

AUSÊNCIA NA DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE MEIO: INSEGURANÇA AO TERCEIRIZADO¹

Jeane Patrícia da Silva Alves²
Andrea Andrade Fernandes³

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa jurídica na qual, objetiva a análise da precarização do empregado terceirizado em decorrência do expansivo crescimento sem limites das empresas prestadoras de serviços. E, também, pelo fato, da ausência da legalização do instituto e, omissão de definição referente a atividade-meio, fator relevante sobre o contrato de trabalho frente à situação hodierna de completo avanço tecnológico, principalmente, em razão da crescente flexibilização nos dias contemporâneos. Assim, é traçada uma zona de convergência entre o direito do trabalho, direito constitucional e Súmula nº 331, do TST.

Palavras-chave: Atividade-Meio. Licitude e Ilícitude. Fragmentação da Categoria. Enfraquecimento Sindical. Perspectiva de legislação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as novas formatações dos contratos trabalhistas após a globalização acelerar a flexibilização nas relações laborais. As empresas a fim de enxugar despesas, aumentar o lucro e se manter no mercado “competitivo”, iniciaram a contratar empregados terceirizados sem medidas.

Nesse aspecto, serão verificadas as mudanças dessa relação, partindo-se da concepção civilista da função social do contrato, que discute a segurança jurídica do empregado terceirizado, diante das multiformes relações na celebração do contrato de trabalho. Igualmente, será abordado a ausência de legislação do fenômeno da Terceirização e omissões de definição sobre o entendimento da atividade-meio e, em razão disso, a precarização dos direitos e garantias de Direitos Trabalhistas ao obreiro, o qual suporta aos abusos irrestritos praticados na relação laboral, mesmo diante da concepção de trabalho decente que emergiu no século XXI.

¹ Artigo apresentado à UNI-RN - Centro Universitário do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de bacharel de direito.

² Graduanda em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. Email: jeane_patricia_alves@hotmail.com

³ Professora orientadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. Email: andreaandrade.adv@hotmail.com

Será, ainda, abordada a fragmentação da categoria profissional dos empregados terceirizados, bem como o enfraquecimento dos sindicatos, quanto à pulverização das empresas prestadoras de serviços.

A espécie de Terceirização examinada no presente trabalho é a prestação de serviços referida na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, a qual expressou as hipóteses de legalidade e ilegalidade da Terceirização no ordenamento jurídico, bem como analisou a condição de presunção relativa, quando constatado a fraude na contratação.

Trataremos das perspectivas de legalização do instituto da Terceirização, assim, como o Projeto-Lei nº 4.330/04 que objetiva expandir a prestação de serviço para atividade-fim, neste caso, verificará as consequências caso sancionado.

Outra questão, analisada, será a ausência de definição da atividade-meio, fator primordial na problemática nas relações trabalhistas, pois não há entendimento na doutrina, jurisprudência ou lei sobre tal conceito. E, caso, o PL seja validado, não trará descrição sobre o tema.

Por fim, o trabalho aqui desenvolvido é um artigo científico de revisão, através da adoção do método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva da dogmática jurídica e a pesquisa realizada foi qualitativa. O apanhado jurídico utilizado se deu por intermédio de um levantamento bibliográfico doutrinário, artigos, documentos, web site e jurisprudência.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

O termo terceirização advém da palavra, “terceiro”, compreendido como intermediário, atravessador e mediador. Utiliza-se, assim, a expressão para designar o fenômeno pelo qual a empresa contrata terceiro, afim que execute as funções de caráter intermediário antes por ela realizada, para que essa dê ênfase nas suas atividades fim.

Consequentemente, há uma descentralização das atividades, uma vez que se distribui, para outrem, grande parte dos serviços essenciais para o funcionamento da empresa, porém secundários, aumentando suas atenções para a atividade principal.

Dessa forma, o foco da empresa tomadora de serviços, será na sua organização estrutural administrativa ao ponto de redução de gastos e aumentar sua competitividade no mercado. Tal processo é denominado de “especialização flexível”, uma vez que possibilita a empresa possuir mais elevação na área atuante e, ao mesmo, com um alto potencial de atender as variações da demanda.

Ademais, uma das particularidades da terceirização é que a empresa tomadora não criará vínculo de emprego com a empresa prestadora de serviços (relação contratual), sendo esta, a manter relação jurídica com o empregado. Isto posto, na relação entre o tomador e a empresa prestadora, há o terceiro contratado para executar o trabalho, desse modo criando uma relação trilateral. De um lado, temos o trabalhador que transfere sua energia de trabalho a empresa tomadora; no outro lado, há a empresa terceirizada, a qual o obreiro tem vínculo empregatício, sendo esta contratada pela empresa tomadora de serviços e, por fim, a tomadora de serviço, a qual é mera contratante dos serviços da empresa terceirizada, pois na relação usufrui da mão de obra do empregado, porém, não possui vínculo empregatício com o mesmo.

A terceirização existe como uma variante, ou seja, uma alternativa da relação empregatícia tradicional, relação bilateral (empregado e empregador), onde o empregado presta serviços àquele que é o seu empregador, ou seja, a relação econômica da prestação de serviços está associada à relação jurídica contratual trabalhista. Logo, na terceirização encontramos a relação trilateral, por isso, há uma dissociação na relação econômica de prestação de serviços de trabalho em comparação a relação jurídica de emprego tradicional.

Na doutrina, fala-se de dois fatores atuantes para a configuração da terceirização, sendo os fatores explícitos e implícitos, não havendo discriminação entre eles. Na forma explícita, que permitem a descentralização organizacional das empresas e das instituições, existindo a necessidade de acompanhamento econômico, político e jurídico para coibir uma situação insustentável ao ponto de não mais existir trabalhadores nas empresas. A terceirização serve para auxiliar o desenvolvimento das atividades essenciais, ao ponto da empresa contratante se especializar e focar na sua atividade fim, assim aumentando sua competitividade no mercado.

Aduz também, que serve de inibição do crescimento desgovernado na estrutura da empresa ou instituição, facilitando sua gestão administrativa, que poderá atrapalhar o seu objetivo e, trás consigo o argumento de ser um legado, um novo paradigma na estrutura das empresas e no mercado econômico. Nos argumentos implícitos, muitas vezes se faz a terceirização para alcançar tais objetivos⁴, inicialmente quem terceiriza deseja reduzir gastos, então, quer baratear os custos trabalhistas. Há uma elevação na relação econômica, quanto à produtividade do trabalho, mas essa elevação é feita a base do barateamento do valor do

⁴ Entrevista concedida à Universidade Federal do Distrito Federal, pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado, em 05 de maio de 2014, disponível no sítio eletrônico do you tube. 2014

trabalho e não de forma positiva para as pessoas. Com isso surgem as críticas sociais, jurídicas e humanísticas.

Conceituando, a Terceirização é a relação trilateral formada entre o trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente ou dissimulador) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência entre o empregador real e o aparente. Contraria o princípio da bilateralidade da relação contratual de emprego e da *ajenidad*⁵.

2.1 EVOLUÇÃO NO BRASIL

A ideia de Terceirização originou-se no período da pós Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras que eram responsáveis pela fabricação de material bélico, passaram a delegar o serviço a terceiros, os quais poderiam ajuda-los com o suporte deixando consigo as atividades essenciais.

No nosso país essa técnica começou a ser difundida quando as primeiras montadoras de automóveis chegaram, sendo então denominada contratação de serviço de terceiros. Nesse período não se conhecia a denominação terceirização, e suscitou-se timidamente na reforma administrativa dos entes estatais em 1960.

Com a publicação do Decreto Lei nº 200/67, retirou-se da Administração Pública a necessidade de ser autossuficiente, estimulando a descentralização administrativa por meio de contratação de empresas para realização de serviços na atividade meio, permitindo maior concentração a atividade fim, que é o atendimento a sociedade.

A inserção legiferante no direito pátrio, do termo terceirização, apenas ocorreu com a Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário). Esta lei tratava somente da terceirização temporária, sendo que o instituto de caráter permanente só foi autorizado em 1983 com a Lei nº 7.102, que versava sobre o trabalho de vigilância bancária. (FILADELFO, 2014). Posteriormente, a Lei nº 8.987/95 regulamentou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, que, em seu artigo 25, § 1º, prevê que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”. Já a Lei Geral de Telecomunicações, o artigo 94, II da Lei nº 9.472/97 tem esse mesmo texto supracitado.

⁵ CASSAR, Bomfim Vólia. Direito Individual do Trabalho, 14ª aula do MPT 2013

A terceirização é um reflexo, consequência da grave crise econômica que vivenciamos nos anos 70 e 80 pelas quedas do polo petrolífero na Europa, Japão, Estados Unidos etc e, a necessidade de se precarizar, flexibilizar e diminuir custos. Uma queda das barreiras alfandegárias, da competitividade dos mercados externos internacionais; exigindo produtos de melhor qualidade e menor custo. Encontrando como saída, a Terceirização, que passou a ser praticado em vários países da Europa e por influência de alguns desses países o Brasil tardou a executar essa linha de contratação, vindo a realizar através de Lei Especial nos anos 70, expandindo-se nos anos 90.

Naquele período a terceirização se dava nos setores de vigilância, conservação e limpeza, e hoje, consagrou-se de forma generalizada no setor de serviços e construção civil, transformando-se em mecanismo essencial de redução de custo para o meio empresarial. Constatado também pela Auditoria Fiscal do Trabalho (REIS, 2012), em quase todos os setores econômicos: agrícola (reflorestamento, comércio); Industrial (construção civil, automotiva, petroquímica, plásticos, siderurgia); de mineração e serviços. As automobilísticas foram as primeiras a implantarem esse formato de contratação.

Adotada por várias empresas, para diminuir gastos de pessoal em atividades não essenciais, é uma realidade que cresce a cada dia no mercado, solução para uns e problemas para outros, por trás dessa forma, há vários problemas que pedem atenção especial, um deles é o índice de acidente de trabalho entre os terceirizados. Essa precarização com os empregados é um fruto da situação legal que a terceirização vive atualmente no Brasil, por esse motivo, tem-se reforçado e intensificado a busca por uma legislação e, uma disciplina legal que institui, pois até o momento não possuindo essa proteção legal acabará sendo vítima de maiores acidentes porque não tem um procedimento específico a ser delineado por lei.

O Brasil ainda não tem uma lei que regulamenta a terceirização, por enquanto as decisões da justiça seguem os passos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no seu Enunciado nº 331 do ano 1993.

O Mercado econômico encontrou na terceirização uma forma de transferir uma atividade que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode ser de serviços ou de produção de bens, como ocorre com a contratação de empresa de limpeza, de vigilância e até mesmo para serviços temporários, todavia, existindo pontos positivos e negativos. Dos pontos positivos podemos citar pessoal treinado, empresa especializada, conhecimento em tecnologia, trazendo a qualidade do trabalho que a empresa-mãe espera, gerando benefício à imagem com relação ao mercado e, a desvantagem é quando o tomador faz um péssimo acordo comercial. O acordo entre as empresas (contratante e empregadora)

concede segurança à negociação e à manutenção do pactuado tanto para a tomadora, quanto para a empresa terceirizada.

Acrescenta Sergio Pinto Martins (MARTINS, 2000), sobre o objetivo da terceirização, quando diz:

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende com a terceirização, a transformação com seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou em seu desenvolvimento e, também de novos produtos. Entretanto, a empresa, ao fazer a terceirização, acaba suprimindo postos de trabalho, implicando a descontinuidade da relação de emprego.

Importante, analisar cuidadosamente, os efeitos que a terceirização causa no mercado econômico e nos direitos trabalhistas, antes de prejudicar qualquer situação proposta, visto que estamos há quase quarenta anos do seu surgimento e ainda não conseguimos definir suas proposições sobre a atividade meio e atividade fim, responsabilidade subsidiária ou solidária e a mau uso do instituto, que é nossa maior problemática.

Diante da situação fática, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1986, editou a Súmula Jurisprudencial n. 256, estabelecendo que, salvo nos casos previstos nas Leis n. 6.019/74 e 7.102/83, seria ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Porém, aparentemente exaustivo (ou taxativo) a redação sumular e, também não solucionava os problemas do setor público, a Súmula n. 256 não foi bem absorvida pelos operadores do direito, sendo cancelada pela Resolução n. 121 do TST, de 19 de novembro de 2003.

Destarte, o crescimento da terceirização na prestação de serviço de mão-de-obra após a implantação do Plano Real, fator que elevou a globalização, ocasião que generalizou tal processo e se verificou também comumente em áreas consideradas centrais (atividade-fim), como produção, operação, usinagem, manutenção dentre outras.

Desta forma, o TST optou por dar nova redação ao Enunciado n. 256, surgindo, assim, o Enunciado n. 331, com base nos art. 10, parágrafo 7º do Decreto-Lei n. 7.102, de 1983 e no art. 37, inciso II da Constituição da República.

3 ASPECTOS DA SÚMULA n. 331/TST

A Súmula n. 331 do TST, foi aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93 de 17 de dezembro de 1993, de acordo com orientação do órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido publicada no Diário Oficial em 21 de dezembro de 1993 (p. 28.358).

O verbete foi dividido em seis tópicos, cada qual tratando de vários assuntos, inclusive aqueles que não eram previstos na antiga súmula n. 256 da mesma corte. Manteve a legalidade para os serviços de vigilância e segurança bancária e trabalho temporário, bem como estendeu aos serviços de limpeza e conservação e outros relacionados às atividades-meio da empresa, desde que ausente o requisito subordinação entre o tomador e o terceirizado. Reconheceu a impossibilidade de vinculação empregatícia na relação de trabalhador terceirizado com a Administração Pública, indireta e Fundacional quando houvesse ilegalidade na terceirização, visto que o art. 37, inc. II da CF/88, expressa a investidura de cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas de títulos.

Ademais, analisou e expressou as hipóteses de legalidade e ilegalidade da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecendo ainda como funciona a questão da extensão da responsabilidade pelo pagamento de verbas trabalhistas nas relações laborais terceirizadas.

A jurisprudência analisou apenas a condição de presunção relativa, declarando o vínculo empregatício se verificada fraude que oculte verdadeiros empregados, transvertidos formalmente de trabalhadores autônomos.

Assim, as críticas realizadas pelo Dr. Maurício Delgado citado por Flávio Carvalho de Monteiro de Andrade (DELGADO, 2008 p. 74), “em face da inexistência de legislação que tratasse amplamente da questão, a jurisprudência trabalhista de então distinguiu as atividades-meio das atividades-fim, criando com isso um critério de aferição da licitude (ou não) da terceirização perpetrada”.

3.1 PARÂMETROS DE LICITUDE E ILICITUDE

A análise da sociedade atual, conhecida como sociedade global, apresenta múltiplas transformações, que se afasta dos parâmetros fixados na modernidade, como objetividade e neutralidade. Observa-se uma sociedade com visão mecanicista do mundo, seguindo a incerteza e questionamentos, instaurando-se mudanças de paradigmas, principalmente no sistema jurídico e, nele, o sistema das relações laborais antes definidas pela proteção social conferida pelo Estado, o qual sofreu transformações modificando seus institutos.

A intensificação das mudanças ocorreu a partir dos anos 90, quando as empresas adotaram um conjunto de inovações administrativas para enfrentarem a concorrência e reforçarem seu desempenho econômico, sob pena de se perderem na avalanche dos novos negócios globais e arranjos econômicos sem fronteiras (CASTRO, 2014).

Como registra Barroso (2011), aos poucos, apareceram novas formatações de contratos na tendência de desfigurar a regra da permanência dos contratos de trabalho, que levava à construção da estabilidade.

Assim, as grandes Indústrias, criadas dentro do modelo fordista/taylorista, renovou seu modelo de funcionalização, bem como de contratação, visto o processo de globalização da economia dos mercados, onde quem produz em maior escala e a preço menor sobrevive, resultando daí a necessidade de enxugar estruturas, diminuir custos, representando a terceirização uma alternativa eficaz.

De outro lado, enfrentando o Direito do Trabalho Clássico, a terceirização, que se insere no Direito Flexível do Trabalho encobre a descaracterização dos conceitos de empregado e empregador. Expressa o art. 2º da CLT, o empregador assume os riscos e dirige a prestação pessoal de serviços.

A extensão e intensidade da terceirização e de sua eficácia mediata, trouxe para as Empresas, alternativas de garantia a sobrevivência no “competitivo” mercado brasileiro, que teoricamente, seria capaz de proporcionar, ao mesmo tempo, a diminuição de custos e, a melhoria da qualidade do produto ou serviço, ou seja, “custo benefício”.

Frise-se que, a Súmula 331 do TST, não definiu expressamente o que é atividade-meio e atividade-fim, apenas preocupou-se com a fraude a legislação trabalhista, pois teve a cautela de fixar sobre a licitude da terceirização, que será desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta com o tomador de serviços.

Há questionamentos doutrinários em relação ao instrumento em análise (atividade-meio *versus* atividade-fim), pois o mesmo não é capaz de sozinho dirimir toda e qualquer dúvida, pelo grau de subjetivismo que proporciona. Emblemático seriam as atividades de *callcenter*, especialmente no setor de telecomunicações, pois muito se questiona se constituem atividade “fim” ou “meio”.

Ademais, no setor privado, importante citar que as Empresas (tomadoras) são que “classificam” quais são as atividades-fim e quais são atividades-meio, calcadas no fundamento da livre iniciativa privada. Haja vista, tal fato, quando constatada a ilicitude da prestação de serviço, o empregado terceirizado criará vínculo direto com o tomador.

Contrariamente no setor público, constatada ilicitude no serviço terceirizado, o empregado desta, não formará vínculo com a Administração Pública, conforme art. 37, inc. II da CF/88. Entretanto, para a contratação irregular já existe a previsão do art. 37, parágrafo 2º da Constituição Federal, que determina que a não observância de concurso público implica a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

No País, atualmente, só é lícita a terceirização (conforme o Enunciado n. 331) nos casos de contrato temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e atividades-meio, desde que inexistentes a subordinação direta e pessoalidade com a empresa mãe (tomador).

Nem sempre, porém, será fácil distinguir a verdadeira terceirização, lícita ou ilegal, tarefa destinada ao Poder Judiciário Trabalhista, que terá que dirimir a questão.

DELGADO (2008) apud Flávio Carvalho de Monteiro de Andrade (2011), registra, apesar de aparentemente restritivo o campo das terceirizações lícitas brasileiro, fato é que atualmente a eficácia da tutela jurisdicional é questionável e não há uma lei em vigor que trate do tema de maneira sistematizada e completa, valendo terceirizar qualquer atividade classificada como “meio” (o que é feito, a priori, pela própria “empresa-mãe”), desde que não percebidas a pessoalidade e a subordinação direta ou clássica com o tomador.

Por oportuno, a terceirização lícita seria feita na atividade-meio. A terceirização ilícita na atividade-fim, segundo entendimento jurisprudencial.

4 CATEGORIA E ENFRAQUECIMENTO SINDICAL

As inovações da globalização, aceleraram à flexibilização dos direitos trabalhistas e das relações trabalhistas, assim como a terceirização, dessa forma, atingiram o conceito de categoria profissional, conhecida pelo modelo classista (bilateral), momento que surgiram novos movimentos sociais e novas formatações de empregados, tais como: trabalhadores autônomos, os trabalhadores em domicílio, os trabalhadores de contratos a prazo determinado, os informais e os parassubordinados, além de desempregados e aposentados.

A empresa no objetivo de enxugar despesas e, aumentar seu lucro, decidiu descentralizar e reduzir custo, assim, transferiu suas atividades-meio para terceiros realizarem e focou na sua atividade-fim. Ocorrendo a inserção de empregados terceirizados no mesmo local de trabalho dos empregados direto da tomadora.

Oportunidades que muitas vezes, se encontram, sob supervisão técnica e administrativa da responsabilidade da contratante, ou seja, sob direção integral desta, desvirtuando o instituto da terceirização pela ausência de autonomia da contratada, inclusive no tratamento diferenciado com direitos legais e convencionais inferiores aqueles conferidos aos empregados diretos da contratante.

Destarte, ficam duplamente subordinados, pois, além de receberem ordens diretas da prestadora de serviços (empregadora), seguem as “ordens” internas da tomadora (contratante), por força do contrato pactuado com a contratada. Não obstante, estão vinculados profissionalmente à empresa mais fraca da relação contratual, consequentemente ao sindicato desta, que geralmente possuem jornadas maiores, pisos salariais menores e menos benefícios.

É sabido, conforme o artigo 511, §§ 1º e 2º, da CLT que o empregado integra a categoria relativa à atividade preponderantemente exercida pela empresa empregadora, salvo nas hipóteses de categoria profissional diferenciada (art. 511, § 3º, da CLT).

Em sentido contrário a Dra. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro (2014, p. 147, 150), observa que:

O grupo profissional se forma, assim, no cotidiano e como realidade social é espontâneo e anterior a uma regulamentação pelo direito. São os fatos que lhe dão a fisionomia e, nas vicissitudes do trabalho, são à voz unitária do grupo. (...) Os conceitos de classe social, determinada por elementos mais voltados para a propriedade de bens e meios a produção e de categoria profissional em que enfatiza o papel no mundo do trabalho, confluem na formulação das categorias sócio profissionais.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Resolução n. 168, recomendação n. 09, de 2006, expressa que para a proteção dos trabalhadores, a existência de relação de trabalho deve ser determinada principalmente de acordo com os fatos relativos à execução do trabalho e remuneração, sem prejuízo da maneira em que a relação se caracterize em sentido contrário, por meio de contrato ou de forma estabelecida pelas partes.

Compreende-se, assim, a extensão no plano de contratos múltiplos, ao verificar que a partir dos fatos correspondentes à execução do trabalho, deve ser aplicada com amplitude que possibilite uma revisão do conceito de classe para lhe dar um alcance ampliado e aberto em sintonia com a nova realidade do trabalho.

5 ENFRAQUECIMENTO SINDICAL

A nova situação que surge com a crise de mercado, desestabilizou parcialmente o movimento sindical, pois se deparou com a heterogeneidade e complexidade da pulverização dos novos grupos de “classes” que invadiram o setor de serviços, ocasião que as categorias profissionais também se fragmentaram com efeito da multiplicidade de empresas que configuraram esse setor.

As empresas prestadoras de serviços cresceram multiformes, todavia, na busca incessante de lucro e, no sentido de competitividade no mercado econômico, formularam contratos extensos (abarcando diversas atividades), no intuito de firmar maiores números de acordos civis, conseqüentemente ocorrendo o contrato trabalhista, ou seja, de natureza distinta, porém, esqueceram da principal “ferramenta”, o trabalhador, deixando-o à “mercê” de todos os acontecimentos da atividade laboral.

Dessa forma, os sindicatos tiveram de se adequar às categorias surgidas das novas formas de trabalho, além de assalariado e subordinado, razão que tiraram sua especificidade para o confronto da nova realidade, a qual retrata a multilateralidade de profissões.

A fragmentação da classe trabalhadora resultou em contratos precários e atípicos, quer por prazo determinado, a tempo parcial e/ou subcontratação. Situação que aumentou a instabilidade/vulnerabilidade sobre a proteção laboral, bem como as jornadas de trabalho, porém serviu de fortalecimento do poder empresarial. Fase essa, primordial a ser enfrentada e superada pelos sindicatos.

Na opinião da Dra. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro (2014), o modelo fordista não foi desativado e superado pelos novos modelos de trabalhadores flexíveis e precários, a estrutura sindical não tem elementos precisos para a caracterização de categorias profissionais e sofre um abalo em sua identidade. Não se trata, todavia, de uma nova categoria profissional de trabalhadores em empresas prestadoras de serviços, pela natureza fluida e sem caracterização precisa de profissão, com sua diversidade, mas uma articulação com diversas tarefas, atividades e empresas.

Notoriamente, há pulverização de pessoas (terceirizados, informais, parassubordinados e, etc) em alguns sindicatos quando somados aos integrantes permanentes, conseqüentemente há fragilização na representatividade desses trabalhadores, pois a natureza precária ou informal desses vínculos reduz consideravelmente o papel de contratação coletiva.

Adverte Siqueira Neto (1991), apud Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro (2014), que a contratação coletiva sofre de esterilização por empecilhos decorrentes da

própria organização sindical, um dos quais consiste no monopólio de representação sindical, ao que acrescenta o pequeno rol das garantias trabalhistas e a composição do mercado de trabalho, com trabalhadores que integram o mercado informal de mão-de-obra e um contingente de trabalhadores que, sem ser desprovido das garantias trabalhistas, não as tem na totalidade, como ocorre com os trabalhadores temporários, o que possibilita ao patronato descumprir a norma coletiva mediante a adoção dessa modalidade de contratação.

O trabalho terceirizado enfrenta ainda a problemática como categoria profissional, pois alcança diferentes atividades e, por conseguinte, não recebem uma definição conforme à solidariedade decorrente da atividade do exercício de profissão que dispõe o conceito de categoria.

Ressalta-se também a dessindicalização, quando há pulverização de empresas fornecedoras de mão-de-obra, com atividades preponderantes supostamente distinta das empresas contratantes, ocasião que surgem novos sindicatos, com maiores jornadas de trabalho, menos benefícios e salários menores, além de enfraquecer a representação sindical, deste modo, em contrário ao art. 8º, III da CF/88.

6 PERSPECTIVAS DE LEGISLAÇÃO

Procurando unificar a legislação sobre terceirização, o Executivo propôs o Projeto de Lei 4.302/98, através da Mensagem nº 344/98, o qual está arquivado desde 2007, que em síntese altera a Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário e, sugere o vínculo do empregado, quando no seu art. 22, fala:

(...) configurar-se-á o vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores colocados à sua disposição pela empresa de prestação de serviços a terceiros, o mesmo ocorrendo quando o trabalho por eles prestado caracterizar desvio de função.

Em 2004, o Deputado Sandro Mabel (PL-GO) apresentou o Projeto de Lei 4.330/04, o qual foi apensado ao Projeto de Lei 5.439/05, da Deputada Ann Pontes (PMDB-PA), que trata exclusivamente da intermediação de mão de obra. Frise-se que no art. 422 do PL 2005, o qual trata da responsabilidade solidária, quando da inadimplência da prestadora de serviços. Todavia, apresentou pontos de conflito e, o relator opinou pelo indeferimento do PL 2005 e o deferimento do PL de 2004, o qual em seu artigo 10 seguiu a orientação da Súmula 331 do TST, que dispõe da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, quando não cumpridas pela empresa terceirizada.

Quase uma década, o Projeto Lei 4.330/04, em 22 de maio de 2012, é submetido à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pedido de seminário para debater o PL, ou seja, que perdem ou ganham força no tempo e no espaço por interesses diversos, atualmente em curso.

Em sentido contrário, o Deputado Vicente Paulo da Silva (PT/SP) propôs sobre a mesma temática o Projeto de Lei 1.621/07, porém de forma ampliada e minuciosa em termos de conceitos e diretrizes e, de forma igualitária a PL de 2005, referente à responsabilidade solidária da tomadora de serviços, mediante inadimplência da empresa terceirizada. No entanto, em 27 de junho de 2012, o relator votou por sua rejeição, com o argumento da PL 2004, está em fase mais adiantada e, também por ser mais antigo, devendo esta prevalecer.

A Câmara dos Deputados aprovou, no dia 08 de abril de 2015, o texto base do PL nº 4.330/04 (PLC 30/2015), o qual libera a terceirização em todas as atividades empresariais, com 324 votos a favor e 137 contra, ocasião que retomou os debates e críticas pelos magistrados, procuradores sindicatos, acadêmicos e toda sociedade do Estado Brasileiro ao fato.

No dia 22 de abril do corrente ano, aprovou-se a emenda que permite a terceirização na atividade-fim, com 230 votos a favor e 203 contra, todavia retirou a Administração Direta e Indireta do arsenal.

Analizando a proposta do PL, infere-se a possibilidade do contrato de prestação de serviço a terceiros e as decorrentes dessa mesma relação. Assim, a fornecedora poderá contratar e remunerar o trabalho dos seus empregados ou subcontratar outra empresa para a realização desses serviços, sem caracterização de vínculo empregatício entre os contratantes e, os trabalhadores ou sócios da contratada, qual seja o ramo da atividade.

Estabelece requisitos (capital social compatível ao número de funcionários), para o funcionamento da empresa prestadora de serviços. Autoriza a contratação com pessoas física ou jurídica que possuam atividades paralelas, acessórias ou complementares à atividade econômica do tomador, além de estabelecer as cláusulas do contrato entre as empresas.

Possibilita a contratação sucessiva do obreiro, por diferentes prestadoras de serviços a terceiros que prestem serviços ao mesmo tomador de forma consecutiva e, prever o cumprimento das atividades laborais no estabelecimento da contratante ou local diverso. Estabelece, ainda, a responsabilidade da tomadora sobre as condições de segurança e saúde aos trabalhadores, bem como realização de treinamento adequado e/ou quando exigência da empregadora, as atividades que exijam treinamento específico.

Por fim, o art. 18 do referido PL, determina a conversão dos contratos vigentes após sua validação.

Traçado os dispositivos do texto infralegal, verifica a amplitude da terceirização, tratada como fuga ao vínculo empregatício, de modo, a afastar a contratação direta com o tomador. Há também, o aumento da precarização mediante a contratação sucessiva do empregado prestando serviços a diferentes fornecedoras de mão-de-obra que prestem trabalho a mesma contratante de forma consecutiva, dessa forma, convertendo o labor em coisa, transitando entre diferentes prestadoras de serviços a ofício da mesma tomadora, seja a serviço de tarefas simples ou especializadas.

Inclusive, desfaz o sentimento de classe dos trabalhadores da prestadora de serviços, quando autoriza a empregadora atuar na mesma atividade econômica da contratante, porém os trabalhadores terceirizados se filiarão ao sindicato da contratada; ora, o art. 511, da CLT, expressa atividade preponderante da empresa, salvo as categorias profissionais diferenciadas em lei. Dessa forma, dupla filiação o terceirizado terá? Não. Em resposta, com base o art. 8º, V, da CF/88 e, amparado pelo princípio da livre associação sindical, o obreiro nesta hipótese poderá escolher qual sindicato se filiar. Assim, há disparidade com a liberdade sindical já assegurado pela Carta Magna.

Pertinente observar, a ausência na definição de atividades-meio, ponto crucial dos debates, permanecendo as empresas tomadoras e/ou fornecedoras responsáveis a intitular a escolha das atividades supracitadas. Enquanto não houver definição sobre o tema, haverá divergência nas relações trabalhistas, pois se combate a ilegalidade da má utilização do instituto, que resulta na fraude de empregados.

Por outro lado, caso o PL seja sancionado, autorizando a terceirização nas atividades-fim, não só aumentará a precarização do trabalho, bem como trará desigualdades às empresas que enfrentaram o *dumping social*, a partir desse momento as empresas “aparentes” se aproveitaram para contratar demasiadamente, fazendo o custo cair, enquanto outras empresas que respeitam as legislações trabalhistas e também cumprem com as normas ambientais do trabalho ficarão em prejuízo, dessa forma, afetando a livre concorrência no mercado econômico.

Essa ausência de um marco legal gera uma figura de insegurança jurídica e, acaba fomentando o conflito no judiciário, devido o aumento na demanda sobre a precarização nas relações trabalhistas, e, desse modo, em relação ao Projeto-Lei nº 4.330/04, o qual dispõe sobre a atividade-fim em todas as atividades laborais, contribuindo para desestruturar os direitos já conquistados, ora, expressos na CLT. Ademais, caso o PL não seja aprovado,

continuaremos com o debate sobre o entendimento da atividade-meio no serviço terceirizado, pois, ainda, não há definição na jurisprudência, na doutrina e/ou na lei sobre o tema. Atualmente, quem decide qual atividade necessita terceirizar é a empresa, todavia, o que de fato interessa é garantir a proteção dos trabalhadores e seus direitos.

7 ÓRGÃOS FISCALIZADORES

Segundo Gabriela Delgado (2003), apud Flávio Andrade (2011), o crescimento exagerado do fenômeno terceirizante em sua versão precarizante tem sido regra geral de agregação do trabalhador no sindicato que prevalece no País, que acaba permitindo que com a constituição da empresa fornecedora de mão-de-obra o trabalhador terceirizado artificialmente passe a ser vinculado a outro sindicato e a outra categoria profissional.

Ocorre a síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas fornecedoras de serviço, que automaticamente remetem o ônus à empresa tomadora, amparada pela súmula nº 331 do TST, todavia, nesta situação, há o empregado terceirizado em grau máximo de escassez dos seus direitos, ocasião que aciona aos órgãos competentes para dirimir tal situação.

Estudo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Sócio-Econômico⁶ divulgou as condições de trabalho e terceirização no ano de 2013, o qual demonstra o aumento dobrado da rotatividade no serviço terceirizado, além de informações sobre salários, jornada, acidentes, incidência de trabalho escravo e convenções coletivas e demais informações “danosas” ao terceirizado.

Dessa forma, a demanda processual judiciária e administrativa aumentou consideravelmente, resultando em escalas maiores dos prazos para dirimir a situação fática.

A Justiça do Trabalho segue a construção jurisprudencial da Súmula nº 331 do TST, enquanto ausência da lei, porém, analisa e prescreve seus pareceres, ladeado pelo princípio da primazia dos fatos apresentados no contrato de trabalho, verificando se há requisitos do art. 3º da CLT, para configuração do vínculo de emprego.

Em recente entrevista, o Ministro Barros Levenhagen⁷ (2015), respondeu se é papel da justiça do trabalho proteger o trabalhador, ocasião que disse:

⁶DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE..., disponível em <http://brasildebate.com.br/dieese-apresenta-dados-sobre-as-condicoes-da-terceirizacao-no-brasil/>.

⁷ Entrevista ao **Anuário da Justiça do Trabalho** e à revista eletrônica **Consultor Jurídico**, Barros Levenhagen, em 30 de abril de 2015, disponível no sítio eletrônico do conjur. 2015

(...) É uma pecha injusta que se atribui à Justiça do Trabalho. Injusta porque ela não é, por si só, protecionista. Ela aplica uma legislação que é protecionista. E o Direito do Trabalho é, na essência, um direito que protege o economicamente mais frágil na relação de emprego frente ao poderio econômico do empregador. (...) Enquanto não houver uma regulamentação pelo Parlamento, nós estaremos aplicando a nossa súmula, mas no momento em que sobrevier uma lei regulamentando a terceirização evidentemente que nós vamos nos adaptar e acatar a lei do Congresso Nacional.

A postura do Judiciário Trabalhista frente à terceirização vem ‘tentando’ acompanhar as mudanças do comportamento nas relações trabalhistas, a fim de coibir a fraude, a burla das empresas contratadas e contratantes, pois há uma proliferação de empresas no mercado de trabalho, visando apenas o lucro e, realizando contratos sem o mínimo de garantias trabalhistas, esquecendo sua principal ferramenta que é o trabalhador.

Em contrapartida, o sindicato com todos os adventos inseridos pela fragmentação da categoria (estáveis e terceirizados) permanecem na luta incessante a favor das garantias e direitos da classe trabalhadora, mesmo com tamanha dificuldade.

O Ministério Público do Trabalho entende a ilegalidade da atividade-fim, pois atinge direitos fundamentais (greves, acordos e convenção coletiva), bem como reduz verbas trabalhistas e contribuições previdenciárias.

Contudo, notável a preocupação dos órgãos fiscalizadores em assegurar a proteção efetiva dos trabalhadores, em consequência sobre o uso irregular da terceirização. Além do PL nº 4.330/04 que expandi a possibilidade de estender esse modelo da terceirização para a atividade-fim, o que não é permitido e, fragmenta a representação sindical e legaliza a diferença de tratamento e direitos entre contratados diretos e terceirizados, dentre outros.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento da terceirização até então se encontrava relacionado aos interesses de grandes corporações multinacionais, sua difusão deu-se ao conjunto das empresas em operações no Brasil. Com a estabilidade do plano Real, ocorreram condições diversas a competição no mercado interempresarial, todavia, ouve a redução de custo de emprego, o que estimulou o crescimento da terceirização.

Dessa forma, o setor privado do mercado econômico encontrou na terceirização oportunidade de enxugar despesas e, passaram a terceirizar sem medidas, na preocupação à redução de gastos do quadro funcional, porém passou-se ao não cumprimento das normas trabalhistas.

O Direito do Trabalho como órgão legislador e harmonizador da relação entre capital e trabalho, construiu entendimento jurisprudencial sobre tema, a Súmula nº 331 do TST, atualmente é parâmetro para dirimir as multilateralidades de conflitos laborais. Porém, não definiu o conceito de atividade-meio e atividade-fim, que são indeterminados, ocasião, que o Judiciário Trabalhista encontra dificuldades para julgar os conflitos das relações trabalhistas. Ademais, não conceituou atividade especializada da prestação de serviços, bem como, não estabeleceu sobre o entendimento qualificação técnico-profissional ou experiência profissional.

Outro fator importante, o enunciado não tratou sobre as formas de subordinação na terceirização, visto que as relações tríplices dão margem a dúvidas sobre o tema. Assim como, ausência de direitos e garantias iguais aos empregados diretos da tomadora e os obreiros da contratada, violando diretamente o art. 5º da CF/88. Há também, diferença de filiação de sindicato ao terceirizado que não segue o sindicato preponderante da empresa, dando margem a fragmentação de integrantes filiados e enfraquecimento da representatividade sindical.

A extensão sem limites da terceirização preocupa demasiadamente a sociedade, os procuradores sindicatos e, em especial o Poder Judiciário Trabalhista. Logo, a ausência de fiscalização adequada, permite a utilização sem cautela, oportunidade de aumento de irregularidades, criando uma relação de emprego precária e injusta.

Dessa forma, a terceirização se encontra em grau máximo de complexidade, desestabilizando os direitos trabalhistas pela má utilização do seu instituto.

Em pauta o Projeto-Lei nº 4.330/04, hoje, com novo registro, sobre o nº PLC 30/2015, com seus 19 artigos, objetiva a maior flexibilização após a Constituição Federal de 1988, assim, aumentará a desregulamentação a proteção do trabalhador, principal interessado de toda problemática.

Alguns pontos críticos, podemos citar, pretende estender a terceirização para todas as atividades (meio e fim), inclusive para os profissionais liberais e rurais e conceitua qualificação técnica, capacidade econômica e objeto social único, salvo se existir mesma atividade especialidade do tomador (arts. 2º e 4º); permite a quarteirização (art. 3º); exigências de especialização não englobam os correspondentes bancários contratados pela reguladora (art. 18); permite contrato para serviços continuados e sucessivos ao mesmo empregado terceirizado, porém com mesmo salário (art. 13º); permite filiação sindical do obreiro da empregadora ao sindicato da contratante, quando pertencerem ao mesmo grupo econômico,

bem como se grupos diferentes desde que haja negociação conjunta (art. 10, parágrafo 1º); e, dentre outros.

Veja, também, o PL 2004, não tratou sobre a equiparação salarial, uma vez, que existe uma regra de isonomia remuneratória para o trabalhador temporário, esquecendo o trabalhador terceirizado, o qual também se submete a tais condições, só que em caráter permanente. A Constituição da República consagra o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII).

De acordo com o exposto, o PL não corresponde o quadro emblemático da atualidade, se verifica sistematicamente atos que já caracterizam a súmula nº 331 do TST, bem como da Consolidação das Leis Trabalhistas, a exemplo o desconto na folha de pagamento referente ao FGTS à CEF e do INSS à previdência social, situação já conquistada independente de alteração legislativa.

Por oportuno, a autorização da atividade-fim em qualquer função laboral, encontrará dificuldades no controle da responsabilidade contratual, posto que todos serão terceirizados e, o não pagamento dos direitos trabalhistas implicará na responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços.

Noutra perspectiva, *data vênia*, seria melhor a tomadora contratar seus empregados de forma direta e não através de terceirizadas, assim, evitaria a precarização dos direitos e garantias trabalhistas dos mesmos, bem como diminuiria significativamente as demandas judiciais. Por outro lado, as despesas pactuadas com as terceirizadas remetem o valor dos empregados diretos e, caso necessite de empregado num curto intervalo de tempo, a Lei nº 6.019/74, trata do serviço temporário.

A contratação precária desafia os princípios que informam o Direito do Trabalho, estabelecendo um confronto com as diretrizes que deles emanam. Diante disso, torna-se necessário examinar se a nova forma das relações laborais implica a superação desses princípios, sua revisão ou renovação com a introdução de outros conteúdos (CASTRO, 2014).

O Estado Brasileiro, fundamentado na Constituição Federal de 1988 e, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, objetiva a proteção do trabalhador, ocasião que exige medidas estatais para a inserção social e econômica dos trabalhadores de um sistema capitalista.

O papel regulador do Estado sobre as relações sociais impõe às empresas ao cumprimento de sua função integradora, porém o mercado tem promovido à exclusão social e, assim, em contrário, estão “tratando” o trabalho como mercadoria, todavia, o Estado tem o dever de delimitar a atuação do capital, para contrapor, de sua parte, a inclusão social.

Verifica-se, portanto, que o emprego direto com o tomador diminuiu e o terceirizado aumentou consideravelmente no propósito de redução de custos de produção e, aumento na concorrência no mercado econômico, todavia, as empresas deixaram de assegurar os direitos dos trabalhadores e, apenas pensaram no seu bem estar funcional.

Deste modo, o Tribunal Superior do Trabalho está atento à dinâmica das relações trabalhistas do mundo contemporâneo e, enquanto não houver legislação para o trabalho terceirizado e nem parâmetros para atividade-meio, os conflitos serão norteados pela Súmula nº 331, do TST, bem como, em caso de fraude também será aplicado o art. 9º da CLT, se registrado na esfera privada, pautada no princípio da primazia da realidade, pois se tratando no serviço público não é permitido tal entendimento.

Importante, citar, enquanto não houver lei que defina atividade-meio, em muitas situações haverá a existência de fraude na terceirização, porém é necessário veemente combater, quer no âmbito privado, quer no âmbito público, pois o objetivo maior da fiscalização do trabalho é a prevenção de modo a garantir o cumprimento das normas trabalhistas com a consequente proteção ao trabalhador.

NO DEFINITION IN THE MIDDLE OF ACTIVITY - THIRD PARTY TO INSECURITY

ABSTRACT

It is a legal research in which, objectively analyzing the precariousness of outsourced employee as a result of expansive growth without limits of service companies. And also because of the absence of the Institute of legalization and definition of omission concerning activity - half, relevant factor on the employment contract against the present situation of complete technological advancement, mainly due to increasing flexibility in contemporary days. Thus, an area of convergence is drawn between labor law, constitutional law and Precedent No. 331, the TST.

Keywords: Employment Contract .Social function. Human Dignity . Decent Work .Easing.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio Carvalho de Monteiro de, **(I) Licitude da Terceirização no Brasil**: Uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador. 2011. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AndradeFC_1.pdf>. Acesso em 01 mai.2015
- BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho** / Alice Monteiro de Barros. – 8ª ed. – São Paulo.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo LTr, 2008.
- FILHO, Ives Gandra Martins, **Anuário da Justiça do Trabalho**, revista eletrônica **Consultor jurídico**, 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-30/entrevista-ives-gandra-martins-filho-vice-presidente-tst>> - Acesso em 04 mai.2015
- FILADELFO, Giovana Cardoso, **Terceirização ilícita e seus efeitos - cabimento da isonomia salarial**. 2014. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9225&revista_caderno=25>. Acesso em 30 abr.2015
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Equiparação Salarial na Terceirização de Serviços. Disponível em <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab65.html>> . Acesso em 02 mai.2015.
- HINZ, Henrique e Macedo, **Direito Coletivo do Trabalho** / Henrique e Macedo Hinz. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUNIOR, Ophir Cavalcante, **A Terceirização das Relações Laborais** / Ophir Cavalcante Junior – São Paulo: Ltr, 1996.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Barros. **Revista Consultor Jurídico**. 30 abr. 2015. Disponível<<http://www.conjur.com.br/2015-abr-30/entrevista-antonio-jose-barros-levenhagen-presidente-tst>> Acesso em 04 mai.2015.
- MARTINS, Sergio Pinto, **A Terceirização e o direito do Trabalho** / Sergio Pinto Martins, - 13ª ed. ver. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho** / Amauri Mascaro Nascimento. – 26 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- RIBEIRO, José, **A Terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora do serviço** / José Ribeiro. – São Paulo: IOB Thomson, 2006.