



TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A CONSTRUÇÃO CIVIL

LABOR OUTSOURCING AND CONSTRUCTION

Herbet Miranda Pereira Filho¹
Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

A terceirização trabalhista tem sido um elemento bastante discutido entre doutrinadores e atores sociais envolvidos na regulação das relações sociais. O fenômeno aportou no Brasil de forma mais consistente na segunda metade do século XX e é uma realidade no sistema produtivo do país. Em razão da inexistência de uma legislação específica disciplinando a matéria, a maior dificuldade nos dias atuais é estabelecer os limites da licitude da terceirização. A lacuna normativa cria uma série de conflitos entre empresas, agentes fiscalizadores e o Poder Judiciário. Este trabalho busca avaliar o conceito de atividade intermediária e final na construção civil e as eficazes delimitações a serem observadas cautelarmente pelos aplicadores do direito. Utiliza-se do método dedutivo para concluir que o foco resolutivo não deve se ater às definições de quais atividades integram a cadeia da indústria, por serem voláteis e determinadas pela dinâmica produtiva, e sim na inspeção das condições econômicas dos prestadores de serviço.

Palavras-chave: Terceirização. Atividade-fim da Construção Civil. Licitude. Direito de Trabalho. Brasil.

ABSTRACT

Labor outsourcing has been an element widely discussed among scholars and social actors involved in the regulation of social relations. The phenomenon arrived in Brazil more consistently in the second half of the twentieth century and is a reality in the country's productive system. Given the absence of specific legislation regulating the matter, the greatest difficulty nowadays is to establish the limits of permissibility of outsourcing. The regulatory gap is creating a series of conflicts between companies, inspection agents and the Judiciary. This study aims to evaluate the concept of intermediate and final activity in construction and

¹Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Rio Grande do Norte, (Brasil).

²Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Paraíba, (Brasil). Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Professor de Direito do Trabalho.

E-mail: betolucenax@gmail.com





effective boundaries to be observed preventively by law enforcers. It uses the deductive method to conclude that the resolute focus should not stick to the definition of what activities are part of the industry chain, to be volatile and determined by the productive dynamics, to inspection of the economic conditions of the service providers.

Keywords: Outsourcing. Core business of Construction. Lawfulness. Labor Law. Brazil

INTRODUÇÃO

Em 8 (oito) de abril de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 4330/2004, cujo conteúdo autoriza a terceirização para as atividades-fim das empresas. O referido PL ainda se encontra em discussão no Senado Federal e é alvo de diversas críticas por representantes de diversos seguimentos da sociedade, sob o principal argumento de que promove precarização nas relações de trabalho do país. O Projeto em trâmite no Congresso Nacional desde 2004 ganhou relevância diante do grande crescimento da prática da terceirização nas relações trabalhistas desenvolvidas no Brasil, fruto da mutação da estrutura produtiva, a partir do século XX.

A terceirização é uma realidade que não pode ser ignorada pelo direito trabalhista. O Projeto de Lei busca aproximar o direito da realidade social no qual está inserido, afinal, a eficiência do ordenamento jurídico depende da compatibilidade entre o direito positivo e o fato jurídico que se busca regulamentar. Independentemente das críticas ou concordâncias ao referido projeto, a terceirização precisa ser regulamentada. O Tribunal Superior do Trabalho-TST, ao editar a Súmula 331, indicou a necessidade de se traçar limites de alcance de uma suposta regulamentação do tema.

A tentativa de regulamentar o tema não logrou o êxito esperado, principalmente quando delimitou a licitude da terceirização a atividade-meio do tomador de serviços. Em decorrência da súmula surgiu um problema prático: a ausência de um conceito preciso para atividade-meio e atividade-fim.

Diante desta realidade, cumpre observar que não é fácil a delimitação do que seria atividade-meio e atividade-fim de determinada empresa e, ainda assim, declarar a ilicitude automática da terceirização da atividade-fim com base em presunções, associando isto diretamente a precarização das relações de trabalho, sem fazer uma análise precisa de cada setor produtivo.





O texto que se segue buscar fazer um estudo restrito à indústria da Construção Civil, que se mostra como uma das atividades econômicas em que mais tem se expandido o fenômeno da terceirização, sendo este setor um dos pioneiros desta prática. Na mesma linha, tem padecido de uma variabilidade de decisões que desconsideram as especificidades deste setor produtivo, causando assimetria de critérios. Já foram propostos termos de ajustamentos de conduta com as 8 (oito) maiores construtoras do país, quais sejam: MRV Engenharia, Rossi, PDG-Goldfarb, Odebrecht, Brookfield, Cyrela, Gafisa e Direcional, havendo em todos eles a busca do Ministério Público do Trabalho por delimitar a prática de terceirização, nos termos que acha adequado, uma vez que não existe qualquer previsão legal disciplinando o assunto.

A falta de uma legislação específica sobre a matéria deságua em várias dificuldades na execução dos contratos de prestação de serviços, gerando conflitos entre as construtoras contratantes e prestadores, assim como repercutindo em pressões de órgãos de fiscalização, do Poder Judiciário e contribuindo para a disseminação de uma visão negativa da referida prática. Portanto, a problemática que se pretende abordar é: qual o alcance do conceito de atividade-fim na indústria da construção civil para fins de licitude da terceirização trabalhista?

Objetiva-se, portanto, delimitar de forma adequada a licitude da prática da terceirização no setor da Construção Civil considerando o que dispõe a Ordem Econômica Constitucional e os direitos sociais trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição da República. Desse modo, espera-se que sejam estabelecidas alternativas na perspectiva de aprimoramento do fenômeno da terceirização no setor.

O método adotado é o dedutivo, subsidiado pela revisão bibliográfica e auxílio dos dados específicos do setor. Para tanto, a primeira seção cuida de fazer uma breve incursão sobre a terceirização no Brasil, o item posterior trata da terceirização no âmbito da construção civil; a terceira seção do conceito de atividade-meio e atividade-fim neste setor produtivo; a quarta parte faz um breve apanhado quanto ao Projeto de Lei 4330/04 para que se avalie os seus objetivos e os seus reflexos quanto à realidade da terceirização na Construção Civil.

1 NOTAS GERAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO





A flexibilização das relações trabalhistas tornou-se evidente nos países subdesenvolvidos, que iniciaram o processo de industrialização tardio, pós-guerra, nos quais a implantação dos parques industriais estiveram calçados no tripé “capital nacional, capital estatal e capital multinacional” e buscavam a todo custo modernizar o seu sistema produtivo. Tal modelo de industrialização dependia de capitais e tecnologias do exterior, efetivamente se configurando em um processo desigual e complementar ao dos países desenvolvidos, vez que era comandado por interesses externos (MOREIRA e SENE, 2004, p.195).

A nova divisão difere por não coincidir com as posições territoriais dos Estados, mas por decorrer dos tipos de agentes econômicos que se instalam nos países: os produtores de alto valor com base no trabalho informacional; os produtores de grande volume baseado no trabalho de baixo custo; os produtores de matérias-primas que se baseiam em recursos naturais; e os produtores redundantes sem valor agregado (MOREIRA e SENE, 2004, p.197).

Na nova sistemática, o domínio tecnológico é o que define a posição do agente econômico. Com poucas exceções, a exemplo da Coréia do Sul, devido ao grande atraso tecnológico de países subdesenvolvidos, estes se estruturaram com base em agentes produtores de grande volume baseado no trabalho de baixo custo. Por esta razão, o setor industrial brasileiro passou a integrar um campo de grande competitividade estabelecida pelos demais países subdesenvolvidos. Nesta perspectiva, a maior parte do setor industrial do país está associado à utilização de trabalho de baixo custo e sob uma base econômica de grande concorrência.

No cenário de associação aos reflexos do baixo crescimento econômico sentidos pelos países diante das crises mundiais iniciadas nos anos 70, mostra-se evidente a necessidade por buscar meios que tornassem mais eficiente o processo produtivo das empresas e que reduzissem os custos com a produção. Seguindo a perspectiva mundial do modelo de produção capitalista contemporâneo, o Brasil também precisou encontrar alternativas para manter a sua estrutura produtiva competitiva no mercado mundial e angariar maiores investimentos internacionais para buscar assim o progresso econômico e social.

Delimita-se como marco inicial do “Direito Trabalhista Flexível” no Brasil, a Lei nº 5.107/66, que instituiu o regime do FGTS. Até então, o funcionário que tivesse mais de 10 anos de trabalho prestado para uma empresa adquiria estabilidade definitiva e não poderia ser dispensado sem justo motivo. A garantia desta estabilidade foi substituída pelos depósitos



realizados em conta vinculada ao empregado, que permitiu a dispensa imotivada a qualquer momento, bastando para tanto o pagamento da multa rescisória (BARROS, 2012, p 68).

Esta substituição não aconteceu de forma abrupta, sendo imposta gradualmente ao trabalhador. A partir da Constituição de 1967, foi concedido ao obreiro a possibilidade de escolha pela estabilidade, com a previsão da indenização ao trabalhador arbitrariamente dispensado, ou pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço equivalente ao período de trabalho.

Tal procedimento sintetiza a nova fase do direito do trabalho, na qual os direitos sociais não foram retirados, mas alguns transacionados e reestruturados, justamente com o objetivo de se podar algumas amarras criadas pelo Estado do Bem-Estar Social, que por sua visão de um bem comum, ignorando a dinâmica do mercado e de fatores sociais, estabeleceu premissas absolutas que terminavam por prejudicar a própria relação trabalhista. A previsão de estabilidade absoluta para um funcionário que alcançasse mais de 10 anos de trabalho em uma empresa, no lugar de ser um benefício para ele, terminava sendo um fator prejudicial, pois se criava uma especulação e gerava a incerteza da continuidade da relação do trabalho frente à aproximação do marco temporal consolidatório da estabilidade.

A opção pelo FGTS surgiu como uma razoável alternativa, uma vez que a empresa não passaria mais a ver um funcionário com aproximadamente dez anos de trabalho como um possível ônus decorrente do instituto da estabilidade. Ao mesmo tempo, em caso de uma rescisão sem justo motivo, o empregado não ficaria desamparado, pois receberia pelos 10 anos de trabalho a remuneração correspondente a aproximadamente um ano e meio de contrato, auferindo maior liberdade às tratativas trabalhistas e a provendo de maior racionalidade.

Na década de 70, surgiu o Decreto-Lei 200/67 (Art.10) e a Lei nº 5.645/70, que as apontaram para as primeiras formas de terceirização no âmbito da administração pública, ao possibilitar a execução de atividades de natureza pública por entes privados, mediante contratos ou concessões³ (DELGADO, 2012. p. 436).

³Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.



De acordo com as Constituições nacionais, sempre foi concedido à União o poder de explorar um vasto campo de atividades econômicas e, a partir do Decreto-Lei 200/67, foi incentivada a descentralização destas atividades, abrindo espaço para que as empresas privadas passassem a assumir diversas atribuições, comungando com o processo de modernização industrial que o país buscava. Até aquele momento existia uma grande quantidade de Empresas Estatais, as quais representavam um custo elevado para o Estado e se mostravam defasadas, com uma baixa qualidade nas prestações dos serviços. Os custos decorrentes da manutenção daquelas, passaram a superar o lucro que era obtido, havendo a necessidade premente de uma descentralização.

A regulamentação da descentralização da administração pública para a iniciativa privada representou o primeiro exemplo de sucesso quanto o embrião da sistemática da terceirização, pois transferiu aos particulares determinados papéis, a serem desenvolvidos de forma mais eficiente.

Como um processo em cadeia, tal raciocínio também foi aplicado à própria estrutura interna das empresas privadas. Observa-se que o fenômeno da terceirização se desenhou inicialmente, com a Lei nº 6.019/74 referente ao trabalho temporário e posteriormente com a Lei 7.102/83, que revogou o Decreto-Lei nº 1.034/70, sendo estas duas últimas legislações disciplinadoras da terceirização do trabalho de vigilância bancária⁴.

A terceirização da prestação de serviços, como a prevista na lei que regulamenta o trabalho de vigilância bancária, não se confunde com a terceirização do trabalho temporário. No trabalho temporário regulamentado, tem-se a locação da mão de obra, sem haver a passagem de determinado serviço para a empresa fornecedora do trabalhador. Por esta razão, para o presente caso a responsabilidade por determinada atividade continua sendo da empresa locatária e esta forma de terceirização possui uma série de restrições. O Decreto-Lei nº 1.034/70 e a Lei 7.102/83 trata do repasse da responsabilidade do serviço para a empresa que detém a mão de obra. O serviço de vigilância exige uma preparação específica e de qualidade dos profissionais que irão executá-lo. Para tal finalidade, seria arriscado colocar as

⁴No Decreto-Lei, apenas houve uma incipiente previsão do fenômeno da terceirização ao prever que os bancos poderiam fazer convênios temporários com as secretarias de segurança dos estados para utilizar o efetivo policial existente para realizar o transporte de valores, enquanto não possuísse pessoas preparadas para tal serviço. A Lei 7.102/83 veio a disciplinar a terceirização de forma contínua neste setor da atividade bancária e tal procedimento foi amplamente aceito frente a especialização das empresas de segurança, que atuavam de forma mais eficiente na vigilância dos estabelecimentos bancários.



instituições financeiras, sem qualquer conhecimento na área, como responsáveis por todo o processo de contratação e treinamento dos profissionais. Por esta razão, terminou chegando-se a conclusão de que seria mais eficiente que tais atividades fossem realizadas por empresas especializadas. A busca pela eficiência na prestação deste serviço foi o fator essencial que justificou a abertura para a terceirização de determinada atividade, rompendo o paradigma da configuração da relação de trabalho clássica.

Surge aí o modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica, distinto do tradicional modelo empregatício, que, para uma parcela da doutrina, trouxe graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre fundamentaram o Direito do Trabalho (DELGADO, 2012, p. 345). Este raciocínio doutrinário conservador defende a manutenção de um modelo que preserva os padrões absolutos de direitos trabalhistas e desaprova as propostas e arranjos operacionais que venham a redesenhar os liames jurídico do labor.

Entretanto, determinar o padrão que deveria ser assegurado a todos é problema de difícil solução, principalmente por ser complexo a delimitação de tais padrões (HAYEK, 2010, p.128). O importante é garantir o mínimo suficiente para conservar a saúde e a capacidade de trabalho do cidadão. Neste sentido, antes de se buscar discutir um padrão de dinâmica de uma relação trabalhista, deve-se buscar assegurar o mínimo existencial a estas relações, de forma que as tornem dignas para o trabalhador.

Frente a uma nova realidade vivenciada pelo direito do trabalho no início dos anos 70, é que se desenvolveu de forma significativa o fenômeno da terceirização no país. Representou uma busca por proporcionar uma melhor gestão dos negócios de uma empresa, transferindo para prestadores de serviços a realização de atividade para as quais são especializados. As bases do fenômeno da terceirização correspondem a um tempo ainda anterior ao marco considerado por muitos doutrinadores, pois o Código Civil de 1916, ao tratar sobre locação de serviços, empreitada, parceria e arrendamento, foi o responsável pela introdução de tal fenômeno no Brasil (CORTEZ, 2015, p.15). Há previsão do contrato de subempreitada, no art. 455 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), sendo este o marco inicial de tal fenômeno na legislação específica no ano de 1943.

Se desde 1943 a legislação trabalhista já recepcionava o referido fenômeno, não existe fundamento para a visão pré-constituída e conservadora de Godinho, que busca marginalizá-





lo. Em sua essência, a terceirização é um processo de “parceirização”, em que diante das disputas de mercado e a complexidade dos sistemas produtivos algumas empresas precisam trabalhar em cooperação para que possam crescer no mercado global. Como exemplo claro desta lógica, a empresa Logitech Internacional. Seu produto mais conhecido, o mouse Wanda, tem os chips fabricados pela Motorola na Malásia, o sensor óptico produzido pela Agilent Technologies e a solda realizada pela Cokson Eletronics, em Yunann, ambas empresas Chinesas (PASTORE, 2015, p.17). Em decorrência do sistema de parceria, o produto ofertado é de excelente qualidade e consegue ser produzido ao valor de US\$ 40,00, permitindo a expansão da empresa e de suas parceiras no mercado mundial, algo que não seria possível caso todo o processo produtivo fosse nela concentrado.

Assim como o Estado precisou descentralizar algumas atividades, com o fim de conseguir maior eficiência na prestação daquelas, uma grande empresa também precisa descentralizar alguns serviços para que estes possam ser executados com maior eficiência. A divisão do trabalho repercute na produtividade de uma empresa. Quando uma pessoa executava sozinha a fabricação de alfinete apenas teria conseguido produzir 20 em um dia, mas quando 10 pessoas estavam envolvidas numa cadeia produtiva com uma efetiva divisão de atividades, em conjunto, produziam 48 mil alfinetes, correspondendo em uma média de 4.800 por pessoa (SMITH, 1996, p.18).

A mesma lógica agora pode ser aplicada ao sistema produtivo global atual. Na época da revolução industrial, a divisão do trabalho desenvolvida permitiu uma expansão avassaladora da produção, demonstrando a ineficiência do sistema artesanal anteriormente existente. Na complexa rede de produção globalizada, a especialidade dos serviços realizados assumiu tamanha subdivisão que conduziu ao processo de parcerias entre empresas especializadas na elaboração de cada parte de um produto com o fim de concebê-lo com uma eficiência ainda maior do que o sistema produtivo clássico.

2 A TERCEIRIZAÇÃO E A CONSTRUÇÃO CIVIL BRASILEIRA

Sequer existe um consenso em torno do nome do fenômeno. Observe-se, que ele tem recebido as mais diversas denominações doutrinárias como terciarização, subcontratação, parceria, locação de serviços, desverticalização, exteriorização do emprego, filiação e





recontratação, quando todos os referidos termos remontam a mesma essência, fundamentada no trabalhador, no prestador de serviço e no tomador de serviço. O referido conceito também é aplicado ao que está disciplinado no art. 455 da CLT⁵.

O dispositivo regulamenta a terceirização no setor da Construção Civil, sob a denominação de subempreitada, havendo esta se consolidado no direito brasileiro ainda antes do debatido processo do Direito Flexível Trabalhista. A prática da subempreitada é utilizada na Construção Civil e possui uma forte aplicação a este setor em decorrência da própria característica da atividade.

Diferente de outros setores produtivos, a construção civil envolve etapas descontínuas e específicas, as quais se fossem realizadas por uma única empresa tornaria impraticável o seu desenvolvimento frente ao imenso custo e especificidade das fases que compõem uma obra. Configura-se como uma indústria de montagem, que se estabelece numa sequência de serviços específicos, complementares para concretizar a edificação planejada. Diante de uma simples edificação mostra-se necessária a utilização de especialistas em terraplenagem, fundação, concretagem, hidráulica, eletricidade, pintura, gesso, acabamentos, dentre outras atividades. Caso uma única empresa realizasse todas as atividades, representaria uma elevação estratosférica dos preços dos empreendimentos (PASTORE, 2015, p.21).

Alguns opositores da terceirização apontam o crescimento nos índices de acidente de trabalho na construção civil como uma de suas consequências, buscando demonstrar que o referido fenômeno é o responsável pela precarização das relações de trabalho. Diferentemente do que muitos atores sociais apontam, a terceirização devidamente regulamentada, poderá justamente contribuir para a redução nestes índices de acidente de trabalho. Ao se propor a especialização de diversas atividades a serem realizadas em uma obra, exige-se uma maior qualificação técnica dos funcionários atrelados ao prestador de serviços que poderá realizar uma fiscalização mais eficiente da execução do trabalho da equipe específica a ele subordinada, resultando na realização do serviço com maior

A subempreitada aplica-se à construção de um edifício, quando subcontrata a carpintaria ou a eletricidade (CARRION, 2014, p.375). Na autêntica subempreitada existe, do

⁵Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

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





lado subcontratado um empreendedor, uma empresa que desenvolve a atividade pactuada com ordens próprias, iniciativa e autonomia, diverso de uma simples locação de mão de obra. Evidentemente, na prática diária, encontrar-se-ão vários exemplos de verdadeiros locadores de mão de obra no setor da construção civil, que arregimentam trabalhadores e os colocam à disposição de uma empresa, dela recebendo ordens. Como sustentáculo desta relação direta de emprego se estabelece um falso modelo de subempreitada, configurado uma fraude laboral, nos termos do art. 9º da CLT.

A forma encontrada pelo Poder Judiciário para sanar o referido problema é o reconhecimento da responsabilidade solidária ou subsidiária e a correção da titularidade empresarial da relação empregatícia (CARRION, 2014, p.376). Na empreitada legítima, o empreiteiro torna-se responsável no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo subempreiteiro. Já na simples locação de mão de obra tem-se a responsabilidade solidária e o vínculo forma-se diretamente com o tomador dos serviços⁶.

3 ATIVIDADE-FIM, ATIVIDADE-MEIO E A CONSTRUÇÃO CIVIL

Até a década de 1980, inexistia dispositivo legal que estabelecesse os limites quanto à licitude dos procedimentos de terceirização. Ante a grande carência de regulamentação quanto à referida matéria, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256, em 1986, numa busca de restringir ao máximo o fenômeno da terceirização, admitindo a condição do trabalho temporário e para a contratação de serviços de segurança. O referido posicionamento se fundamentava no entendimento de que a ordem econômica e social teria a finalidade de

⁶TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ILICITUDE. SUBEMPREITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDIÁRIA. O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ADMITE COM RESTRIÇÕES A INTERMEDIACÃO DE MÃO-DE-OBRA, CONSIDERANDO LEGÍTIMOS OS CONTRATOS ASSIM CELEBRADOS DESDE QUE SE DIRIJAM À EXECUÇÃO DE TAREFAS QUE CORRESPONDAM À ATIVIDADE-MEIO DA EMPRESA CLIENTE OU, AINDA, À SUBSTITUIÇÃO DA MÃO-DE-OBRA NORMAL E PERMANENTE DA REFERIDA EMPRESA, CASO EM QUE A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS É SUBSIDIÁRIA, NOS TERMOS DA SÚMULA 331 DO TST. FORA DESTAS HIPÓTESES, TEM-SE COMO ILEGAL A INTERPOSIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA, RESPONDENDO SOLIDARIAMENTE O TOMADOR DE SERVIÇOS PELOS CRÉDITOS INADIMPLIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS, MORMENTE QUANDO CONFIGURADA A HIPÓTESE DE SUBEMPREITADA, COMO NO CASO DOS AUTOS, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 455 DA CLT, QUE FACULTA AO EMPREGADO DEMANDAR EM JUÍZO CONTRA O SUBEMPREITEIRO (PRESTADOR DE SERVIÇOS) OU CONTRA O EMPREITEIRO PRINCIPAL (TOMADOR DE SERVIÇOS). (TRT-19 - RO: 1050201000919008 AL 01050.2010.009.19.00-8, Relator: Pedro Inácio, Data de Publicação: 19/09/2011)



realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, segundo a valorização do trabalho como condição para consolidar a dignidade da pessoa humana e a expansão das oportunidades de emprego (CASTRO, 2014, p.128).

Inicialmente observou-se que o referido posicionamento apresentou uma análise distorcida do que prega a Ordem econômica constitucional, fazendo um pré-julgamento de um fenômeno já consolidado no sistema produtivo, ao tempo em que veio a contrariar o que estava disposto no artigo 455 da CLT, negando a legitimidade do contrato de subempreitada e contribuindo para uma insegurança jurídica maior do que a já existente. Por sua própria natureza, esta espécie de contratação corresponde a uma prestação de serviço e consequentemente haveria uma forte possibilidade de se declarar a ilicitude dos diversos contratos de subempreitada que se encontravam em execução na construção civil quando a matéria fosse discutida na esfera do judicial trabalhista.

A publicação da referida súmula demonstrou-se precipitada. Ela era incompatível com a realidade do fenômeno já desenvolvido no país e buscava marginalizar e renegar algo que já estava consolidado, ferindo assim a própria finalidade da Ciência Jurídica. Em 1993, o referido entendimento veio a ser revisto com a publicação do Enunciado de nº 331, conforme ressalta a supracitada doutrinadora. A redação original do referido enunciado ainda sofreu alterações algumas alterações, dentre elas os limites da responsabilidade da terceirização no âmbito da Administração Pública, por força da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-9/DF, que buscou reconhecer a validade do art. 71 §1º da Lei 8.666/1993, que culminou com a alteração do inciso IV e acréscimo dos incisos V e VI da Súmula 331⁷.

⁷SUM 331-CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - 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).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.





Superado o referido incidente constitucional, a súmula atualmente em vigor ainda é alvo de diversas críticas correspondente ao seu item III, que estabelece uma diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, para verificar a licitude da terceirização analisada.

A partir de então, instalou-se a discussão entre “atividade-meio” e “atividade-fim”, de extrema vulnerabilidade frente à impossibilidade de distinção entre os atos destinados a cada uma das atividades (CASTRO, 2014, p.129). Tal aspecto limitador da licitude da terceirização a atividade-meio, no lugar de facilitar e proporcionar maior segurança jurídica terminou gerando um outro problema prático.

A doutrina tangencia este elemento do direito do trabalho, mas, de certo, não é capaz de definir com precisão o que vem a ser atividade-meio ou atividade-fim, pois o direito do trabalho tenta conceituar fenômeno que lhe é estranho, por ser econômico e extremamente dinâmico (PASTORES, 2015, p.34). O que parece hoje atividade-fim de uma empresa, amanhã poderá ser sua atividade-meio, a depender da dinâmica de produção que passe a adotar. Assim, não há como prosperar a tentativa de identificar o que vem a ser a atividade fim de uma empresa, razão pela qual o referido fator limitador da atividade-meio demonstra-se insuficiente, algo que já pode ser sentido em algumas decisões⁸.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

⁸RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONA DA OBRA Insurge-se o Recorrente contra o capítulo da r. Sentença de primeiro grau que rejeitou a tese acerca da responsabilidade subsidiária da 2ª Vindicada - PROTCTER & GAMBLE DO BRASIL S/A. Aduz que o Autor prestou serviços em favor da 2ª Postulada, a qual não fiscalizou o devido cumprimento por parte da empresa contratada das obrigações trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício, e, portanto, incorreu em culpa in vigilando e in eligendo. Além disso, alega que houve violação ao princípio tutelar do Direito do Trabalho, in dúbio pro misero e o da primazia da realidade. Sustenta, por fim, que houve equivocada interpretação da OJ 191 da SDI-1 do c. TST. Pugna pela procedência da ação, notadamente a imputação de responsabilidade subsidiária da 2ª Ré, e o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais pelas Reclamadas. O Juízo de origem assim se manifestou acerca do tema: “O contrato de prestação de serviços firmado entre a reclamada e a empresa GOTARDO CONSTRUTORA LTDA. prevê na cláusula primeira o seguinte objeto, in literis: 1.1. O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços de projeto e construção civil da nova Planta da P&G no Rio de Janeiro (“Cruz”) pela CONTRATADA (os “Serviços”), nos termos do Anexo I – Especificação e Escopo dos Serviços. O anexo I do mesmo contrato dá conta do serviços prestados, os quais, em apertada síntese, consistiam em execução de atividades de alvenaria, terraplanagem, montagem de estruturas e instalações, pintura, pavimentação, dentre outras, todas intrínsecas e diretamente relacionadas à construção civil da nova planta fabril da reclamada. Verifica-se, portanto, que houve, de fato, contrato de empreitada de obra de construção civil firmado entre a reclamada e o empreiteira, figurando a acionada como dona da obra contratada. Frise-se que a hipótese identificada nos autos não implica na aplicação da Súmula n.º 331 do C. TST, posto que a responsabilidade subsidiária aventada no seu item IV pressupõe uma relação triangular de intermediação de mão de obra, mediante terceirização, de forma ilegal, fato que evidentemente não se cogita no âmbito de um contrato de empreitada para execução de obra de construção civil, no qual não se objetiva a exploração da mão de obra, mas sim o resultado, qual seja, a edificação da nova planta fabril. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 191





A limitação desconsiderou a dinâmica da construção civil e o que dispõe a regulamentação referente ao contrato de subempreitada, regulamentada pelo art. 455 da CLT, que admite a terceirização trabalhista na atividade-fim (CORTEZ, 2015, p.123).

A Súmula 331 mostra-se em desacordo ao que dispõe a CLT em seu art. 455. Nas limitações estabelecidas no item III não há qualquer menção ao referido contrato. Qualquer decisão calcada na referida súmula que venha a declarar a ilicitude da terceirização no setor da construção civil frente à prestação de serviços em atividade-fim configurar-se-á na revisão judiciária das ações legislativas já consolidadas.

Assim como o Poder Judiciário tem avaliado como legítima a terceirização na considerada atividade-fim do setor automobilístico frente à especificidade das atividades desenvolvidas pelos fornecedores de peças e serviços, na construção civil existe um nível de especialização que justifica a aplicação deste recurso.

No processo produtivo da construção civil algumas etapas se sucedem e outras são simultâneas. Um quadro de pessoal único contratado pela empresa para realizar todas as etapas de um empreendimento corresponderia em ociosidade e baixo aproveitamento de boa parte dos trabalhadores não envolvidos na execução da obra. Representaria, ainda, um custo elevado de produção, interferindo no repasse diretamente ao preço final. Além disso, os serviços não seriam realizados com a melhor qualidade possível (PASTORE, 2015, p. 21).

A contratação de serviços especializados é a alternativa encontrada de reduzir os custos, proporcionar eficiência e qualidade na execução dos serviços e ao mesmo tempo garantir ao mercado um produto de preço mais acessível e em menor tempo. O parâmetro estabelecido pela referida súmula correspondente à diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim para avaliar a licitude ou não do processo de terceirização já não se mostra eficiente diante do complexo funcionamento dos setores produtivos.

3.1 O PROJETO DE LEI 4330/2204 E A CONSTRUÇÃO CIVIL

da SDI-1 do C. TST não há responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro. Com esteio em tal entendimento, ao qual me filio, bem como no intuito de evitar expectativa frustrada das partes, reputo inexistente a responsabilidade da reclamada pelas verbas trabalhistas contraídas pela empreiteira GOTARDO CONSTRUTORA LTDA.” (grifo original, fls. 87v/88). (TRT-5 - RecOrd: 00007200420135050371 BA 0000720-04.2013.5.05.0371, Relator: HUMBERTO JORGE LIMA MACHADO, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 24/10/2014.)





Frente à maré de incertezas e inseguranças que avança com a consolidação da terceirização, as relações trabalhistas terminam sendo prejudicadas, pois ao mesmo tempo em que empresas sérias se desenvolvem no setor, abre-se espaço para que diversos aventureiros e oportunistas criem empresas de idoneidade econômica duvidosa e venham a ludibriar trabalhadores e tomadores de serviços, correspondendo em grandes prejuízos para ambos.

O Projeto de Lei n. 4330/2004 é a primeira tentativa do Poder Legislativo brasileiro em criar uma lei geral das terceirizações que proporcione uma maior segurança ao trabalhador e as empresas tomadoras de serviço. O projeto de lei não se limita à polarização entre atividade intermediária e finalística, vez que o problema prático de tal limitação já é sentido com a vigência da Súmula 331 do TST e detalha questões controvertidas na jurisprudência.

Por outro lado, pairam críticas contra o projeto, sob a afirmação de que as empresas terceirizarão todas as suas atividades, gerando desemprego em massa e redução salarial frente aos serviços prestados por terceiros. Não há fundamento para tal raciocínio. A terceirização na atividade-fim é autorizada na construção civil, por força do art. 455 da CLT desde 1943 e até os dias atuais não se verificou o repasse de todas as atividades para as empresas terceirizadas, tampouco em elevação dos índices de desemprego, sendo a maior parte dos empregados do setor atrelados por relação de trabalho direta com as construtoras.

Conforme se tem notícia, nas atividades da indústria automobilísticas, os sindicatos e a Justiça do Trabalho já esboçam posicionamentos a favor da terceirização nas atividades-fim. A diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim já não se mostra como a melhor alternativa para estabelecer os limites da licitude da terceirização. Sabe-se, também, que nenhuma empresa tem interesse em terceirizar todas as suas atividades. Dentro da dinâmica de organização produtiva, mostra-se inviável tal medida porque isto retiraria do titular dos meios produtivos uma das principais vantagens em empreender: a direção total do poder diretivo empresarial, no qual compreende-se a possibilidade de escolher os empregados, fator inexistente na terceirização.

O Projeto de Lei Nº 4.330/04 disponibiliza instrumentos que visam impedir as distorcidas e ilícitas práticas de terceirização. Destacam-se, nesse ponto, os artigos 4º, §3º⁹, art. 5º, 6º¹⁰, 11¹¹ e 16, §1º¹², cujas finalidades centram-se em evitar que empresas prestadoras

⁹Art. 4º, § 3º É vedada a intermediação de mão de obra, salvo as exceções previstas em legislação específica.

¹⁰Art. 5º Além das cláusulas inerentes a qualquer contrato, devem constar do contrato de terceirização:





de serviço forneçam profissionais para diversas atividades da empresa contratante, com o fim de fraudar a legislação trabalhista, obtendo uma mão-de-obra mais barata do que a diretamente contratada.

Outra crítica ao fenômeno são os alegados riscos provocados ao trabalhador frente ao desrespeito pelos prestadores de serviços as importantes normas de saúde e segurança do trabalho, precarizando as condições de trabalho. O projeto de lei busca respaldar o trabalhador e deixa claro a responsabilidade do tomador dos serviços de garantir as condições de saúde e segurança do trabalhador, com o fim de evitar qualquer incidente com os empregados destes, sob pena de responder pelos danos¹³.

Os apontamentos trazidos pelo projeto de lei pretendem dificultar a prática ilegal da simples arrematação de mão de obra por prestadores de serviços. Estabelece o poder

I - a especificação do serviço a ser prestado e do objeto social da contratada;

II - o local e o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III - a exigência de prestação de garantia pela contratada em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada;

IV - a obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, na forma do art. 15 desta Lei;

V - a possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados por parte da contratante se for constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; e

VI — a possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações referidas no art. 15 desta Lei.

§ 1º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo será correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 130% (cento e trinta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada.

§ 2º Para o atendimento da exigência de prestação de garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo, cabe à contratada optar por uma das seguintes modalidades:

I - caução em dinheiro; II – seguro garantia; III - fiança bancária.

§ 3º É nula de pleno direito cláusula que proíba ou imponha condição à contratação pela contratante de empregado da contratada.

Art. 6º Na celebração do contrato de terceirização de que trata esta Lei, a contratada deve apresentar:

I — contrato social atualizado, com capital social integralizado, considerado pela empresa contratante compatível com a execução do serviço; II - inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; e III - registro na Junta Comercial.

¹¹Art. 11. É vedada à contratante a utilização dos empregados da contratada em atividades diferentes daquelas que são objeto do contrato.

¹²Art. 16, §1º Caso não seja comprovado o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias a que se refere o *caput* deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

¹³Art. 13. A contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto esses estiverem a seu serviço em suas dependências ou em local por ela designado.

Parágrafo único. A contratante deve comunicar à contratada e ao sindicato representativo da categoria profissional do trabalhador todo acidente ocorrido em suas dependências ou em local por ela designado, quando a vítima for trabalhador que participe direta ou indiretamente da execução do serviço objeto do contrato.





fiscalizatório do tomador dos serviços, dando-lhe ferramentas para a prevenção de prejuízos tanto para a empresa contratante como para o trabalhador da subempreiteira, uma vez que os pagamentos destas poderão ser retidos quando constatada a existência de dívidas trabalhistas.

O projeto estabelece limites para a licitude da prática da terceirização. Elimina a discussão quanto à diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim para considerar requisitos essenciais a serem observados pelas empresas prestadoras e tomadoras de serviços. Busca proporcionar ao trabalhador o respeito e a garantia de seus direitos essenciais, a exemplo da garantia de salário, férias, recolhimento dos encargos sociais, dentre outros.

CONCLUSÃO

Em decorrência do processo de globalização as relações comerciais passaram por mudanças, as dimensões das empresas superaram as fronteiras de seus países de origem e a dinâmica das relações de trabalho também foram alteradas. A concorrência por mercados passou a ser global e exigiu-se das empresas maior eficiência de seus sistemas produtivos.

O modelo estatal também passou por fortes transformações, desde o início do século XVIII, vivenciando a prática de um liberalismo de mercado, sucedido por intervencionismo estatal buscou o equilíbrio registrado como modelo gerencial moderno.

Em decorrência desta dinâmica, os direitos trabalhistas passaram por transformações. Diante das crises nos anos 70, o modelo de Estado Social entrou em decadência a partir do capitalismo contemporâneo; Neste momento surgem as primeiras perspectivas da flexissegurança, implantada pela nova divisão internacional do trabalho, dentre as quais o fenômeno da terceirização trabalhista.

A terceirização aportou no Brasil, passou também por um longo processo de desenvolvimento, prejudicado frente à ausência de uma legislação específica sobre a matéria, gerando as mais diversas discussões quanto a sua licitude e abrangência. O Estado brasileiro foi um dos primeiros a buscar a descentralização de suas atividades e transferi-las para empresas especializadas, fato justificador da opção por um modelo mais eficiente.

Entretanto, foge a própria lógica do direito repudiar uma realidade social que insta regulamentar. A negativa criada em relação à terceirização significa negar a existência de uma vasta quantidade de trabalhadores inseridos em sua dinâmica. Não fosse só isso, a negativa ao



fenômeno, significa negar uma prática já contemplada ainda durante a vigência do direito clássico do trabalho, a exemplo do contrato de subempreitada, previsto pela CLT, em 1943, pela CLT e os contratos de locação de serviços, empreitada, parceria e arrendamento, previstos desde o Código Civil de 1916.

No âmbito da construção civil, precisa-se levar em consideração que o fenômeno já é uma realidade consolidada há muitos anos e que tem respaldo legal celetista. Os limites da Súmula 331 do TST - quanto à licitude da terceirização se mostram falhos - principalmente quando o que se busca não é regular o avanço ou retração da terceirização, mas assegurar ao empregado a garantia dos seus direitos sociais trabalhistas.

A exemplo de outros setores, a construção civil envolve uma dinâmica produtiva complexa estabelecida em etapas descontínuas e repletas de especificidades, as quais se fossem realizadas diretamente por uma única empresa tornaria inviável o seu desenvolvimento. Uma vez que este setor produtivo configura-se efetivamente como uma indústria de montagem, na qual a subdivisão das atividades para empresas especializadas assegura a execução de uma obra agregada por uma maior qualidade, menor custo e tempo de execução, o processo de terceirização dos serviços tenderá a prosseguir.

Diante desta constatação, entende-se que o Direito brasileiro recepcionou tal fenômeno ao setor da construção civil nos termos do art. 455 da CLT, mas por outro lado, as dificuldades decorrentes da ausência de uma regulamentação precisa e detalhada da matéria tem levado a expansão de uma imagem negativa quanto a sua prática e proporcionado situações de conflito entre órgãos fiscalizadores, empresas do setor e o Poder Judiciário. A admissão da terceirização na Construção Civil sem a regulamentação precisa reflete a possibilidade do surgimento de empresas terceirizadas desestruturadas e aventureiras que terminam funcionando como simples intermediadoras de mão de obra sem atender a finalidade do contrato de subempreitada.

Para atender os princípios fundamentais do trabalho e da Ordem Econômica Constitucional, assegurando o progresso social e a valorização do trabalho, o fenômeno da terceirização, já instalado na construção civil, necessita de uma legislação específica para estabelecer responsabilidades e competências de fiscalização do tomador e do prestador de serviço durante a execução do contrato. Imprescindível que se criem condições restritivas à





criação de empresas que atuem na prestação de serviços especializados, exigindo um capital social mínimo e um empenho de garantias financeiras para cada contrato assumido por elas.

Vê que o foco da terceirização não reside na definição do que seja atividade meio e fim, pois isto, além de atentar contra a própria dinâmica do setor econômico em apreço é de difícil precisão e detalhamento. O critério de solução ora proposto opta por uma postura mais liberal quanto ao caráter intermediário ou finalístico e se foca na exigibilidade de condições financeiras mais robustas àqueles que pretendem atuar no setor, seja como tomador de final ou prestador de serviço.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. **Terceirização: Uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea**. 2014: Ltr, 2014.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Terceirização Trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. 6. ed. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010..

MOREIRA, João Carlos; SENE, Eustáquio de. **Geografia Geral e do Brasil: Espaço geográfico e Globalização**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2004.

PASTORE, José Eduardo G. **Terceirização: Necessidade para a Economia, desafio para o Direito**. São Paulo: Ltr, 2015.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

