

# Terceirização – Análise da estrutura desta relação triangular de trabalho e busca de soluções para utilização sem violação de direitos laborais

*Gilberto Rodrigues Martins<sup>1</sup>*

**Resumo:** No presente artigo se discute as questões inerentes à flexibilização de direitos trabalhistas, focando no instituto da terceirização. A terceirização tem sido utilizada de forma fraudatória, muitas vezes como fornecimento de mão de obra, com o mero intuito de aumento de lucros através da precarização de direitos dos trabalhadores. Esta pesquisa se presta a estudar os contornos do instituto para propor uma saída viável à sua utilização, respeitando os direitos fundamentais e a livre iniciativa. A solução encontrada gira em torno da responsabilidade, mas sem o escopo de esgotar o tema e seus demais remédios,

**Palavras-chave:** Flexibilização. Precarização. Terceirização. Direitos Fundamentais. Responsabilidade.

## 1 Introdução

A presente pesquisa se desenvolve a partir de um inconformismo frente as constantes crises econômicas pelas quais passa o Brasil, ao histórico e crescente desrespeito aos direitos trabalhistas e a falta de aplicação do ordenamento jurídico em sua plenitude na prestação jurisdicional, mas que seria solucionadora da problemática levantada.

174

Intentamos, então, auxiliar a busca pela melhor aplicação do Direito, com o fim de atingir o ideal de Justiça, trazendo maior proteção aos direitos fundamentais e trabalhistas, de forma imediata, independentemente de eventual legislação que venha a reger o tema.

Temos consciência de que o nosso ordenamento já abarca diretrizes para que esses ideais sejam alcançados, mas a falta de aplicação das mesmas ou a utilização indevida, geram o corrente desrespeito de direitos trabalhistas.

Vale ressaltar que não pretendemos dar ao Direito o status de único solucionador dos problemas da sociedade. Sabemos que a melhoria desta deve partir da conduta do seu povo e dos seus governantes. O Direito é apenas um auxiliar nessa luta e deve ser eficaz em seu papel de pacificador social, tendo em vista que este é um de seus escopos.

Em síntese, buscamos estudar e analisar as diretrizes previstas pelo ordenamento jurídico, bem como a doutrina e jurisprudência, para apresentar formas de aplicar o Direito de modo mais eficaz e, em consequência, priorizar o respeito aos direitos trabalhistas e o desenvolvimento econômico e social.

Essas diretrizes são pautadas em valores, princípios e possuem inúmeras previsões na Constituição Federal e nas diversas leis brasileiras. Não se pode dizer que essas previsões são

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-Graduando na Anhanguera Uniderp e pós-graduando da Faculdade Baiana de Direito.

insuficientes, pois nosso ordenamento jurídico é baseado em um sistema aberto, em que as cláusulas gerais auxiliam no seu desenvolvimento e aplicação.

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar o instituto da terceirização como principal fenômeno de flexibilização dos direitos trabalhistas, para, através dos princípios relacionados ao tema e do ordenamento jurídico em geral, propor a melhor forma de utilização da mesma, inclusive diante de estudos já desenvolvidos pela doutrina.

Para atingir objetivo geral, é necessário o estudo do conceito de terceirização, dado por diversas obras, trazendo, assim, uma definição precisa. É indispensável passar pela análise da intermediação de mão de obra, da evolução histórica, bem como das vantagens e desvantagens de cada instituto.

Para o alcance desses objetivos, apresentamos essa breve introdução como primeiro capítulo e iniciamos nosso segundo capítulo com o estudo da flexibilização dos direitos e consequente precarização no Brasil. Assim, exploramos e conceituamos de forma breve o fenômeno para possibilitar a correta compreensão da terceirização, que está situada dentro deste conjunto de medidas voltadas para a redução dos direitos trabalhistas e aumento dos lucros das empresas.

O terceiro capítulo foi destinado ao histórico econômico e social, com o fim de demonstrar que, apesar de ser um fato atual, também se apresentou ao longo da história, sendo uma situação de constante tensão entre os trabalhadores e empregadores. Essa ideia também possibilita a compreensão de que a flexibilização se desenvolve mais pelo enfraquecimento da força sindical do que por trazer vantagens econômicas para o país.

175

Deste modo, partimos da concepção de que o caminho seria o de manutenção dos direitos trabalhistas, mas sem desprezar a autonomia do empregador e o desenvolvimento de sua atividade.

Para satisfazer este intento, os Juízes deveriam atuar de forma mais efetiva prestigiando os direitos fundamentais, dentro do que prevê o ordenamento, ainda que entre em vigor uma lei específica sobre o tema. Neste sentido se desenvolvem os capítulos 5 e 6, após a exata conceituação do instituto da terceirização e sua diferenciação com a intermediação de mão de obra no capítulo anterior.

Em seguida, no sétimo e último capítulo de desenvolvimento, estudamos as bases da responsabilidade solidária, e seu embasamento jurídico, criando os contornos necessários para a conclusão do tema.

Por fim, estão nossas conclusões acerca de todo o estudo e da medida apresentada, respondendo o problema suscitado: Como permitir a terceirização respeitando os direitos dos trabalhadores, sem engessar a atividade das empresas e alcançando o melhor para o desenvolvimento econômico do país?

## 2 Flexibilização do trabalho e precarização no Brasil

Antes de abordar precisamente o objeto de estudo deste artigo cabe apresentar o tema mais amplo, pois a terceirização não é um fenômeno em si, é parte de um conjunto de medidas adotadas em decorrência da flexibilização das relações de trabalho.

A Flexibilização consiste no uso de instrumentos que se prestam a baratear os custos da produção, servindo ao capital, para que o lucro prevaleça sobre a distribuição de renda e valorização do trabalho. Destarte, sempre visando o aumento dos lucros, são tomadas inúmeras providências, em suas mais variadas formas, que giram em torno da precarização do trabalho e contrariam o Estado do Bem Estar Social.

Assim, neste contexto, conforme Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 35-36), a flexibilização conquistou maior espaço em face da mudança da fonte normativa do direito do trabalho (de onde surgem as leis) pois, com a perda da força das lutas sociais, as normas voltaram a ser criadas pelo capital, e assim, o cenário propiciou que a precarização das condições de trabalho fosse efetivada.

Em decorrência, pode-se dizer que a precarização decorre muito mais da própria perda de força, inclusive com o enfraquecimento da esquerda no mundo, muitas vezes difícil de ser identificada, prevalecendo a imposição pelo capital, que não mede esforços para influenciar o legislador na elaboração de leis que o favoreça. O quadro se agrava em face da concorrência internacional, detentora, muitas vezes, de uma estrutura mais organizada e com maior capacidade financeira para alcançar seus objetivos.

Para as autoras anteriormente referidas, no Brasil, em verdade, os níveis são tão mais expressivos, que deve ser utilizado o termo precarização ou precariedade, no lugar de flexibilização e flexibilidade. O panorama desta precarização, tem no centro a terceirização, mas tem diversas vertentes,

[...] nível de fragmentação, segmentação dos trabalhadores, a heterogeneidade, a individualização, a fragilização dos coletivos, a informalização do trabalho, a crise dos sindicatos e a ideia de perda de direitos de todo gênero, incluindo saúde [...].

Compreendido como processo social constituído pela amplificação e institucionalização da instabilidade e da insegurança, expressa nas novas formas de organização do trabalho - onde a terceirização ocupa um lugar central - e no recuo do papel do Estado como regulador do mercado de trabalho e da proteção social através das inovações da legislação do trabalho e previdenciária. (2007, p. 30-31).

Assim, dentre essas diversas ações situa-se a Terceirização, como um dos mais efetivos instrumentos para as empresas, pois possibilita redução de salários, restrição de direitos, enfraquecimento dos sindicatos e, com a principal vantagem de afastar a responsabilidade do maior beneficiado no processo econômico. Vale ressaltar que estas não são as únicas “vantagens” da terceirização.

Cabe destacar, em uma análise mais apurada, que essas medidas não são verdadeiras soluções para qualquer benefício econômico, mas, apenas, ações sustentadas na impotência dos que defendem o trabalho, culminando na submissão à ordem econômica dominante e com fortes consequências em termos de desemprego e de precarização generalizada do trabalho e da vida. As autoras, Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 36-37), traçam perfeitamente os contornos da ideia de que a terceirização tem muito mais um escopo de precarização do que de benefício para a economia do país ou para os trabalhadores.

É fácil verificar que são verdadeiras as afirmações esposadas, pois o país passou por um longo período sem que houvesse uma lei específica que regulasse a terceirização, sendo que, na primeira iniciativa de regulação efetiva, a intenção é de total abertura à terceirização, precarizando plenamente os direitos trabalhistas, em detrimento dos trabalhadores e total favorecimento do capital.

Destarte, questiona-se a validade do instrumento para beneficiar economicamente a própria empresa exploradora, pois com a retirada direitos dos trabalhadores há uma redução também o poder de compra dos mesmos e, assim, inviabiliza-se a própria possibilidade da empresa de vender sua produção. Se para a empresa exploradora a vantagem não é tão significativa, pensando de forma mais ampla, jamais seria para a economia de um país que entra em recessão em um quadro como este.

Ademais, Vólia Bomfim (2015, p. 485), calcada em uma reportagem divulgada pelo jornal O Globo em 2006, relata uma nova tendência de “primeirização”, em que muitas tomadoras (real empregador) estão retomando a postura de contratar diretamente o empregado em busca de maior produção, responsabilidade e confiança, pois os empregados terceirizados se sentem discriminados quando excluídos do seio de proteção em que se encontram os empregados do tomador. Consequentemente, os terceirizados se tornam menos comprometidos e produtivos.

177

Por fim, não se pode olvidar que o trabalhador é um ser humano e que deve ter sua dignidade protegida. Neste sentido é o pensamento de Américo Plá Rodriguez, (2000, p. 31),

[...]a competitividade não pode ser buscada com o rebaixamento das condições de trabalho do trabalhador. Não deve ser feita às custas da proteção do trabalhador.

Na própria Declaração de Filadélfia - que integra a Constituição da OIT - figura uma frase que já pertence ao patrimônio intelectual e moral de toda a humanidade: “o trabalho não é uma mercadoria”.[...]

O que se quis dizer é que não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador.

Em conclusão, além dos argumentos que questionam as vantagens da precarização dos direitos trabalhistas para os empregadores, pode-se dizer que é injustificável a conduta de se

buscar a competitividade e o aumento dos lucros através da precarização e tratamento do trabalho como mercadoria, em clara violação à dignidade da pessoa humana.

### 3 Histórico econômico

É importante conhecer o histórico para entender o surgimento do fenômeno, em razão do mesmo estar ligado ao conflito entre as conquistas históricas dos trabalhadores e a perene intenção de aumento dos lucros dos detentores do capital, que se intensificou com a globalização e crescimento da concorrência mundial entre as empresas.

A flexibilização é um antigo fenômeno, que sempre esteve presente na história do Direito do Trabalho. É facilmente identificável nos primórdios da Revolução Industrial, séculos XVIII e XIX, em que os empresários utilizavam das mais diversas e criativas formas de subjugar os trabalhadores, majorando os lucros e a produção, beirando a semi-escravização do trabalhador, especialmente mulheres e crianças.

Em 1911 o taylorismo deu início a uma nova fase para os trabalhadores, pois, ao culminar no fordismo, em 1914 e seus aprimoramentos com a “linha de produção”, gerou um fortalecimento dos sindicatos e uma série de conquistas das lutas operárias. Isso ocorreu, principalmente, em razão da concentração de trabalhadores nas fábricas, facilitando a união entre os mesmos, consoante muito bem abordado e resumido por Rodrigo de Lacerda Carelli (2014, p. 33-34).

178

Entretanto, com a globalização e mundialização do capital surge o toyotismo (em 1970) e outras formas, retomando as políticas de desconcentração produtiva, enfraquecendo a força sindical e com a conseqüente precarização do trabalho. Ricardo Antunes (2007, p. 15), em artigo publicado no livro organizado por Maria da Graça Druck e Tânia Franco, descreve bem este cenário e apresenta os sistemas de produção que contribuíram para esse quadro atual.

Neste panorama, apoiado pelo desenvolvimento tecnológico, as máquinas substituíram os homens em diversos setores, especialmente na indústria, e os meios telemáticos propiciaram que a produção fosse transferida para outros polos, incluindo outros países como a China, assim houve um aumento do desemprego e claro enfraquecimento dos Sindicatos.

Com o enfraquecimento destes, o ambiente se tornou propício à flexibilização que retornou com grande força nas últimas duas décadas do século XX. No centro dessas medidas de flexibilização está a terceirização, que já alcança número expressivo dentro do grupo dos trabalhadores formais, sem contar os trabalhadores informais. Os dados foram levantados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em conjunto com a Central Única dos Trabalhadores (CUT),

[...]a terceirização segue sendo uma fonte de precarização/diferenciação das condições de trabalho.

Na Tabela 1, verificamos que os **trabalhadores terceirizados perfazem 26,8% do mercado formal de trabalho, totalizando 12,7 milhões de assalariados**. É possível ainda afirmar que este número está subestimado, visto que parte considerável dos trabalhadores terceiros está alocada na informalidade. Caso as

estatísticas contemplassem esse segmento de informais, poderíamos observar que esse universo é maior e, com certeza, os números sobre as condições de trabalho seriam ainda mais assustadores (2014, p. 13).

Vólia Bomfim (2015, p. 483), também apresenta o papel da globalização e da crise econômica nesta precarização de direitos, e defende que o caminho mais adequado seria o da mudança de tributação e a manutenção dos direitos trabalhistas.

A globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. O primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve vários direitos flexibilizados e outros revogados. A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí por que dos anos 90 para cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda.

Assim, observa-se que a Terceirização não surge de alegadas vantagens para o desenvolvimento econômico do país, decorrendo, em verdade, da luta histórica entre os empregadores (impulsionados pela concorrência, busca de maiores lucros e aumento da produção) e a força dos trabalhadores (alicerçados na necessidade de condições melhores de trabalho e de vida digna). Fica visível o fato de que os referidos sistemas de produção enfraqueceram esta força e favoreceram aquela, propiciando o crescimento do trabalho terceirizado.

179

#### **4 Terceirização e intermediação de mão de obra**

Um ponto crucial de qualquer trabalho relacionado à Terceirização, deve ser a diferenciação desta com a Intermediação de Mão de Obra. Isto porque, a segunda é veementemente rechaçada, possuindo hipóteses bem excepcionais de utilização, enquanto a primeira tem uma aceitação um pouco mais ampla, com maior número de hipóteses permissivas. Cada um dos referidos fenômenos possuem particularidades que devem ser analisadas para possibilitar, ou não, regularidade da contratação pela empresa.

Para Maurício Godinho (2015, p. 473), “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente”. Assim, forma-se uma relação trilateral, em que o trabalhador resta inserido no processo produtivo do tomador de serviços, sem que esta assuma a posição clássica de empregadora, enquanto seus laços justrabalhistas são vinculados à entidade interveniente, intermediadora.

Com base no entendimento de Vólia Bomfim (2015, p. 481-483), a subcontratação de empregados se assemelha a institutos de direito comparado, constituindo uma exceção ao princípio da *ajenidad*, no qual aquele que se utiliza da força de trabalho do obreiro e auferir os lucros assume as obrigações trabalhistas decorrentes. Assim, a empresa tomadora celebra um contrato com outra pessoa jurídica, ficando esta última encarregada da produção de um serviço, que a própria tomadora deveria executar para um cliente.

A licitude da terceirização está pautada no respeito à Súmula 331 do TST, não possuindo legislação específica. O Ministério Público, como ente fiscalizador e atuante nas questões relacionadas à terceirização possui precisão no conceito. É o que se pode observar das instruções expedidas para observância pela fiscalização, valendo transcrever a IN nº 3/97:

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

Quanto à intermediação de mão de obra, muitas vezes confundida com a Terceirização, é veementemente rechaçada por todo o mundo do trabalho. É também chamada de “*marchandage*”, sendo refutada pelo primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “o trabalho não é uma mercadoria”. Consoante Rodrigo Carelli, em artigo publicado no livro organizado por Maria da Graça Druck e Tânia Franco (2007, p. 59).

Tendo como norte o conceito apresentado por Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2014, p. 39), a locação de mão de obra, também exceção ao princípio da *Ajenidade*, é a modalidade de contrato de trabalho em que uma empresa fornece mão de obra para a outra que dirige e administra a prestação dos serviços, usufruindo da força de trabalho e o resultado de sua produção. Diferentemente da Terceirização, a intermediação é regulada pela Lei 6.019/74 (trabalho temporário), que previu hipóteses excepcionais, com rígidas exigências e temporalidade limitada.

180

Destarte, vislumbra-se facilmente que os dois institutos são diversos, pois a intermediação diz respeito à simples locação da força de trabalho, enquanto a terceirização lícita se refere a serviços especializados. Ao analisar as leis relacionadas à matéria, Rodrigo de Lacerda Carelli (2014, p. 87), deixa clara a diferença entre a contratação de serviço temporário (regulada pela Lei 6.019/74) e a Terceirização, autorizada pelas leis 7.102/83 (dispõe sobre serviços de vigilância e autoriza a prestação de serviços por empresas especializadas), 7.290/84 (transporte rodoviário autônomo) e a 4.886/85 (representante comercial autônomo). A primeira autoriza, em restritas hipóteses, a intermediação de mão de obra, enquanto as demais permitem a terceirização (prestação de serviços autônomo por empresa especializada), mas desde que ausente a prestação pessoal e a subordinação. Transcreve-se o pensamento do autor,

Desta forma, verifica-se que tratam de coisas distintas as duas últimas leis citadas. Uma, a de trabalho temporário, trata claramente de colocação de pessoal para trabalhar com pessoalidade e subordinação à empresa contratante, enquanto que a de serviços de vigilância não trata da colocação de trabalhadores a serviço da contratante, e sim da realização de serviço que será realizado autonomamente, segundo a independência organizacional da prestadora de serviços [...] (CARELLI, 2014, p. 87)

Uma lei coerente e adequada tem grande importância, sendo a referida lei de trabalho temporário um exemplo, pois facilita o trabalho dos operadores do direito no trato com a matéria. A referida Lei 6.019/74, se apresenta como um importante instrumento, pois define os

contornos em que esta espécie de trabalho pode ocorrer e traz um conceito preciso do que é trabalho temporário e empresa de trabalho temporário, em seus artigos 2º e 4º.

Conforme apresentado por Vólia Bomfim (2015, p. 497-498), é permitida, inclusive, a intermediação na atividade-fim, sem caracterizar a intermediação de fraude. Os contratos entre o empregador e o trabalhador, bem como entre a empresa temporária (prestadora de serviços) e a tomadora de serviços de trabalho temporário, têm que ser escrito, de acordo com os arts. 9º e 11 da Lei nº 6.019/74. O contrato entre as empresas deve indicar, expressamente, as razões que justificam a modalidade de contratação (acréscimo de serviço ou substituição de pessoal) e possui natureza civil. O prazo de duração é limitado em três meses (contrato a termo), salvo autorização ministerial para estender por igual período (art. 10 da Lei nº 6.019/74).

Outros exemplos de exigências da aludida legislação são: registro, regularidade da empresa e capital mínimo (fatores estes que facilitam o recebimento e a cobrança das verbas trabalhistas devidas); vedação diversos contratos temporários sucessivos através de tomadores distintos; a empresa de trabalho temporário não pode cobrar qualquer importância do trabalhador temporário e, também, não pode impedir que o tomador de serviços contrate definitivamente o trabalhador temporário ao fim do prazo de seu contrato (art. 11, parágrafo único).

Do exposto, os contornos da relação restaram bem definidos, sendo latente a mudança de panorama deste vínculo, que costumeiramente tendia a precarizar os direitos trabalhistas, passando a ser utilizado pelas empresas de forma benéfica ao trabalhador.

181

Entretanto, com relação à terceirização, a falta de regulamentação torna a matéria muito mais controversa e suscetível a fraudes, havendo inúmeras discussões doutrinária e restando ao Ministério Público um árduo papel de fiscalizador e combatente da modalidade. Enquanto, em verdade, a terceirização poderia ser utilizada de forma positiva, passa a ser enxergada sempre de forma negativa.

É uníssono o fato de que o grande problema da terceirização está em sua utilização fraudulenta, confundindo-se com a própria intermediação de mão de obra e, assim, funcionando como instrumento de precarização de Direitos. Destarte, o que se deve coibir não é o instituto em si, mas a precarização decorrente do mesmo. Este entendimento pode ser facilmente extraído da doutrina pátria, transcreve-se,

Não podemos de forma alguma concordar com essa impassibilidade e a simples estupefação frente ao problema. [...] Na realidade, **a interligação entre terceirização e flexibilização ocorre somente naquela como intermediação de mão de obra, a qual existe justamente para baixa de custos em desfavor dos trabalhadores**, o que não é de forma alguma aceitável. E aceitar a terceirização como intermediação de mão de obra é avalizar a precarização e o subjugo do trabalhador frente a questões econômicas (CARELLI, 2014, p. 74) (grifos nossos).

Isto se explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviço a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único emprega-

dor; do mesmo enquadramento legal etc. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços (BOMFIM, 2015, p. 483-484).

Assim resta aos Magistrados, como responsáveis pela pacificação social e proferidores da última palavra das lides, se posicionarem para que o tema se desenvolva da melhor forma possível para todos os envolvidos. Atualmente, o principal instrumento dos operadores do direito o Enunciado 331 do TST, proveniente do Judiciário, sendo perfeitamente possível que este poder traga uma interpretação mais protetiva.

Por isso a importância deste estudo. Não se pode excluir a terceirização e ojerizar a mesma *prima facie*, sem o Estudo mais aprofundado dos seus fundamentos e consequências. O ideal é que se possa utilizar o instituto com o máximo de vantagens aos empregadores e aos obreiros, como ocorreu com a intermediação de mão de obra. Também deve se ter em conta os benefícios para o país, pois não se pode olvidar do relevante papel do Direito do Trabalho para a economia e para a sociedade.

## 5 Postura ativa do juiz e garantia dos direitos fundamentais

Defendemos o posicionamento de que o Juiz deve ter uma postura ativa, adequando as normas ao caso concreto sempre com o objetivo da decisão mais justa, e pautado nos princípios constitucionais. Este é o entendimento adotado pela doutrina moderna:

[...] nosso entendimento é o de que deve o juiz, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, intervir no contrato de trabalho, como garantidor dos princípios informadores da Constituição Federal de 1988, indo além, portanto, da esfera processual e adentrando a do direito material (SILVA, 2015, p. 133).

O referido autor ressalta a importância do Art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pois esta norma acabou esquecida por grande parte dos juristas, quando, na verdade, deveria ter aplicação inquestionável, transferindo o juiz da posição de mero expectador limitado para uma conduta proativa, voltada para o processo justo. O dispositivo tem o seguinte teor, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O pensamento, com o qual concordamos, é o de que não se pode dizer que a imparcialidade deve limitar esta atuação do magistrado, pois a postura ativa não se confunde com nenhum sentido que se pode extrair de imparcialidade. Esta não se deve confundir com neutralidade, característica que não deve faltar ao magistrado, por óbvio. Ademais, é inquestionável o fato de que os códigos não acompanham a dinâmica social e de que está superada a máxima de que o juiz é a “boca da lei”. Não há dúvidas de que cabe ao Judiciário exercer a Jurisdição, fazer Justiça. Neste sentido,

Ora, repensemos, se na tradicional divisão tripartite de poder competia ao legislador legislar, ao judiciário aplicar a lei e ao executivo administrar, a quem estaria incumbida a tarefa de fazer Justiça? (SILVA, 2015, p. 137-138 e 145).

Nesse quadro, há que se destacar o fato de que o magistrado deve considerar os princípios ao aplicar a lei, o que torna ainda mais dinâmica a atividade jurisdicional. É o que se extrai do pensamento de Humberto Ávila (2009, p. 97), pois o ordenamento jurídico não se restringe ao conjunto de regras hierarquizadas sustentadas pelos positivistas, mas em conjunto de princípios e regras, os quais devem ser aplicados pelo julgador no caso concreto. Ademais, os princípios são normas importantes para a própria compreensão do sentido que se extrai das regras.

Outro ponto muito importante sobre o tema e que merece destaque é o fato de que a lei, em sua essência, não é neutra, como foi muito bem colocado por Laercio Lopes da Silva (2015, p. 153). As leis são elaboradas de acordo com posicionamentos políticos, pois aqueles que elaboram as leis são influenciados por corporações, mídias, grandes empresas e outros setores, muitas vezes pelas chamadas classes dominantes. Deste modo, não cabe dizer que um juiz, na posição de criador, será violador da tripartição dos poderes ao colocar valores na interpretação das normas, especialmente porque estes valores são decorrentes da própria ordem constitucional, que deve se sobrepor às leis e ser aplicada pelo Judiciário.

Esta é a visão do Neoconstitucionalismo, pois com o mesmo surgiram novos parâmetros de interpretação e aplicação do Direito (LENZA, 2013, p. 63-64). Assim, não é possível, sequer, imaginar uma atuação precária do magistrado, como pensado pelos positivistas, pois os princípios constitucionais estão normatizados e devem ser observados tanto na interpretação das regras como na aplicação do Direito.

183

Pode-se deixar assentado que, em verdade, os direitos fundamentais deveriam ser consagrados desde a elaboração das leis, pois são obrigatórios a todo o poder público, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, consoante Art. 5º da Carta Magna de 88. Neste sentido,

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível (SARLET, 2014, p. 383).

Deste modo, é impossível aceitar a terceirização como precarizadora dos direitos trabalhistas, o magistrado deve encontrar a forma mais adequada de utilização da mesma, no caso concreto, buscando maior benefício a todos os envolvidos na relação trilateral.

Outrossim, ao interpretar a norma, é imprescindível que o Magistrado analise os valores inerentes à época de criação e suas influências, adequando-a, também, ao caso concreto de acordo com os valores impostos pela ordem jurídica e constitucional vigente ao tempo da aplicação. Assim, uma lei de terceirização tem, por obrigação, que respeitar direitos já consagrados na constituição (como FGTS, Seguro Desemprego, jornada adequada de trabalho e outros) e os juízes devem aplicá-la de acordo a axiologia, não havendo nenhum desrespeito ao Legislativo e, muito menos, violação da tripartição dos poderes.

Assim, o próprio Projeto de Lei 4330/04, em trâmite no Congresso Nacional, deveria respeitar a ordem jurídica vigente, seguindo a linha já traçada pela Lei 6.019/74, e trazer disposições que proporcionassem a melhor aplicação possível da terceirização. A própria limitação material deste trabalho não permite maiores incursões, mas o referido Projeto de Lei não está adequado, pois posterga a responsabilidade daqueles que usufruem da força de trabalho contratada, assim restará ao Judiciário o papel de adequar a referida Lei.

Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2014, p. 113), apresentam as limitações constitucionais ao direito de contratar por meio da terceirização, sendo imprescindível a observância dos artigos 7º a 11º da CF/88, bem com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), além de outros. Destarte, estes parâmetros merecem respeito não apenas pelas empresas, mas também o Judiciário e o próprio Legislativo no momento de elaboração das leis.

Neste sentido, o Art. 186 da CF reforça a ideia de que a própria função social da propriedade está intimamente ligada com a observância das relações de trabalho. Assim, sendo a função social princípio inerente à ordem econômica e impondo o respeito obrigatório às normas que regulam a relação de trabalho e o próprio bem-estar dos trabalhadores, resta inquestionável que qualquer tentativa de precarização da relação laboral deve ser rechaçada, pois violadora da própria Constituição Federal e dos direitos trabalhistas conquistados ao longo de anos de lutas dos obreiros. Ademais, o Artigo 421 do Código Civil de 2002 impõe o respeito à função social do contrato à liberdade de contratar. Se faz importante a transcrição dos referidos artigos,

184

De tudo o que foi exposto, observa-se, sem sombra de dúvidas, que os direitos dos trabalhadores devem ser resguardados e a terceirização não pode ser utilizada como instrumento de precarização. Diversos dispositivos constitucionais foram citados, demonstrando a clareza de suas disposições. Assim, ainda que o legislador desrespeite tais disposições, não há como sustentar a ideia de que os magistrados devem passar ao largo destes princípios e optar pela exclusiva aplicação de textos legislativos absurdos. Vale ressaltar que a livre iniciativa também deve ser protegida, assim a terceirização não deve ser ojerizada, como já aduzido, mas utilizada em sua melhor possibilidade para todos.

## **6 A responsabilidade solidária do tomador**

Verificadas todas as questões levantadas, partimos de duas premissas: primeiro, que a terceirização não pode ser instrumento de precarização dos direitos trabalhistas (especialmente quando confundida a locação de mão de obra); e segundo, que o instituto não deve ser proibido, pois também há que se respeitar a livre iniciativa e o poder diretivo do empregador. Esta conclusão é baseada na união de parcela do entendimento dos dois autores abaixo,

A subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção ao princípio da ajenidad, onde a relação de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, isto é, com o empregador natural (relação bilateral) (BOMFIM, 2015, p. 483).

Não há norma proibindo a terceirização, seja em atividade-fim, seja em atividade-meio. E nem seria razoável haver, pois a forma de gerenciar seu negócio e quais setores vai atuar deve ser decisão da própria empresa (CARELLI, 2014 p. 84).

Sem ter a pretensão de se imiscuir em todas as questões inerentes à terceirização, inclusive, pela limitação imposta a este tipo de pesquisa, entendemos que um ponto crucial para que seja possível autorizar a terceirização é a responsabilidade pelo seu uso. A cada um é dado o direito de gerenciar seu negócio, mas, também, a este bônus atrela-se o ônus de arcar com os custos (ideia do risco proveito e princípio da justiça), especialmente quando proporcionado o lucro decorrente da força de trabalho humano.

Em que pese o posicionamento amplamente majoritário da Doutrina e Jurisprudência pátria ser a de que a responsabilidade do tomador aplicada nos contratos de terceirização lícita é subsidiária, entendimento consagrado na Súmula 331 do TST, com a devida vênua, seria mais acertada a responsabilização solidária.

Insta ressaltar que na terceirização ilícita (intermediação de mão de obra) já é sedimentado o entendimento de que a responsabilidade da tomadora é direta, consoante inciso I da Súmula 331 do TST, “[...] a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”. Assim o que será discutido é a responsabilidade diante da terceirização lícita.

185

São diversos os argumentos que reforçam a ideia de responsabilização solidária, sendo muito bem destacados por Laercio Lopes da Silva às fls. 51 a 61, especialmente 53, em *A terceirização e a precarização nas relações de trabalho*. É bastante elucidativa a apresentação de alguns dos argumentos principais abaixo.

Na terceirização ocorre a celebração de dois contratos distintos, um entre empregado e a prestadora de serviços e outro entre as empresas. Assim, na relação desenvolvida entre a prestadora e a tomadora o empregado é considerado típico terceiro. Deste modo, os efeitos da relação entre as mesmas deve se aplicar ao contrato de trabalho do empregado, exatamente, tendo este como terceiro que sequer participou da relação desenvolvida.

Ainda com base no suprarreferido autor, um primeiro questionamento que se tem que fazer é se um contrato de natureza civil entre as partes empresariais (prestadora versus tomadora) pode ter efeito negativo no contrato de trabalho de uma pessoa que não participou minimamente do contrato firmado entre elas. Assim, não é aceitável que as empresas, em um contrato de natureza civil, possam decidir livremente sobre ônus para um terceiro não participante da relação. Isso seria, inclusive, uma inovação no direito. Vale destacar que esse ônus é expressivo, substancial, pois os efeitos da responsabilidade subsidiária da tomadora remeteria o pagamento das verbas do trabalhador a um futuro incerto, por conta de um benefício de ordem, que beneficia justamente a parte exploradora da mão de obra.

Não se pode olvidar da função social do contrato, pois necessária e sustenta a responsabilidade solidária em contratos cíveis, independentemente da participação do terceiro ofendido na relação travada. Assim, *verbi gratia*, é possível a responsabilidade direta do fabricante de um veículo por um vício no freio e que causou danos a um terceiro. Ou seja, este é estranho ao contrato e, ainda assim, é beneficiado pela responsabilização direta. Na terceirização, negar este direito ao obreiro seria mais do que negar um benefício justo a um terceiro ofendido, seria, em verdade, o absurdo de se impor um grave prejuízo. Resta inquestionável que um trabalhador hipossuficiente na relação, que teve sua mão de obra explorada, pode acionar e executar diretamente a tomadora. Alicerça este entendimento a obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 216-220).

Nesta linha de raciocínio, o Precedente Normativo n. 38 do TRT 2, corretamente se adéqua a uma visão contemporânea do Direito Constitucional, alocando os direitos trabalhistas ao lado direitos sociais e direitos fundamentais, como deve ocorrer. Assim, consagra-se o princípio constitucional da Solidariedade, defendido pelo autor abaixo comentado, amparado nas constituições democráticas, na visão atual dos direitos humanos e neoconstitucionalismo. O teor do referido precedente é o que se segue, “[...] o tomador da mão de obra, ainda que em atividade-meio, é responsável solidário pelos créditos trabalhistas do trabalhador assim alocado, correspondente ao tempo que durar a terceirização.”

186

Em verdade, o que vem ocorrendo, é a exploração da força de trabalho do obreiro, com a conseqüente obtenção de lucros pelas tomadoras de serviço, enquanto as prestadoras apenas contratam. Portanto não existe fundamento algum para as tomadoras se furtarem à sua responsabilidade. Neste sentido, Laercio Lopes da Silva (2015, p. 55) é preciso ao dizer,

Ora, quem contrai uma dívida junto é, de ordinário, devedor solidário [...] Quando está em jogo um direito fundamental, como os direitos sociais relativos aos direitos trabalhistas, nunca pode haver qualquer tipo de subsidiariedade, tanto que a Constituição quando se refere à saúde, educação, e outros direitos fundamentais sempre se refere ao Município, Estado e a União numa ordem solidária.

Em favor do empregado estão a função social do contrato, a boa-fé contratual e a proibição, marcando a eticidade do contrato, previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

A conduta irresponsável das empresas é totalmente contrária aos referidos princípios, pois obriga o empregado a renunciar seu direito, aceitando uma subsidiariedade que, via de regra, submete o trabalhador a longos períodos de atraso no recebimento de suas verbas trabalhistas e até inadimplência, sem falar na redução de direitos comum à terceirização (SILVA, 2015, p. 56-57).

Se os preceitos constantes nestes artigos devem ser respeitados em contratos de natureza civil, não há sombra de dúvidas quanto aos contratos relacionados a direitos trabalhistas.

Assim resta à tomadora litigar com a prestadora quanto ao direito de regresso relativo ao pagamento das verbas trabalhistas, pois nada impede que as mesmas pactuem quanto à res-

ponsabilidade. O que não se pode aceitar é que esta pactuação implique em renúncia de direitos por parte do trabalhador.

Neste mesmo sentido, Rodrigo Carelli (2014, p. 170), apresenta medidas que seriam satisfatórias em coibir a utilização fraudatória da terceirização e citando, dentre elas a responsabilização solidária da tomadora. Esta solução, mais do que adequada, é a mais justa.

A integridade do direito do trabalho somente será mantida com a não confusão entre os fenômenos da terceirização e da intermediação de mão de obra. [...] Assim, as três iniciativas a serem propostas, algumas já com utilização pelos tribunais trabalhistas, seriam:

1) Responsabilidade solidária do contratante em relação aos trabalhadores da contratada...

Em suma, de todos os argumentos apresentados, resta latente que o Direito vigente impõe a responsabilidade solidária da tomadora em contratos de terceirização, restando à mesma acionar em regresso a prestadora de serviços. Pensar o contrário seria o mesmo que trazer para a relação de trabalho uma precária aplicação do Direito que não se coaduna, sequer com o Direito Civil, quiçá com um ramo historicamente protetivo e de vanguarda.

## 7 Considerações finais

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que guarda maior relação com a luta histórica entre as classes. É um direito permeado por influência de todas as vertentes, pois os legisladores acabam produzindo as leis de forma a satisfazer o setor que tenha maior sucesso em suas pressões ao Poder Público.

Por vezes prevalecem os interesses dos detentores do capital, que se utilizam do poder financeiro e fazem manobras para que a legislação se coadune com seus anseios, quais sejam, livre iniciativa com total liberdade e obtenção máxima de lucros. Em outros momentos, os trabalhadores fazem valer a força de sua união, com capacidade de paralisar a produção de diversos setores, e o seu poder de influência sobre o voto de expressiva parcela da população, impondo aos governantes que satisfaçam seu desejo de melhores condições de trabalho e de vida digna.

Assim, é inquestionável, e comprovado historicamente, que o Direito do Trabalho é fruto deste sopesamento entre a pressão dos trabalhadores e dos empregadores, como ocorreu com o desenvolvimento da classe burguesa na Revolução Industrial e opressão dos obreiros.

Com isso, concluímos que a atividade do legislador é viciada por diversas influências, o que não pode ser, de logo, julgado como negativo. Entretanto, esta conclusão deve estar presente para se entender que a lei deve ser controlada através da criação, interpretação e aplicação dentro de uma perspectiva de justiça e igualdade material.

Deste modo, especialmente por ter sido superado o positivismo, entendemos que cabe ao Judiciário o fundamental papel de fazer Justiça, trazendo para a lei o melhor resultado prático diante do caso concreto em julgamento. Ademais, o neoconstitucionalismo trouxe o postulado

da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) e a força normativa da Constituição, impondo um mandado de otimização da eficácia desta, através do dever de aplicação imediata dos direitos fundamentais a todos. Destarte, a Constituição Federal, como “lei” maior do ordenamento, determina, na relação de trabalho, a observância dos seus artigos 7º a 11º, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), e a função social da propriedade (art. 186 da CF), além de outros.

\Podemos, então, deixar assentado que não apenas os trabalhadores e as empresas devem observar estes parâmetros, mas também o Judiciário e o próprio Legislativo no momento de elaboração das leis. Com isso, o Judiciário, mais do que o poder de controlar a Lei em sua aplicação, tem o dever de fazer Justiça, com base nos dispositivos suprarreferidos, sem que este ativismo judicial possa ser considerado afronta à tripartição de poderes.

Nesta linha de raciocínio, existem limitações constitucionais ao direito de contratar, por meio da terceirização, e devem ser respeitadas. O enfraquecimento das classes trabalhadoras possibilitou que a terceirização aparecesse como um fenômeno de precarização dos direitos, no entanto não pode ser este o escopo do instituto.

Com isso, concluímos que a terceirização deve ser permitida, como expressão da livre iniciativa, possibilitando aos empregadores o melhor desenvolvimento de sua atividade empresarial, mas como fenômeno de administração empresarial e não de relativização de direitos. Assim, deve também ser limitada, de forma que seja também proveitosa aos trabalhadores, ao invés de simplesmente danosa.

188

Concluímos ainda que a melhor solução, para alcançar este equilíbrio de forças e direitos, é a responsabilização da tomadora de serviços de forma solidária, pois a mesma é efetiva exploradora da mão de obra do trabalhador, através do qual obtém lucros, e de igual modo deve se submeter ao respeito ao princípio do risco proveito e ao caráter forfetário que se extrai da *ajenidad*. Deve o empregador assumir os ônus decorrentes do bônus de exercer sua atividade da forma que melhor lhe convém.

É, assim, papel do Poder Legislativo, respeitar as normas constitucionais e reformular o projeto de lei 4.330/04, de forma a impor a responsabilização direta da tomadora. Furtando-se este Poder à sua obrigação, resta ao Judiciário o dever de aplicar o direito da forma mais adequada e justa.

De todo o exposto, concluímos que este é o melhor caminho para que seja repetida a livre iniciativa, de acordo da função social da propriedade, possibilitando a utilização da terceirização, mas da melhor forma para todos, não se olvidando da Justiça.

## Referências

ANTUNES, Ricardo. **Dimensões da precarização estrutural do trabalho**. A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São

Paulo: Malheiros, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra** [em linha]. Brasil, 2014 [citado em 10 de Junho de 2016].

Disponível em URL: <<https://bibliotecaprt21.wordpress.com/2014/09/02/livro-digital-terceirizacao-co-mo-intermediacao-de-mao-de-obra-de-rodrigo-de-lacerda-carelli/>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método – Grupo Gen, 2015.

CUT; DIEESE. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha**. Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

Disponível em URL: <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-DesenvolvimentoLayout.pdf>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 14. ed. São Paulo: LTR, 2015.

DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tânia. **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, Vol 4,

189

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional: esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Laercio Lopes da. **A terceirização e a precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder. Uma interpretação crítica do PL n. 4.330/2004**. São Paulo: LTR, 2015.