo de prestação dos serviços, mas também em uma outra dimensão: a subordinação estrutural. A nova organização do trabalho exige uma análise mais aprofundada, com atenção para a inserção objetiva do trabalhador na essência da atividade empresarial, pouco importando se receba ou não suas ordens diretas, mas se a mesma o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento³.

Se o serviço prestado se insere na organização produtiva da empresa, obviamente não haverá autonomia na sua execução, já que a responsável por organizá-la será a empresa contratante, que tem esse serviço como essencial à realização de sua atividade, o que revela que aquele trabalhador está estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador.

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 294.

Na busca por melhores parâmetros para diferenciar a terceirização da intermediação, Rodrigo de Lacerda Carelli apresenta um feixe de elementos a ser observado, na prática, para tentarmos identificar a ocorrência de intermediação de mão de obra. Ele ressalta que nenhum desses elementos é por si só determinante, devendo haver uma convergência para a verificação ou não de fraude⁴.

Os componentes do feixe de indícios – ou elementos – são os seguintes: 1) organização do trabalho pela contratante (gestão do trabalho); 2) falta de especialidade da empresa contratada (*know-how* ou técnica específica); 3) detenção de meios materiais para a realização dos serviços; 4) realização de atividade permanente da tomadora, dentro de estabelecimento próprio da contratante; 5) fiscalização da execução do contrato pela contratante; 6) ordens e orientações procedimentais por parte da contratante; 7) prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato; 8) remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores; 9) prestação de serviços para uma única empresa tomadora; e 10) realização subsequente de um mesmo serviço por empresas distintas, permanecendo os mesmos trabalhadores. Segundo o autor, esses indícios podem ser reduzidos a apenas três, que serão mais detidamente analisados a seguir: (i) gestão da mão de obra pela tomadora, (ii) especialização da prestadora do serviço e (iii) prevalência do elemento humano no contrato⁵.

1 – Gestão do trabalho pela tomadora de serviços

A gestão do trabalho indica a existência de subordinação jurídica do empregado da terceirizada com a empresa tomadora.

Apesar de a subordinação, no caso da terceirização, não derivar do contrato de trabalho, já que se procura velar o vínculo de emprego por meio de uma empresa interposta, a gestão do trabalho, ou seja, a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado indica, por aplicação do princípio da primazia da realidade, a ocorrência de intermediação de mão de obra. O motivo é claro: se a empresa contratante confia parte de suas atividades a outra empresa que possui maior especialização naquela área, de acordo com os propósitos da terceirização, não faz sentido que haja fiscalização do trabalho por parte da tomadora, que terá, inclusive, incapacidade técnica para tanto. Ressalta-se, aqui, que não nos referimos à fiscalização do resultado do trabalho, que é plenamente possível, mas da forma como esse trabalho é

4 LE GOFF, Jacques. *Droit du travail et société*. 1- Les relations individuelles de travail. Paris: Presses Universitaires de Rennes, 2001. p. 157 *apud* CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 124.

5 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 124, 125.

executado, o que cabe exclusivamente ao verdadeiro empregador, ou seja, à empresa terceirizada. Verificando a existência de subordinação direta com a contratante, é clara a existência de uma interposição de empresa para fuga do vínculo jurídico empregatício direto com os trabalhadores⁶.

Devemos estar atentos, nesse elemento, ao conceito de subordinação estrutural. Dessa forma, é dispensável que se verifique se o empregado da terceirizada recebe ou não ordens da empresa tomadora. A constatação de que aquela atividade está inserida na estrutura da empresa é suficiente para caracterizar a subordinação com a tomadora.

Assim, é forte indício de ocorrência de intermediação de mão de obra a indicação, nos contratos, da quantidade de trabalhadores e quais funções deverão exercer, já que caberia à empresa contratada organizar a maneira como o serviço seria prestado. Da mesma forma, não pode a empresa contratante determinar o horário de trabalho de empregados que não são seus, muito menos a realização de horas extras, já que isso caracteriza forte interferência no trabalho desenvolvido⁷.

2 – Especialização da empresa contratada

Elemento indispensável à caracterização da terceirização é a especialização da empresa contratada na atividade a ela delegada. Esse elemento decorre do próprio conceito de terceirização, que pressupõe a entrega de atividades a empresas especializadas naquele ramo específico para que a tomadora possa se concentrar em suas atividades nucleares.

A empresa contratada precisa deter um saber-fazer (*know-how*) específico, distinto daquele que detém a contratante e imprescindível para a realização das tarefas terceirizadas⁸. Essa especialização deve ser diferente daquela detida pela tomadora e seus empregados diretos ou, pelo menos, de uma qualidade tão superior que justifique a terceirização da atividade, pois se a empresa possui maior ou igual especialização em determinada área não haveria motivos para utilizar a terceirização.

Essencial também que a empresa contratada detenha os meios materiais para realização dos serviços. Uma empresa terceirizada que utiliza o maquinário da tomadora representa forte indício de intermediação de mão de obra,

6 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 125.

7 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 125, 128.

8 LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, p. 156 *apud* CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 136.

já que demonstra que quem possui capacidade técnica é a contratante, sendo a contratada necessária apenas para fornecer a mão de obra necessária à realização da atividade.

3 – Prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços

Devemos verificar também, no caso concreto, se o contrato firmado entre terceirizada e tomadora se cumpre com o mero emprego de mão de obra, ou se há necessidade de um conhecimento técnico específico da contratada, com o uso de uma estrutura de apoio operacional e de meios materiais próprios para a execução do trabalho⁹. No primeiro caso, estaremos diante de um indício fortíssimo de intermediação de mão de obra.

Nesse sentido, deve-se analisar como foi estipulada a remuneração da suposta prestação de serviços: se estivermos diante de um simples cálculo baseado no número de trabalhadores que serão postos à disposição da contratante, seus respectivos salários e demais encargos sociais, estará, muito provavelmente, desvirtuada a terceirização.

Outro fator a ser observado é a permanência de trabalhadores laborando para a contratante, realizando o mesmo trabalho, nas mesmas funções, mesmo após o fim do contrato com determinada empresa prestadora de serviços e a contratação de uma outra empresa. Esse fato comprova a existência de personalidade e de subordinação na prestação de serviços, que torna aquele trabalhador essencial à estrutura da empresa¹⁰.

Apesar de ser forte indício de ocorrência de fraude na terceirização, observamos esse cenário diuturnamente, em especial nos órgãos e nas entidades públicas, nos quais as empresas de atividade de limpeza e conservação, portaria e vigilância se sucedem, mas os trabalhadores continuam os mesmos. Pela necessidade de realização de licitação, a Administração Pública não pode escolher quem lhe prestará o serviço e, muitas vezes, a empresa que é atualmente responsável por determinada atividade não consegue vencer a licitação subsequente.

No entanto, a chegada de uma nova empresa não significa a chegada de novos trabalhadores, que permanecem nos mesmos lugares mudando apenas de uniforme. Seja pela confiança gerada pelos antigos trabalhadores, seja pelo conhecimento prático adquirido, muitas vezes a Administração deseja a

9 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 139.

10 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 142 e 143.

permanência dos trabalhadores do contrato anterior. Esses trabalhadores são obrigados, então, a rasgar seus contratos com a antiga empresa para serem contratados pela empresa vencedora da licitação, e são muitas vezes coagidos a pedirem demissão ou, quando são demitidos, não recebem as verbas rescisórias devidas, uma vez que essas empresas não costumam ter patrimônio razoável para efetuar o pagamento dessas parcelas.

Isso demonstra, além da pessoalidade e da subordinação na prestação desse tipo de serviço, a dependência econômica dessas empresas em relação à Administração Pública, além de sua fragilidade estrutural. Em geral, essas empresas não mantêm contratos com muitas tomadoras, o que torna impossível a realocação desses empregados em outros contratos.

Outro indício de intermediação é a presença, no contrato de prestação de serviços, de cláusulas relativas a exigências pessoais quanto aos trabalhadores da contratada, que deverá contratar seus empregados segundo padrões específicos da própria contratante. Isso demonstra que o que interessa para a contratante é a mão de obra da contratada, e não a sua especialidade¹¹.

TERCEIRIZAÇÃO, INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: LADOS DA MESMA MOEDA?

Como bem argumenta Maria da Graça Druck de Faria¹², não podemos contrapor redução de custos e qualidade, produtividade e competitividade, uma vez que, para atingir os novos padrões de competição nacional e internacional, o “tripé” custos, qualidade e produtividade é a principal sustentação do modelo. No entanto, como já foi afirmado no presente trabalho, a prática brasileira de terceirização tem priorizado, quase que exclusivamente, a redução de custos como forma de adquirir a competitividade necessária, o que acaba por sacrificar os direitos dos trabalhadores, como será analisado a seguir.

É importante observarmos que grande parte dos estudos e pesquisas apontam a terceirização como a responsável por essas consequências. Isso acontece porque a distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra é uma construção essencialmente jurídica, enquanto que esses trabalhos são elaborados, em sua maioria, por sindicatos, sociólogos, economistas e estatísticos.

11 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 146.

12 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia*, set. 1995. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995. p. 145.

ticos. Assim, os dados que são apontados em estudos sobre terceirização serão aqui utilizados para ilustrar a precarização causada pelo uso da intermediação de mão de obra.

1 – Subtração de direitos dos trabalhadores

A subtração de direitos dos trabalhadores intermediados é consequência lógica do principal motivo para utilização da intermediação de mão de obra: a redução de custos. A partir do momento em que uma empresa repassa a outra a contratação de trabalhadores, a diminuição nos custos só pode vir por meio do sacrifício aos seus direitos, uma vez que, além de arcar com as despesas relativas à contratação (salários, FGTS, férias, etc.), deve arcar também com o lucro do intermediador. Dessa forma, a única maneira de essa conta significar redução de custos para a empresa tomadora é por meio da subtração de direitos trabalhistas.

Um estudo realizado, em setembro de 2011, pela Subseção do DIEESE/CUT Nacional, pela Secretaria de Relações do Trabalho da CUT e pela Secretaria de Saúde da CUT revela que em dezembro de 2010 a remuneração dos trabalhadores terceirizados – que são, na verdade, intermediados – foi 27,1% menor que a dos empregados tipicamente contratados. Além disso, o nível salarial desses trabalhadores está concentrado em faixas salariais menores, enquanto que os empregados diretos da tomadora estão mais distribuídos nas diversas faixas salariais, alcançando patamares salariais muito distantes da realidade de um trabalhador intermediado¹³.

Em relação à jornada de trabalho, esse grupo de trabalhadores realiza, formalmente, uma jornada de três horas a mais semanalmente. Dizemos “formalmente” porque esses dados não levam em conta as horas extras ou o banco de horas realizados que não são objeto do levantamento realizado pelo MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) e que, de acordo com o relatado pelos dirigentes sindicais, são maiores e mais intensos entre os terceiros. De acordo com o referido estudo, se a jornada dos trabalhadores intermediados fosse igual à jornada de trabalho daqueles empregados contratados diretamente, seriam criadas cerca de 801.383 vagas de trabalho¹⁴.

13 Dados retirados de Subseção DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. p. 6.

14 Dados retirados de Subseção DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf> Acesso em: 20 mar. 2014.

Os dados relativos ao tempo de emprego revelam a alta rotatividade dos terceirizados – 44,9% contra 22% dos diretamente contratados. Esse fato tem uma série de consequências para o trabalhador, que alterna períodos de trabalho e períodos de desemprego, resultando na falta de condições para organizar e planejar sua vida, inclusive para projetos pessoais, como formação profissional¹⁵. Além disso, muitos não conseguem nem ao menos completar um ano de tempo de serviço em uma mesma empresa, não podendo nunca gozar de seu direito a férias, o que causa prejuízos à sua saúde física e mental.

Observamos não só perdas salariais, mas também de benefícios. Em geral, os terceirizados não possuem benefícios como vales-refeições, assistência médica, participação nos lucros e resultados, além de outros. Verifica-se, ainda, diminuição de cerca de 70% dos benefícios sociais¹⁶.

Esses trabalhadores enfrentam dificuldades não só durante a execução do contrato de trabalho, mas também no momento de sua extinção, uma vez que as empresas terceirizadas muitas vezes desaparecem e os trabalhadores não recebem as verbas resilitórias devidas. Assim, além do desemprego repentino, esses trabalhadores precisam lidar com a falta de pagamento e com a baixa perspectiva de regularização da situação, já que o atual sistema de responsabilização da tomadora não é suficiente para garantir seus direitos.

Observa-se que essa consequência não é exclusiva da intermediação de mão de obra, apesar de preponderante, uma vez que atinge também a terceirização considerada lícita.

2 – Precarização do meio ambiente de trabalho

Uma das maiores repercussões da precarização das relações de trabalho causada pela intermediação de mão de obra é identificada nas condições ambientais e de segurança no trabalho. Nesse aspecto, essa prática está associada, em cerca de 32% dos casos, à ausência de equipamentos de proteção individual, menos segurança e maior insalubridade¹⁷. Além disso, estima-se que quase a metade das empresas contratadas não oferece programas de treinamento a seus empregados.

Verifica-se uma elevada incidência de acidentes de trabalho graves e fatais entre os trabalhadores intermediados. Estima-se que, de cada 10 acidentes de trabalho ocorridos no Brasil, oito são registrados nas empresas intermediadas,

15 *Idem, ibidem*. p. 6.

16 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 172.

17 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 148.

e, nos casos em que o acidente resulta em morte, quatro entre cinco ocorrem nas empresas fornecedoras de mão de obra¹⁸.

No setor elétrico, mais da metade da força de trabalho é intermediada, e a incidência de mortes no trabalho para esses trabalhadores supera em três vezes a dos empregados contratados diretamente pela empresa tomadora. No ano de 2008, a taxa de mortalidade da força de trabalho do setor elétrico foi de 32,9 mortes por grupo de 100 trabalhadores. Para os intermediados, a taxa ficou em 47,5 contra 14,8 para os empregados do quadro próprio das empresas¹⁹.

Estudo realizado em 2010 pela subseção do DIEESE do Sindieletrô Minas Gerais confirma a situação de maior vulnerabilidade dos trabalhadores terceirizados: o número de trabalhadores acidentados nas empresas contratadas é quase o dobro dos trabalhadores diretos²⁰.

Dados da Federação Única dos Petroleiros da CUT indicam que de 1995 a 2010 foram registradas 283 mortes por acidentes de trabalho no sistema Petrobras, das quais 228 ocorreram com trabalhadores intermediados, além do número também elevado de mutilações e adoecimentos. Somente em agosto de 2011, oito trabalhadores dos quadros das contratadas morreram vítimas de acidentes de trabalho²¹.

Além do elevado índice de mortes e acidentes do trabalho, outro fator ligado à precarização do meio ambiente do trabalho nas empresas intermediadoras de mão de obra é o não pagamento ou pagamento a menor dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno.

3 – Ruptura do sistema protetivo trabalhista

Para a compreensão desse tópico, é necessário lembrarmos a clássica distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico, abrangendo todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer identificada em trabalho humano. É, portanto, gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existentes no mundo atual, como a relação de emprego, o trabalho autônomo, o estágio, o trabalho voluntário, o trabalho avulso, etc.²².

18 Gazeta do ES, 2005 *apud* de Subseção DIEESE – CUT Nacional. Acesso em: 21 mar. 2014. *Op. cit.*, p. 14.

19 Dados retirados da página *online* da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=3859>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

20 Subseção DIEESE – CUT Nacional. *Op. cit.*, p. 15. Acesso em: 21 mar. 2014.

21 Subseção DIEESE – CUT Nacional. *Op. cit.*, p. 15. Acesso em: 21 mar. 2014.

22 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 275.

Já emprego é apenas uma espécie da relação de trabalho, correspondendo a um tipo legal específico.

A distinção entre as duas modalidades é essencial no tocante à proteção conferida aos trabalhadores que se encontram em cada situação, uma vez que, caracterizada a relação de emprego, incidirá todo o sistema de garantias asseguradas pelo Direito do Trabalho. Isso não quer dizer que os outros trabalhadores estejam completamente desprotegidos, dado que o sistema jurídico-trabalhista – especialmente depois da EC nº 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para as causas oriundas das relações de trabalho – também se ocupa dos vínculos por elas estabelecidos. Alguns direitos trabalhistas, como o meio ambiente de trabalho saudável, são conferidos a todo e qualquer trabalhador, independentemente da relação jurídica estabelecida.

No entanto, o sistema jurídico-trabalhista é baseado nas figuras empregado-empregador, que formam a espinha dorsal do Direito do Trabalho²³. A partir das definições dos arts. 2º e 3º da CLT, reconhece-se a relação jurídica empregatícia e se assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas, conferindo a devida proteção ao empregado que é, naturalmente, parte hipossuficiente da relação²⁴. A intermediação de mão de obra, ao colocar um intermediário entre esses dois polos, rompe esse liame, destruindo todas as garantias conquistadas pelo trabalhador no decorrer de séculos de luta.

Com a intermediação de mão de obra, o trabalho é tratado como uma mera mercadoria abundante e descartável para aquele que se apropria da força de trabalho – o tomador de mão de obra, que pode dispensá-lo sem qualquer ônus, e também para o intermediador, que, apesar de manter um vínculo jurídico-trabalhista formal com esses trabalhadores, sempre encontra no mercado outros trabalhadores dispostos a cederem sua força laboral.

4 – Segregação, discriminação e exclusão social

A afirmação do valor do trabalho nas principais economias capitalistas ocidentais desenvolvidas foi um dos mais notáveis marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo. Por meio dessa afirmação, o sistema capitalista pôde incorporar as grandes massas populacionais à sua

23 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 162.

24 Não falamos aqui em uma hipossuficiência ou inferioridade pessoal, cultural ou educacional, mas aquela determinada pela relação jurídica, já que o empregado vive constantemente em busca da permanência da relação de emprego, pois não pode prescindir daquele trabalho para sua sobrevivência e da sua família, precisando, portanto, submeter-se ao feixe de obrigações, ordens e orientações impostas por seu empregador.

dinâmica operativa, segundo um padrão de desenvolvimento econômico e distribuição de riquezas²⁵.

Ao mesmo tempo em que o emprego é importante instrumento de inclusão na sociedade capitalista, do ponto de vista econômico e social, é também veículo de afirmação individual, familiar, social e econômica desses indivíduos, uma vez que sua posição perante o trabalho exerce grande influência nas suas relações sociais.

Podemos identificar claramente a segregação, discriminação e exclusão social causadas pela intermediação de mão de obra, que, ao dividir, desintegrar, diferenciar e fragmentar o trabalho, cria um abismo entre os trabalhadores que permanecem contratados como efetivos na empresa tomadora e os subcontratados, que, principalmente por viverem em condições muito precárias de trabalho, são tratados como trabalhadores de segunda classe²⁶. Os empregados das tomadoras tendem a construir uma elite, enquanto que os intermediados, com os quais trabalham lado a lado e, muitas vezes, realizando a mesma função, são considerados desclassificados, desprovidos de direitos elementares que o trabalho assalariado deveria garantir²⁷.

Uma das formas mais comuns de discriminação e segregação pelas empresas que se utilizam de mão de obra intermediada é a delimitação de espaços diferenciados, que pode ser física ou, como ocorre na maioria das vezes, por meio de identificações, como uniformes ou crachás²⁸. Essa distinção entre os empregados efetivos e os intermediados não é utilizada como mera distinção de funções, mas como geradora de diferentes *status* dentro da mesma empresa²⁹.

Maria da Graça Druck³⁰ defende que as diferenças de tratamento também se tornam evidentes quando se examina, por exemplo, as medidas de conforto e higiene adotadas na área da empresa contratante. Na imensa maioria dos casos, os funcionários intermediados não utilizam os mesmos banheiros ou vestiários que os empregados das contratantes, utilizando áreas próprias cedidas pela tomadora ou *containers* e sanitários provisórios. As refeições, em geral, também são feitas em locais separados, em refeitórios compartilhados pelos empregados da subcontratada.

25 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo... op. cit.*, p. 120.

26 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 223, 224.

27 *Idem, ibidem.* p. 222, 224.

28 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização... op. cit.*, p. 207.

29 *Idem, ibidem.* p. 209.

30 FARIA, Maria da Graça Druck de. *Op. cit.*, p. 201.

DOUTRINA

Todos esses fatores atingem não só as questões financeira e de saúde do trabalhador, mas os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, em relação ao seu aspecto de vedação à discriminação, que exigem que seja respeitado o mínimo necessário quanto a condições e direitos trabalhistas que possibilitem a vivência digna do indivíduo e de sua família. Sendo todos iguais em dignidade, deve ser concedido o mesmo tratamento a todo trabalhador, independentemente de sua condição de empregado efetivo ou de subcontratado, sendo vedada, obviamente, a sujeição desses últimos a tratamentos humilhantes, vexatórios e degradantes.

5 – Fragmentação da classe trabalhadora

A primeira observação referente à consequência de fragmentação da classe trabalhadora é que ela está presente não só na intermediação de mão de obra, que apresenta todas as outras consequências nefastas aos trabalhadores, mas também na terceirização.

No entanto, apesar de não ser exclusiva, essa característica é ainda mais marcante na intermediação de mão de obra, que traz para o interior da fábrica trabalhadores com altos índices de rotatividade, menor qualificação e piores condições salariais e de trabalho, estabelecendo um conflito de culturas com os empregados efetivos da contratada. Esses trabalhadores são reunidos pelo trabalho que realizam, já que, em grande parte dos casos, realizam as mesmas funções, mas separados pelas entidades profissionais a que pertencem, pelas empresas que os contratam e pelas condições em que realizam seu trabalho³¹. No caso da terceirização, é mais incomum o trabalho realizado dentro do estabelecimento da tomadora, o que impede a multiplicação de sindicatos no espaço de uma mesma empresa. Além disso, como os trabalhadores da terceirizada desempenham tarefas especializadas, não desenvolvidas, ou desenvolvidas em qualidade muito inferior, pela empresa contratante, sua representação sindical será de fato diferente da dos trabalhadores pertencentes ao quadro da tomadora, evitando o conflito de representatividade.

Esse efeito é resultado da forma de organização sindical brasileira e da própria estrutura da terceirização, que coloca, lado a lado, no mesmo local de trabalho, funcionários vinculados juridicamente a diferentes empresas. Como a organização sindical no Brasil é por categoria, definida como o conjunto de empregados que, em virtude do exercício de trabalho ou profissão iguais, similares ou conexas, possuem interesses jurídicos e econômicos próprios ou coincidentes, a representação sindical é baseada na atividade econômica do

31 *Idem, ibidem*. p. 227.

empregador. Assim, no caso dos trabalhadores terceirizados e intermediados, o sindicato representativo da categoria será aquele referente à atividade econômica da empresa que os contrata, e não daquela em que efetivamente exerce suas funções, fazendo com que convivam no mesmo espaço fabril múltiplas entidades sindicais, com posições ideológicas das mais diversas.

Tem-se, portanto, um quadro de completa desunião dos trabalhadores, que, sem força coletiva e cada vez mais individualizados e rivalizados, passam a defender direitos diversos, em condições diferentes, reduzindo a solidariedade e a coesão social e trazendo ainda mais precarização das condições de trabalho.

Assim, será necessária uma reforma em nossa organização sindical a fim de que seja possível romper com a barreira social que separa os trabalhadores contratados pelas empresas tomadoras e aqueles contratados pelas empresas terceirizadas e intermediadas, estruturando um sindicalismo horizontalizado e organizando os “sindicalmente desorganizados”³².

NOVOS PARÂMETROS DE RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS – EM BUSCA DE MAIORES GARANTIAS

1 – O atual cenário de regulamentação

O fenômeno da terceirização não encontra regulamentação por lei; é prática que se difundiu sem previsão em lei específica, podendo ser encontradas apenas algumas leis, decretos e súmulas que regulamentam alguns aspectos comerciais e trabalhistas do fenômeno, mas de forma insuficiente. Como exemplos, temos a Lei nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário; a Lei nº 8.863/94, que ampliou a terceirização de vigilância para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para a pessoa física; e a Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, trazendo grande impacto para a terceirização ao prever a irresponsabilidade da Administração pela inadimplência do contratado em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Consequência dessa falta de regulamentação não poderia ser outra senão o prejuízo aos milhões de trabalhadores terceirizados que se veem em uma atividade sem regulamentação e, portanto, com poucas garantias aos seus direitos.

32 *Idem, ibidem.* p. 71.

DOCTRINA

Lamentavelmente, o Projeto de Lei nº 4.330/04³³, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado para deliberação no Senado Federal, que pretende regulamentar a prática da terceirização, no lugar de proteger os trabalhadores, trará, se convertido em lei, ainda mais prejuízos a uma mão de obra que já é muito precarizada. Ao abandonar o conceito de “atividade-fim” e adotar o de “serviços técnicos especializados”, o PL autoriza a terceirização em qualquer atividade do setor privado, baseado, unicamente, na especialização da empresa terceirizada, sem estabelecer qualquer limite ao tipo de serviço que poderia ser alvo dessa prática, expandindo de forma indiscriminada aquilo que precisa, urgentemente, ser restringido.

Apesar de defendermos a insuficiência e a nebulosidade dos conceitos “atividade-fim” e “atividade-meio”, o critério de especialização da empresa terceirizada não pode ser o único a ser observado. É necessário analisar o feixe de indícios que apontamos neste trabalho, lembrando sempre que nenhum dos elementos é, por si só, determinante para diferenciarmos a terceirização lícita da fraudulenta.

O PL veda expressamente a prática da intermediação de mão de obra e, ao dispor sobre a não formação de vínculo entre os empregados da contratada e a contratante, ressalva os casos em que estejam configurados os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, sendo também uma forma de proibi-la. Ao trazer a previsão de que a contratada é a responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, assim como pela direção do trabalho realizado por seus empregados, usa outro critério importante para distinguir a terceirização da intermediação: a gestão da mão de obra pela contratante.

Contudo, o critério acima leva em conta apenas o conceito de subordinação jurídica, renegando a moderna concepção de subordinação estrutural, essencial às novas formas de relação de emprego, que atenta para a inserção objetiva do trabalhador na essência da atividade empresarial, deixando de fazer importante evolução no tema.

Em relação à responsabilidade da empresa tomadora, o PL nº 4.330/04, em seu art. 15, prevê a responsabilidade solidária, o que é um avanço em relação à atual forma de responsabilidade subsidiária da Súmula nº 331 do TST. No entanto, sendo a responsabilidade subjetiva ainda regra em nosso ordenamento, apenas por previsão expressa poderíamos concluir ser objetiva essa responsabilidade. Assim, o PL deixa de avançar em um ponto de extrema

33 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

relevância para assegurar os direitos desses trabalhadores. O PL também não faz qualquer distinção entre a responsabilidade da contratada na terceirização e na intermediação de mão de obra.

Outro ponto problemático do Projeto de Lei é a autorização expressa para que empresas prestadoras de serviço subcontratem outras empresas para a realização desses serviços, o que geraria uma terceirização em cadeia, trazendo para uma relação tradicionalmente bilateral (empregado e empregador) quatro ou mais participantes, implicando em maiores dificuldades para a identificação do real empregador e para sua responsabilização.

O PL traz avanços em seus arts. 12 e 13, ao assegurar igualdade de direitos entre os empregados terceirizados e os do quadro da contratante em relação à alimentação, transporte, atendimento médico, treinamento e meio ambiente do trabalho.

O art. 14, ao tratar da assunção dos serviços terceirizados por outra empresa, também progride ao dispor que a nova empresa deve assegurar a manutenção dos salários e demais direitos previstos no contrato anterior. Além disso, permite que as férias sejam concedidas nos últimos seis meses do período aquisitivo. No entanto, conforme será demonstrado, defendemos que o ideal é reconhecer que, nesses casos, há o fenômeno da sucessão de empresas, o que é mais favorável ao trabalhador por permitir a incidência do princípio da continuidade da relação de emprego.

Assim, conclui-se que, apesar de o Projeto de Lei nº 4.330/04 trazer alguns avanços em relação à Súmula nº 331 do TST, ele peca ao permitir a ampliação da terceirização para qualquer atividade da empresa e por não avançar com uma melhor distinção entre a terceirização e a intermediação de mão de obra e com uma melhor forma de responsabilização das empresas envolvidas a fim de resguardar os direitos desses empregados.

A referida Súmula é, na falta de lei específica sobre o tema, o principal instrumento jurídico regulador na área, o que traz, evidentemente, problemas em relação à “dificuldade contramajoritária”³⁴. O TST aplica a Súmula nº 331 como verdadeira norma geral e abstrata, editada sob a égide do princípio democrático e majoritário, sem atentar para a sua função típica e primordial de aplicação

34 A expressão foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-americana: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Embora se trate de expressão criada inicialmente para tratar da complexa relação entre a democracia e a jurisdição constitucional, ou seja, quando o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, que representaria a vontade da maioria, utilizaremos aqui essa expressão para demonstrar que o TST efetivamente legisla, afrontando a separação de poderes e o princípio majoritário.

DOUTRINA

da lei, e de julgar em vez de legislar. Quando muito, o tribunal deveria julgar o caso concreto de acordo com as suas especificidades, ainda que baseado em cláusulas abertas, como princípios e regras dotados de conceitos jurídicos indeterminados e em interpretações sistemáticas extraídas do ordenamento, mas nunca formular regras gerais e abstratas.

Assim, a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização segue o atual cenário colocado pela Súmula nº 331: a contratante responde de forma culposa, presumindo-se sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*, e subsidiária, pois, de acordo com o entendimento do TST, o agente imediato do dano seria a empresa terceirizada, enquanto a tomadora é apenas agente mediato, sendo necessário primeiro esgotar a tentativa de se responsabilizar aquela.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, no entanto, representa grande barreira aos trabalhadores, que só podem buscar a responsabilização da empresa tomadora depois de constatar, após longo decurso de tempo, que a empresa pela qual foram contratados não era idônea e não possuía bens para arcar com as dívidas trabalhistas, ou pior, que essa empresa já nem existe mais e seus sócios não podem mais ser encontrados, precisando começar do zero a tentativa de execução de suas dívidas.

Já em relação à responsabilidade da contratante na intermediação de mão de obra, uma vez constatada a contratação de trabalhadores por empresa interposta, a Súmula entende que se deve formar o vínculo diretamente com a tomadora. A responsabilidade do empregador aparente (contratada) e do empregador oculto (contratante) seria, por óbvio, solidária, uma vez que ambas as empresas praticaram fraude com o objetivo de impedir a aplicação dos direitos trabalhistas, demandando a aplicação do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.

No entanto, os juízes trabalhistas e até mesmo os ministros do TST muitas vezes não se preocupam em fazer a distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra, que, como vimos, é essencial para definir a ocorrência ou não de fraude. Encontramos decisões recentes neste Tribunal que entendem que, mesmo nos casos em que estaria configurada a segunda prática, o “tomador de serviços”, que é, na verdade, tomador de mão de obra, responderia apenas subsidiariamente³⁵.

35 Nesse sentido: RR – 15300-67.2004.5.06.0002, Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Órgão Julgador: 5ª Turma, DEJT 14.05.2010.

De forma ainda mais espantosa, encontramos decisões que, apesar de reconhecerem a existência de intermediação de mão de obra, entendem que, sendo reconhecido o vínculo com a tomadora de serviços, não haveria que se falar em responsabilidade solidária da empresa contratada, ignorando que, apesar de, por aplicação do princípio da primazia da realidade, o empregador real ser a empresa contratante, ambas contribuíram para a prática da fraude, sendo inadmissível excluir a responsabilidade da empresa intermediadora de mão de obra³⁶.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que é urgente uma regulamentação do tema, com novos parâmetros de responsabilização aptos a garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados e intermediados, que hoje são obrigados a realizar uma saga na Justiça do Trabalho em busca de seus direitos, cujo resultado é, muitas vezes, negativo.

Cabe destacar que em 16.05.2014 o plenário virtual do STF reconheceu repercussão geral do tema no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 713211. O Ministério Público do Trabalho, por meio da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, ajuizou ação civil pública contra Celulose Nipo Brasileira S/A – Cenibra sustentando a ilegalidade das terceirizações praticadas, por estarem vinculadas à atividade-fim da empresa. Após obter decisão desfavorável em todas as instâncias, a reclamada interpôs recurso extraordinário, no qual sustenta a fragilidade dos conceitos “atividade-fim” e “atividade-meio”, defendendo, ainda, que o TST, ao considerar ilícita a terceirização da atividade-fim, proíbe um comportamento sem nenhum amparo legal, violando os arts. 5º, II, da CF e 104 do CC.

O Ministro Luiz Fux, relator do processo, fundamentou a repercussão geral do tema “diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos”.

36 Nesse sentido: RR – 117000-93.2003.5.04.0029, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, Órgão Julgador: 2ª Turma, DEJT 14.05.2010. Acórdão: “(...) Quanto à pretendida condenação solidária, num primeiro aspecto, é importante frisar que a responsabilidade solidária ocorre quando qualquer um dos devedores é responsável integralmente pelo débito. Portanto, o credor pode cobrar a dívida em juízo, propondo a ação contra todos ou contra qualquer um dos devedores isoladamente. Aliás, está expresso no art. 265 do Código Civil que tal responsabilidade somente ‘resulta da lei ou da vontade das partes’. Além disso, não se verifica a identidade de interesses e administração das empresas reclamadas, não se caracterizando a existência do grupo econômico a ensejar a responsabilidade solidária. Nem mesmo se verifica previsão legal ou contratual de responsabilidade solidária na hipótese. *Assim, considerando-se que a irregularidade na contratação do reclamante ensejou o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços (Caixa Econômica Federal), não há falar em responsabilidade solidária da segunda reclamada (Probank Ltda.) (...)*” (grifado).

2 – Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização – novos parâmetros em consonância com uma leitura constitucionalizada do Código Civil

Quando estamos diante de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada na terceirização, é fácil concluir que a empresa contratante falhou, ou porque escolheu mal (culpa *in eligendo*), não observando devidamente a idoneidade financeira da contratada, ou porque não verificou o cumprimento das obrigações legais (culpa *in vigilando*), não exercendo a fiscalização que, como beneficiária da prestação de serviços, seria de sua responsabilidade. Desse modo, não só a empresa contratada, empregadora dos trabalhadores, mas também a empresa contratante, tomadora dos seus serviços, contribuíram para a ocorrência do dano: a primeira porque não adimpliu as verbas trabalhistas devidas e a segunda porque não tomou as precauções necessárias, não fiscalizou corretamente as obrigações legais trabalhistas existentes durante a execução do contrato.

A tomadora enquadra-se, portanto, no art. 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927 do CC). Estamos, portanto, diante de modalidade de responsabilização subjetiva, a qual exige a comprovação do dano, do nexo causal e da culpa para que haja responsabilização, sendo a última, sem dúvidas, aquela que pode trazer maiores dificuldades para a garantia dos direitos daquele que sofreu o dano.

De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses em que seu uso era manifestamente inaceitável. No entanto, o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias agravaram essa dificuldade, atraindo a intolerância social e a rejeição pelo próprio Poder Judiciário. Exigir que a vítima comprovasse a culpa em acidentes dessa natureza era absolutamente injusto diante de seu desconhecimento sobre o maquinário do empregador e da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente. Todos esses fatores acabaram por assegurar à prova da culpa o apelido de “prova diabólica”³⁷.

37 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

DOCTRINA

Da mesma forma, exigir que o trabalhador terceirizado comprove a culpa da empresa contratante é praticamente impossível. Esse trabalhador pouco ou nada sabe sobre escolha de empresas e fiscalização de contratos, caracterizando prova realmente diabólica a exigência de comprovação da omissão ou da negligência de uma empresa, à qual nem ao menos pertencia.

Na tentativa de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, as presunções de culpa foram, ao longo do tempo, instituídas pela jurisprudência, defendidas pela doutrina ou prevista nos próprios textos normativos. Não se trata aqui de ignorar o elemento culpa, mas tão somente inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima, uma vez que impor “demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova; [e isso] é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação”³⁸.

A presunção de culpa da contratante no caso da terceirização é, portanto, a forma mais justa de se assegurar os direitos dos trabalhadores, significando uma solução intermediária, que impede as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa ao mesmo tempo em que impede a acolhida da responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, conclui-se que não há razão para acolher a tese da responsabilidade subsidiária defendida pelo TST na Súmula nº 331, IV. Uma vez constatada a culpa, presumida no caso da terceirização, há responsabilidade direta de indenizar pelo dano causado, não havendo motivo para conceder um benefício de ordem não previsto na legislação³⁹. Aplica-se ao caso o art. 942 do CC, segundo o qual os autores de uma ofensa respondem solidariamente pela reparação. Assim, se a empresa contratante não se desincumbir do ônus de provar que não houve culpa responderá solidariamente com a contratada pelas verbas trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, podendo o trabalhador exigir o pagamento total do débito de qualquer uma das duas.

Parte da doutrina⁴⁰ defende que a responsabilidade da tomadora, mesmo nas hipóteses de terceirização lícita, seria objetiva por aplicação do art. 932, III (responsabilidade da comitente por atos de seus prepostos), e do parágrafo único do art. 927 (cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco).

38 JOSSEERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, 1941, p. 555 *apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 31.

39 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 56.

40 Nesse sentido, ver: CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

Apesar de mais favorável ao trabalhador, essa posição parece-nos insustentável diante do atual regime de responsabilização do Código Civil.

Defendendo o enquadramento na hipótese do art. 932, III, Rodrigo Carelli defende:

“[Isto porque] a tomadora de serviços nada mais é do que a comitente (‘aquela que incumbe alguém, mediante o pagamento de uma comissão, de executar certos atos em seu nome e sob sua direção e responsabilidade’) que entrega um trabalho a ser realizado por uma preposta, ou seja, a empresa contratada.”⁴¹

No entanto, o autor não observou bem o conceito de preposto que tem, por essência, a subordinação. Nesse sentido, Sergio Cavaliere define preposto como “aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por *conta* e sob *direção* de outrem”⁴². Há, portanto, uma relação de dependência entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, estando sob o poder de direção e vigilância⁴³.

Analisando o conceito de preposto conclui-se não ser possível enquadrar a terceirização lícita nessa hipótese, uma vez que admitir que a empresa terceirizada esteja sob o poder de direção e vigilância da tomadora seria assumir a ocorrência de intermediação de mão de obra, fenômeno que difere da terceirização em causas, consequências e, portanto, na responsabilização do tomador. Na terceirização não há como a contratante dirigir o trabalho da contratada, mesmo porque lhe faltará especialização técnica, já que um dos pressupostos para a caracterização de uma terceirização lícita é justamente a especialização diversa ou muito superior da terceirizada para a realização de uma determinada atividade. Cabe à contratante fiscalizar apenas o resultado do serviço prestado, sendo inadmissível a direção do trabalho da contratada. Não há, portanto, como se falar em relação de preposição.

Em relação à aplicação do parágrafo único do art. 927, o mesmo autor defende que o “simples fato de entregar uma atividade para a realização por outrem já implicaria em risco para os direitos dos trabalhadores, impondo a responsabilidade objetiva”⁴⁴. Essa, no entanto, não é a posição da melhor doutrina

41 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

42 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202.

43 *Idem, ibidem*. p. 202.

44 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

civilista, que defende que esse dispositivo aplica-se apenas àquelas atividades “que trazam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano”⁴⁵.

A indefinição quanto às atividades abrangidas pela cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco gera, ainda, muita dúvida na doutrina e na jurisprudência, principalmente diante do argumento de que qualquer atividade humana importa, em alguma proporção, risco aos direitos alheios⁴⁶.

Diante da abertura da cláusula, Anderson Schreiber conclui que o objetivo do parágrafo único do art. 927 é “impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano”⁴⁷.

A terceirização, quando realizada de forma correta, sem que caracterize intermediação de mão de obra, não traz risco elevado, provável ou verdadeiro perigo de dano para seus trabalhadores. Como já exposto neste trabalho, as consequências de precarização das condições de trabalho, em regra, não são verificadas na terceirização de serviços, mas na intermediação de mão de obra.

Alguns autores⁴⁸ defendem, ainda, a responsabilidade objetiva por abuso do direito (art. 187 do CC), porque se por um lado é lícito terceirizar – desde que respeitados os parâmetros já abordados nesse trabalho –, já que a prática é amparada pelo princípio da livre-iniciativa (art. 170 da CF), por outro não lhes é dado abusar desse direito contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores.

De fato, não há como negar a ilicitude na contratação de empresas terceirizadas inidôneas, que não sejam aptas a arcar com suas obrigações trabalhistas. No entanto, não há como se admitir uma responsabilização objetiva baseada em uma presunção de inidoneidade, como é a proposta dessa teoria, que considera todas as empresas terceirizadas inidôneas. Além disso, ao falar de ilicitude, a própria teoria nos remete à responsabilidade subjetiva, já que na objetiva não é necessário aferir a ilicitude do ato, mas apenas o dano e o nexo causal. A contratação de empresas inidôneas seria, portanto, a culpa *in eligendo* da contratante, conforme defendido acima.

45 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

46 *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

47 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 25.

48 Nesse sentido, ver: LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços – inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93*.

Conclui-se, portanto, que, apesar de mais favorável à satisfação dos direitos dos trabalhadores terceirizados, diante do atual sistema de responsabilização do Código Civil, não é possível sustentar a responsabilidade objetiva da tomadora de serviços. Estamos diante, portanto, de mais um motivo para que sobrevenha a necessária regulamentação do fenômeno, já que só a lei poderia prever uma nova hipótese de responsabilidade objetiva.

3 – Responsabilidade na intermediação de mão de obra – o abuso do direito e a responsabilidade objetiva

A intermediação de mão de obra, por ser prática verdadeiramente fraudulenta com o objetivo de ocultar a verdadeira relação empregatícia e subtrair direitos trabalhistas, deve ensejar outras formas de responsabilização, de forma a trazer maiores garantias para esses trabalhadores que já vivem em condições de trabalho extremamente precarizadas.

Primeiramente, configurada a ocorrência de intermediação de mão de obra, aplica-se o disposto no art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos os atos praticados com a intenção de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos previstos na CLT, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de mão de obra, previsão encontrada, inclusive, na Súmula nº 331, I. Esse resultado é consequência lógica da intermediação, uma vez que ela estará caracterizada justamente quando concluirmos que há, na verdade, não a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão de obra, que preenche os requisitos necessários à configuração da relação de emprego com a empresa tomadora.

Há, portanto, um empregador aparente, a empresa terceirizada com a qual o trabalhador possui o vínculo jurídico, e o empregador oculto ou dissimulado, o tomador de mão de obra, que, apesar de não ser formalmente empregador, gere a mão de obra e se beneficia de seu trabalho como se fosse. Ao contrário do que ocorre na terceirização de serviços, no caso da intermediação de mão de obra, por ser ato essencialmente fraudulento, a responsabilidade do tomador deverá ser objetiva.

Após uma longa evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, a responsabilidade objetiva, ao lado das presunções de culpa, surgiu como forma de garantir a reparação por danos mesmo em casos em que seria impossível a demonstração da culpa do autor do dano. Nesse sentido, Anderson Schreiber⁴⁹ defende que a essência da responsabilidade objetiva da contemporaneidade é

49 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 31.

“não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima.”

Examinando a noção de preposição exposta no tópico anterior, conclui-se que a intermediadora de mão de obra nada mais é do que preposta da tomadora, uma vez que o serviço da primeira é executado sob a direção da segunda, sendo a atividade realizada no seu interesse. Por esse motivo, um dos elementos indicadores de intermediação de mão de obra é a gestão da mão de obra pelo tomador. Por conseguinte, a empresa contratante responderá de forma objetiva com base no art. 932, III, do CC.

Além da responsabilidade objetiva por fato de outrem, a tomadora de mão de obra responde objetivamente, também, por abuso do direito, definido no Código Civil, em seu art. 187, como ato ilícito. O fundamento principal dessa cláusula de responsabilidade objetiva é permitir a responsabilização por um ato que, apesar de formalmente legal, é utilizado por seu titular em desvio da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito, ou seja, a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos⁵⁰.

Importante ressaltar que nosso Código Civil adotou a teoria objetiva do abuso do direito, segundo a qual, para sua caracterização, basta que esteja presente o uso anormal ou antifuncional do direito, não sendo necessário que se indague se o ato foi praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém.

O excesso manifesto de que trata o art. 187 do CC deve ser percebido como “o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito”⁵¹. Nesse sentido, a função social do Direito é limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo. Portanto, a empresa que contrata outra com o objetivo de subtrair direitos trabalhistas não observa um dos fins sociais de todo o empreendimento econômico, que é a valorização do trabalho humano e a justiça social (art. 170 da CF)⁵², incorrendo, portanto, em abuso do direito, o que acarreta sua responsabilização objetiva.

50 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 161.

51 *Idem, ibidem.* p. 165.

52 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas... op. cit.*, p. 58.

Diante do exposto, reconhecida a existência de intermediação de mão de obra, deve-se formar o vínculo jurídico com o tomador, que responderá, de forma objetiva, ou por fato de outrem (arts. 932, III, e 933 do CC) ou por abuso do direito (arts. 187 e 927 do CC). Como a empresa intermediadora também foi causadora dos danos, uma vez que era o empregador aparente e, portanto, o responsável formal pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, deverá responder, solidariamente, pela reparação (art. 942 do CC).

4 – A responsabilidade da Administração Pública

A doutrina brasileira, em todas as áreas jurídicas, é uníssona em afirmar que a Constituição Federal de 1988 adotou, em seu art. 37, § 6^o⁵³, a teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade objetiva da Administração Pública e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

A tese da irresponsabilidade do Estado, característica dos Estados liberais, predominou em quase todo o mundo na metade do século XX, podendo ser traduzida nos postulados *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*, que manifestavam a teoria da intangibilidade do soberano, responsável por torná-lo insuscetível de causar qualquer dano⁵⁴. Com o surgimento do Estado de Direito e da ideia de que deveriam ser atribuídos ao Estado os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas, a tese da irresponsabilidade foi dando lugar a uma evolução da noção de responsabilidade do Estado, que culminou com a adoção pelos Estados modernos da teoria do risco administrativo.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública tem como fundamento a relação vertical entre Estado e particular, marcada por uma desigualdade entre as partes. Nesse sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho:

“Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos

53 Art. 37, § 6, da CF: “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”.

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 502.

DOCTRINA

da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.”⁵⁵

Diante disso, passou-se a considerar que à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um maior risco, surgindo a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado⁵⁶.

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Isso porque sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar a vontade do Estado. A expressão “nessa qualidade” remete à necessidade de que o agente estatal esteja no exercício de suas funções ou, pelo menos, agindo a pretexto de exercê-la, não respondendo o Estado, evidentemente, pelos danos causados no correr de sua vida particular.

Assim, para que seja configurada a responsabilidade do Estado, basta que estejam presentes três pressupostos: o fato administrativo, o dano e o nexo causal, não havendo que se cogitar de culpa, o que atenua as dificuldades e impedimentos que o particular teria que suportar ao buscar a reparação por condutas de agentes estatais.

O primeiro pressuposto, o fato administrativo, é definido como “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva⁵⁷, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”⁵⁸. Na terceirização, o fato administrativo é, portanto, a escolha e a contratação da empresa terceirizada.

O segundo pressuposto, o dano, é, na terceirização e na intermediação de mão de obra, o prejuízo causado aos trabalhadores. Esse prejuízo pode ser quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas devidas, danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, dentre outros direitos trabalhistas que sejam desrespeitados.

55 *Idem, ibidem.* p. 504.

56 *Idem, ibidem.* p. 504.

57 Em relação à modalidade de responsabilidade do Estado por condutas omissivas, a doutrina diverge. José dos Santos Carvalho Filho defende que só haverá responsabilização quando presentes os elementos que caracterizem a culpa. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 518. Em sentido contrário, Sergio Cavalieri Filho defende que, no caso de omissão específica, ou seja, quando o Estado tinha o dever de agir, mas, por omissão, cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, a responsabilidade é objetiva, uma vez que o art. 37, § 6º, da CF engloba tanto a conduta comissiva quanto a omissiva. In: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251-252. Esse assunto não será aqui aprofundado, uma vez que a escolha e a contratação da empresa terceirizada pela Administração Pública são, sem dúvidas, conduta comissiva do Estado.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit.*, p. 511.

DOCTRINA

O último pressuposto, o nexo causal, significa que ao particular lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal. Ora, não há dúvidas de que o prejuízo dos trabalhadores terceirizados se originou da má contratação feita pela Administração, que não tomou as precauções necessárias no momento da escolha da empresa terceirizada ou no decorrer da execução do contrato.

Diante desses pressupostos, a defesa do Estado poderá se basear apenas na: i) inexistência do fato administrativo, ii) inexistência de dano, ou iii) ausência de nexo causal entre o fato e o dano, configurada nos casos de força maior, caso fortuito ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Obviamente, se o autor da ação alega a existência do fato, do dano e do nexo de causalidade, caberá ao Estado réu a contraprova sobre tais alegações⁵⁹.

Conclui-se, portanto, que na terceirização, assim como na intermediação de mão de obra, estão presentes todos os pressupostos necessários à ocorrência da responsabilização do Estado, a qual deverá ser objetiva por expressa previsão constitucional.

Em relação a essa responsabilidade ser primária ou subsidiária, José dos Santos Carvalho Filho entende que:

“O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência ou omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano.”⁶⁰

No caso da intermediação de mão de obra, não há dúvidas de que a Administração foi a causadora do dano: a mera adoção dessa prática, rechaçada por nosso ordenamento jurídico, já causará danos ao trabalhador e a toda a sociedade, uma vez que sua consequência é a precarização das condições de trabalho, que causa os inúmeros prejuízos estudados no capítulo IV deste trabalho.

Em relação à terceirização, embora seja prática lícita, se a empresa prestadora de serviços é economicamente inidônea e incapaz de assegurar os direitos dos trabalhadores, é de se concluir que a Administração concorreu para a ocorrência do dano ao não tomar as devidas precauções na hora da escolha da empresa ou por não ter havido a devida fiscalização durante a execução do

59 *Idem, ibidem*. p. 513.

60 *Idem, ibidem*. p. 521.

contrato. É o que o administrativista chamou acima de culpa *in omittendo* ou *in vigilando*.

No entanto, ao usar esses conceitos, o doutrinador esquece que a responsabilidade da Administração é objetiva, não havendo de se cogitar de qualquer modalidade de culpa, nem mesmo para analisar se a responsabilidade deverá ser primária ou subsidiária. A responsabilidade primária do Estado estará caracterizada quando o dano tiver sido causado por um de seus agentes, devendo ser observada, portanto, junto da análise do terceiro pressuposto para a responsabilização do Estado: o nexo causal, que estará configurado justamente, conforme explanado acima, quando o particular lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal.

Assim, tendo sido a empresa prestadora de serviços, ou a intermediadora de mão de obra, causadora do dano, junto da Administração Pública, ambas deverão responder solidariamente pelos prejuízos, na forma do art. 942 do CC.

Importante, ainda, lembrar que a norma constitucional considera responsáveis objetivamente também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Estão incluídas nessa categoria as pessoas privadas da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos, e os concessionários e os permissionários de serviços públicos, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água, de distribuição e fornecimento de energia elétrica e outras dessa natureza⁶¹.

Desse modo, se qualquer dessas pessoas jurídicas terceirizar um de seus serviços, responderá objetivamente na forma do art. 37, § 6º, da CF, e não na modalidade culposa do Código Civil exposta no item 2 deste capítulo. Em relação à intermediação de mão de obra, a responsabilidade será igualmente objetiva, com fundamento seja no dispositivo constitucional, seja nos dispositivos do Código Civil expostos no item acima.

Especificamente no que concerne à intermediação de mão de obra, a regra de formação do vínculo jurídico-trabalhista diretamente com a tomadora, quando essa é a Administração Pública, encontra óbice no art. 37, II, da CF, que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida (art. 37, § 2º, da CF). No entanto, isso não significa que esses trabalhadores estarão desprotegidos: deve-se harmonizar a vedação ao reconhecimento do

61 *Idem, ibidem.* p. 507-508.

vínculo empregatício com outros inúmeros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória, em especial com o princípio da isonomia (arts. 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXXII, da CF), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela intermediação de mão de obra⁶².

Por conseguinte, ao trabalhador intermediado devem ser asseguradas todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços, ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador intermediado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho⁶³. Nesse sentido é o entendimento da OJ nº 383 da SDI-1.

Lembrando que, conforme defendemos, a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dessas verbas será objetiva e direta, respondendo de forma solidária com a empresa intermediadora de mão de obra.

Em sentido contrário ao que dispõe o preceito constitucional, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 consagrou a tese da irresponsabilidade do Estado ao prever que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. O referido dispositivo da Lei de Licitações é, portanto, claramente inconstitucional, uma vez que contraria a teoria do risco administrativo adotado pela Constituição.

No julgamento da ADC 16, que pretendeu a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo em razão da edição da Súmula nº 331, V, do TST, que, de acordo com o autor, nega vigência ao comando normativo expresso na norma ao prever a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso comprovada sua conduta culposa, o Supremo Tribunal Federal não endossou a tese de irresponsabilidade da Administração. No entanto, foi de encontro ao preceito constitucional ao admitir a responsabilização apenas quando, no caso concreto, ficasse comprovado que a inadimplência dos direitos trabalhistas teve como causa a falta de fiscalização pelos órgãos ou entidades públicos contratantes, exigindo, portanto, a prova da culpa da Administração.

A decisão do STF merece críticas não só pela clara afronta ao dispositivo constitucional, mas também pelos prejuízos que causa aos trabalhadores terceirizados e intermediados, já que, além de consagrar a responsabilidade culposa do Estado, exige que esses trabalhadores façam a prova da culpa, uma vez que a decisão entendeu pela não inversão do ônus da prova, contrariando, assim, toda

62 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 444-445.

63 *Idem, ibidem*. p. 445.

a evolução ocorrida na doutrina e na jurisprudência em torno das presunções de culpa com o fim de evitar o problema da prova diabólica. Cabe ressaltar que a decisão do Supremo não fez qualquer diferenciação entre terceirização e intermediação de mão de obra para fins de responsabilização do Estado, sendo necessária a comprovação da culpa em ambas as práticas.

Além disso, há uma tendência mundial de adoção da responsabilidade objetiva como regra não só para o Estado, mas também para os particulares. Nesse sentido, Anderson Schreiber defende que a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco (art. 927, parágrafo único, do CC) aboliu definitivamente a ideia da prevalência da culpa no sistema brasileiro⁶⁴. Seguindo o mesmo entendimento, Maria Celina Bodin defende que,

“de acordo com as previsões do Código Civil de 2002, pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem da culpa. (...) inteira searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados.”⁶⁵

A adoção da responsabilidade objetiva como regra atende, portanto, menos a uma contribuição do responsável para a criação ou incrementação do risco e mais à necessidade de se assegurar à vítima o direito a alguma reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima⁶⁶.

Ora, se quanto à responsabilidade dos particulares, que constituem, pelo menos em regra, relações jurídicas caracterizadas pela igualdade entre as partes, a tendência já é a objetivação, mais motivos ainda para que a responsabilidade do Estado seja objetiva, não havendo espaços para exceções, como ocorreu com a decisão do Supremo na ADC 16.

Em que pesem as críticas, a decisão do Supremo tem efeito *erga omnes*, não podendo, portanto, ser desrespeitada pelos juízes trabalhistas. Estamos

64 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

65 MORAES, Maria Celina Bodin de. Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva *apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 23.

66 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 29, 31.

diante de mais um motivo que evidencia a urgência em ser aprovada uma lei específica para a regulamentação da terceirização, com os necessários balizamentos da prática e com modalidades de responsabilização em consonância com os princípios e normas constitucionais.

5 – Responsabilização por sucessão de empregadores

Como já defendido neste estudo, um dos fatores que indicam a ocorrência de intermediação de mão de obra é a permanência de trabalhadores laborando para a contratante, realizando o mesmo trabalho, nas mesmas funções, mesmo após o fim do contrato com determinada empresa prestadora de serviços e a contratação de uma outra empresa. No entanto, apesar de ser forte indício de existência de fraude, esse problema é verificado também nas terceirizações lícitas, principalmente na área de vigilância.

Os direitos trabalhistas não adimplidos relativos ao contrato de trabalho anterior poderão ser postulados na Justiça do Trabalho, sendo invocada tanto a responsabilidade da empresa prestadora de serviço ou intermediadora de mão de obra como a da tomadora, nas modalidades já defendidas nos itens acima.

No entanto, esses não são os únicos problemas vividos por esses trabalhadores. O princípio da continuidade da relação de emprego é desrespeitado a cada nova empresa que recebe esses trabalhadores, mas sem assumir as responsabilidades pelo antigo contrato de trabalho. Um dos maiores prejuízos da não aplicação do princípio da continuidade é quanto ao direito a férias: devido a essa constante troca de empresas, muitos empregados não conseguem nem ao menos completar um ano de tempo de serviço em uma mesma empresa, o que os impede de gozar de seu direito a férias, causando prejuízos à sua saúde física e mental.

Ademais, o princípio da continuidade da relação de emprego é necessário para que a ordem justralhista consiga cumprir satisfatoriamente o objetivo de assegurar ao trabalhador melhores condições de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade. A permanência da relação de emprego provoca uma tendência de elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas contratuais alcançadas pelo trabalhador devido a promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato⁶⁷. Como no Direito do Trabalho vige também o princípio da inalterabilidade contratual

67 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso... op. cit.*, p. 202.

lesiva, uma vez conquistadas essas vantagens, o empregado não poderá ser obrigado a delas abrir mão.

A continuidade do emprego é importante, ainda, para a afirmação social do trabalhador, já que, quando submetido a um contrato precário, provisório, de curta duração, fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade⁶⁸.

A solução para o problema de não continuidade da relação de emprego desses trabalhadores está em reconhecer a ocorrência de sucessão de empregadores quando, na terceirização ou na intermediação de mão de obra, for verificado que os trabalhadores da antiga prestadora dos serviços foram contratados pela atual empresa responsável por essa tarefa para continuar desempenhando as mesmas funções.

A sucessão de empregadores é figura que encontra previsão nos arts. 10 e 448 da CLT, sendo definida por Mauricio Godinho Delgado como “o instituto justralhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”⁶⁹. Os dois pressupostos para a sua configuração são, portanto, a transferência de uma unidade econômico-jurídica e a continuidade na prestação laborativa.

O art. 10 da CLT dispõe que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. No mesmo sentido, o art. 448, também da CLT, dispõe que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

A primeira observação que deve ser feita acerca desses dois dispositivos é a utilização do termo “empresa”, e não “sociedade empresária”. Os comercialistas definem “empresa” como a atividade empresarial exercida, enquanto que “sociedade empresária” seria a pessoa jurídica responsável pelo desenvolvimento dessa atividade. Nesse sentido, tecnicamente, quem sofre mudanças na propriedade ou na estrutura jurídica é a sociedade empresária, e não a empresa.

A doutrina trabalhista, no entanto, defende que a utilização desse termo assume o caráter funcional de enfatizar a despersonalização do empregador e insistir que o vínculo do empregado é formado com a atividade por ele desenvolvida, ou seja, com a empresa, independentemente de seu efetivo titular⁷⁰.

68 *Idem, ibidem.* p. 203.

69 *Idem, ibidem.* p. 405.

70 *Idem, ibidem.* p. 406.

DOCTRINA

Além disso, a imprecisão e a generalidade das expressões utilizadas pelos dispositivos permitiram que a jurisprudência adaptasse o instituto da sucessão de empregadores de forma a abranger as novas situações surgidas no mundo do Direito do Trabalho, como é o caso da terceirização e da intermediação de mão de obra.

Nesse sentido, no RR-138900-22.2009.5.12.0055⁷¹, julgado em 26.10.2011, os Ministros da Sexta Turma do TST entenderam pela configuração de sucessão de empregadores no caso de terceirização quando há a continuidade da prestação laboral pelo empregado para o mesmo tomador e na mesma localidade, determinando a impossibilidade de alteração do contrato de trabalho em prejuízo ao empregado, diante do princípio da irredutibilidade salarial.

Assim como o acórdão do TRT da 12ª Região, o Ministro-Relator entendeu ser inquestionável que a sucessão não se dá somente quando há a transferência da propriedade jurídica ou a alteração na titularidade da empresa, mas também com a continuidade da exploração do mesmo negócio por uma outra empresa distinta e sem nenhum vínculo jurídico com a anterior, como ocorre no caso da terceirização.

Apesar de no Direito Comercial a sucessão entre empresas ser fenômeno que ocorre em processo de fusão, incorporação, cisão ou transformação da empresa, pressupondo sempre uma vinculação comercial entre duas pessoas jurídicas, mediante operação societária, no Direito do Trabalho esse conceito está vinculado aos efeitos concretos no contrato de trabalho, orientados pela norma contida nos arts. 10 e 448 da CLT.

Dessa forma, em casos como esses, embora as empresas prestadoras de serviço sejam diversas, o labor executado pelos trabalhadores é sempre o mesmo, exercido no mesmo local e para o mesmo tomador de serviços, inexistindo

71 No mesmo sentido é o seguinte julgado: TST, RR – 738923-63.2001.5.02.5555, Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Órgão Julgador: 6ª Turma, DEJT 21.09.07: Ementa: “RECURSO DE REVISTA DA SPTRANS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FRAUDE. O reconhecimento de fraude na despedida do reclamante com a imediata recontração pela segunda reclamada não é passível de reexame, pois exigiria revolvimento de fatos e provas, proceder vedado pela Súmula n 126 do TST. A indicação de afronta aos arts. 5 , XX, LV, 30, V, e 37, II, da CF não impulsiona a revista, por não ocorrer de forma direta e literal. O mesmo se diga quanto à Súmula n 331, II, do TST. Recurso de revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA DA ELETROBUS. SUCESSÃO E TERCEIRIZAÇÃO. A tese de que houve confusão entre sucessão e terceirização não se verifica, pois o Tribunal Regional concluiu pela fraude na demissão e contratação do reclamante por outra empresa para execução das mesmas funções, no mesmo local de trabalho. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Diante da constatação da fraude, não foi validada a negociação coletiva celebrada, o que não caracteriza afronta ao art. 7 , VI e XXVI, da CF. ART. 453 DA CLT. INDENIZAÇÃO LEGAL. O Tribunal Regional não examinou a questão à luz do pagamento de indenização prevista na parte final do art. 453 da CLT. Recurso de revista não conhecido”.

solução da prestação laboral. Verifica-se, portanto, a sucessão de empregadores com a manutenção da mesma atividade econômica.

A decisão atentou para a fragilidade do empregado no processo de terceirização, muitas vezes marcado pela transação de direitos irrenunciáveis, como o FGTS e a irredutibilidade salarial. Isso porque, na busca da manutenção do emprego, o empregado se queda inerte diante dos inúmeros direitos dos quais precisa abrir mão para que seu contrato seja absorvido por outro empregador, pois não tem força para buscar a manutenção da estrutura original de seu contrato.

O acórdão deixou claro a importância de se reconhecer a sucessão de empregadores no seguinte fragmento:

“A livre-iniciativa e da autonomia privada não pode (*sic*) se sobrepujar a princípios fundamentais, quando necessário essas garantias mínimas, em especial quando se busca observar o *princípio da continuidade da realização de emprego e da irrenunciabilidade*.

Não é possível recepcionar a terceirização de serviços numa situação em que se proporciona a precarização da relação de trabalho, *na medida em que a implementação de tal processo produtivo deve estar em consonância com a garantia dos direitos básicos do empregado*.

Diante da *fragilidade do empregado nesses processos de troca do prestador de serviços*, sua conduta não pode ser outra a não ser a aceitação viciada do novo contrato, sob pena de se ver desempregado, já que em regra a empresa anterior não mais estará interessada em manter o vínculo de emprego, vinculada que estará a outras tomadoras de serviço, que, por sua vez, num ciclo constante, acabam por exercer influência para a manutenção nos cargos dos empregados da antiga prestadora.”⁷² (grifado)

Não poderia ser mais acertada a decisão da Corte trabalhista, que possibilitou, ao adotar essa teoria, a proteção aos direitos de milhares de trabalhadores que se veem constantemente nessa situação. Por conseguinte, seja na terceirização de serviços, seja na intermediação de mão de obra, o período em que o trabalhador permanecer prestando serviços na mesma função, na mesma localidade e para o mesmo tomador, mesmo se houver mudança das prestadoras de serviço, deve ser considerado como um só contrato de trabalho, operando-se a automática transferência de direitos e obrigações contratuais para a empresa sucessora.

72 TST, RR – 138900-22.2009.5.12.0055, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Órgão Julgador: 6ª Turma, DEJT 04.11.2011.

CONCLUSÃO

Vimos, nesse estudo, que a terceirização surgiu em meio à crise do padrão fordista, tendo sido criada por um pensamento neoliberal que buscava uma maior flexibilidade na produção, substituindo a rigidez do modelo fordista/taylorista, buscando um modelo de “empresa enxuta” com maior competitividade no mercado por meio da redução de custos, qualidade, produtividade e competitividade.

Por outro lado, o objetivo maior da intermediação de mão de obra é a redução de custos, o que, por uma simples lógica matemática, só pode ocorrer com o sacrifício dos direitos dos trabalhadores e a precarização das relações de trabalho.

Não há, portanto, motivo para proibir a prática da terceirização, mas não podemos aceitar de forma alguma a existência da intermediação de mão de obra, responsável por violar um sem-número de direitos fundamentais do trabalhador, ao colocá-los em condições de trabalho extremamente precarizadas. Por outro lado, também a atual forma de responsabilização das empresas na terceirização tem trazido prejuízos aos trabalhadores.

Nesse sentido, a falta de regulamentação legal específica sobre o tema deixa os trabalhadores terceirizados e, principalmente, os intermediados quase que totalmente desprotegidos. Os parâmetros jurídicos propostos pela Súmula nº 331 do TST, embora insuficientes para dar conta de todas as situações jurídicas encontradas na prática e para garantir os direitos desses trabalhadores, são aplicados pelos juízes trabalhistas e aceitos pela doutrina quase que sem nenhuma reflexão.

Da mesma forma, o Projeto de Lei nº 4.330/04, apesar de promover alguns avanços, não é suficiente para proteger esses trabalhadores, trazendo, inclusive, retrocessos ao permitir a terceirização em qualquer atividade da empresa.

Isto posto, uma lei específica sobre o tema deve priorizar, principalmente, a diferenciação correta entre terceirização e intermediação de mão de obra e novos parâmetros de responsabilização das empresas tomadoras aptos a conferir maiores garantias a esses trabalhadores que veem seus direitos constantemente sonogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E SITES CONSULTADOS

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DOCTRINA

_____. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIEESE – CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CUT, Secretaria da Saúde do Trabalhador/CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. Relatório Técnico – *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. Disponível em: <http://www.portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2014.

FARIA, Maria da Graça Druck de. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia, set. 1995*. 271 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 1995.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Sindicado dos Metalúrgicos do ABC. *Os trabalhadores e a terceirização*. CUT: fev. 1993. Disponível em: <http://www.smabc.org.br/Interag/temp_img/%7B96806CC9-4FF2-48A5-9324-82EE0E45F30C%7D_Trabalhadores%20e%20a%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2014.

<<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

<<http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa>>. Acesso em: 21 mar. 2014.