

Terceirização à Luz do Princípio Essencial da Primazia da Realidade Outsourcing the Light of the Primacy of Essential Reality Principle

Leidiel Araújo de Oliveira¹

Resumo:

O presente artigo foi desenvolvido sob a perspectiva da terceirização à luz do Princípio Essencial da Primazia da Realidade, bem como uma leitura a cerca das generalidades da terceirização no ramo do Direito do Trabalho. Apresentando os fundamentos e as consequências práticas desse princípio trabalhista, delimitamos as fronteiras entre atividade-fim e atividade-meio, como também a relação de tal princípio com a tutela da confiança e os preceitos constitucionais da boa-fé objetiva e da igualdade. Para tanto, pontuamos alguns períodos da evolução do Direito do Trabalho, assim como da flexibilização das normas trabalhistas e a evolução do trabalho terceirizado. Esclarecendo a terceirização, mostrando sua evolução histórica, as formas de caracterização (lícita e ilícita) e seus efeitos jurídicos. Esta pesquisa foi desenvolvida com base na jurisprudência e doutrinas atuais, pontuando sobre o estudo da terceirização e suas relações com o direito, especialmente o direito do trabalho, a partir da investigação e aplicação dos princípios gerais de direito e dos princípios do direito do trabalho estabelecidos pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Terceirização; Princípios do trabalho; Constituição Federal de 1988.

Abstract

The present article was developed under the perspective of the outsourcing by the light of the Essential Beginning of the Primacy of the Reality, as well as a reading her around the generalities of the outsourcing in the branch of the Right of the Work. Presenting the bases and the practical consequences of this labor beginning, we delimit the frontiers between activity-end and activity-way, just as the relation of such a beginning with the protection of the confidence and the constitutional precepts of the objective good-faith and of the equality. For so much, we punctuate some periods of the evolution of the Right of the Work, as well as of the flexibility of the labor standards and the evolution of outsourced work. Clarifying outsourcing, showing its historical evolution, forms of characterization (licit and illicit) and its legal effects. This research was developed on basis of the jurisprudence and current doctrines, punctuating on the study of the outsourcing and his relations with the right, specially the right of the work, from the investigation and application of the general beginnings of right and of the principles of the right of the work established by the Constitution of 1988.

Keywords: Labor Law; Outsourcing; Principles of Labor; Constitution of 1988.

Recebido em: 30 de outubro de 2014

Aceito em: 2 de fevereiro de 2015

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém/PA.

I. Justificativa e Problematização

A primazia da realidade dentro da lógica do ordenamento jurídico trabalhista mostra-se como solução constitucional frente a real e corriqueira desigualdade nas relações de emprego da atualidade, em que se observa o empregador (com domínio econômico maior), impondo sua vontade ao empregado (trabalhador hipossuficiente) nas mais diversas formas de trabalho, em especial a terceirização. Nesse sentido, os vários problemas que emergem no campo das relações do trabalho e do ordenamento jurídico provindos dessa relação configuram-se como novas necessidades e formas de organização e execução do trabalho, infringindo muitas vezes na própria lei, gerando as fraudes, a intermediação de mão-de-obra ilegal, a precarização do contrato de trabalho, a representação sindical, e o desemprego. Nessa lógica, tal princípio tem como finalidade a garantia da dignidade da pessoa humana, com promoção de igualdade no relacionamento terceirizado, assim como, a tutela da confiança na relação jurídica empregatícia e o bem comum baseado na boa-fé objetiva da norma.

II. Objetivo Geral e Específico:

– Objetivo Geral

Estudo sucinto acerca dos principais princípios norteadores do direito do trabalho, em especial o princípio da primazia da realidade, analisando a evolução do Direito do Trabalho, assim como da flexibilização das normas trabalhistas e a evolução do trabalho terceirizado (terceirização).

– Objetivo específico

Analisar os aspectos jurídicos do princípio da “Primazia da Realidade” dentro do ramo do Direito do Trabalho, apresentando os fundamentos e as consequências desse princípio trabalhista junto à prática da Terceirização, bem como a pouca legislação existente sobre a mesma.

III. Metodologia

No presente artigo adotar-se-á a pesquisa exploratória, mediante análise de material bibliográfico, documental e jurisprudencial.

1 Introdução

De forma sucinta, o direito do trabalho surgiu mediante a necessidade econômica das relações laborais, em que as liberdades existentes de contratação entre as pessoas com poder e capacidades econômicas desiguais se fazia presente. Tais relações, historicamente, levaram o empregado a uma intensa e constante luta pela conquista de direitos que dessem resposta aos abusos praticados pelos empregadores. As contratações representavam, muitas vezes, uma explícita exploração abusiva de direitos. O intervencionismo estatal quando sensível as desigualdades sob o hipossuficiente, moldou a legislação trabalhista brasileira. O Direito do Trabalho constituiu-se assim como fonte de recurso material aos trabalhadores, uma vez que passou a regular as relações jurídicas de emprego, “sanando” as disparidades de poder entre as partes, com base fundamentalmente nos princípios da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o princípio da primazia da realidade, assim como os demais princípios do Direito do Trabalho, se baseia na hipossuficiência do trabalhador para garantir a esse uma proteção contra eventuais abusos por parte dos empregadores no que concerne às divergências entre a prestação de serviços e o que está documentado, com vistas ao que entende o ordenamento jurídico atual da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Além disso, esse princípio ordena que os fatos devam prevalecer sobre os documentos. Logo, no Direito do Trabalho, os documentos acessórios ao contrato de trabalho não têm a natureza “*Juris et de Jure*”. Dessa maneira, objetiva-se a elucidação da importância do princípio da primazia da realidade para a incidência da boa-fé objetiva, tutela da confiança e igualdade substancial na relação de emprego.

1.1 Principais pontos acerca do Direito do Trabalho

Percebemos que o processo construtivo do direito do trabalho deu-se mediante conflito de classes através dos séculos, e por ser um direito social, haveria a necessidade de um sistema jurídico capaz de proteger os trabalhadores dos abusos advindos dos empregadores. Nas palavras de Martinez (2012, p. 66): “o direito do trabalho foi o

primeiro dos direitos sociais a emergir e, sem dúvida, por conta de sua força expansiva, o estimulante da construção de tantos outros direitos sociais [...]”.

Para tanto o direito do trabalho surge como um conjunto de princípios e regras normativas, capazes de regular a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas provenientes dessas relações. Nesse sentido, entende-se que a Justiça do Trabalho passaria a dirimir conflitos à luz do direito do trabalho. Nessa atuação distintiva do direito, características fundamentais formariam o arcabouço desse instituto, tais como: o intervencionismo, o protecionismo, o reformismo social, o coletivismo, o expansionismo, o cosmopolitismo e o pluralismo de fontes.

Através dos tempos, a relação de trabalho influenciada pelas transformações sociais, passou por várias mudanças ao longo da história, ao ponto da própria sociedade passar a cobrar do Estado regulamentação quanto às relações de trabalho. Porém, já no final do século XX surgem os fenômenos da globalização e do neoliberalismo, representando um novo e grande impacto ao Direito do Trabalho e nos Direitos Sociais protegidos pelo Estado. Sendo a função maior do direito o equilíbrio entre as relações sociais frente a uma realidade específica.

O direito do trabalho, apesar de autônomo, procura agora estabelecer seus entendimentos com base nos princípios da Constituição Federal. Os quais, em conjunto aos princípios do trabalho, funcionam como verdadeiras normas jurídicas, que elucidam o significado e o sentido de sua existência no sistema jurista-trabalhista para a interpretação e aplicação ao caso concreto.

2 Princípios do direito

Os princípios, de forma geral, fazem parte das regras morais e dos valores que orientam o comportamento coletivo das pessoas na sociedade, tais princípios evoluem e sofrem com o tempo valorações éticas e também políticas, constantes do ambiente moral de cada sociedade. Violar um princípio constitui falha mais grave que transgredir uma regra, pois sua desatenção implica ofensa a todo sistema de normas existentes. Logo, os princípios jurídicos são o fundamento sobre o qual se assenta o ordenamento jurídico, informando o seu nascimento, interpretação, integração e controlando o exercício dos direitos.

Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio que:

Um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema (...). Os princípios são verdadeiras normas, pois, em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também; em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso (BOBBIO, 1997, p. 115)

Podemos definir “princípio como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” (MELLO, 2000, p. 138). Os princípios são verdadeiras normas jurídicas, visto que a disposição do artigo 4º da LICC, de aplicação a todo o direito, manda recorrer, na falta de normas, aos princípios gerais do direito. No mesmo sentido, a legislação trabalhista (CLT- decreto-lei n.º 5.452, de 1º/5/1943) traz em seu artigo 8º que, conforme a necessidade, as autoridades competentes poderão decidir também conforme os princípios gerais de direito. Isto é, na ausência de disposições legais ou contratuais, de normas heterônomas ou de normas autônomas, as autoridades administrativas e judiciárias podem, conforme o caso, da jurisprudência, da analogia, da equidade, bem como dos princípios e normas gerais de direito.

Nesse sentido, segundo Miguel Reale (1996, p. 59), princípio possui duas acepções, “a primeira, de ordem moral, e a segunda, de ordem lógica. Naquela se enquadra o sentido ético, para significar as virtudes, a boa formação e as razões morais do homem; esta, por sua vez, deve partir da escoreita compreensão de juízo”. Os princípios gerais, ao lado das regras, são verdadeiras normas jurídicas, independentemente de estarem positivados ou não.

Pode-se, com isso, concluir que cada ramo da ciência jurídica possui princípios próprios, evidenciando sua autonomia, de forma que esses podem ser utilizados para a melhor compreensão das normas expressas. Tais princípios possuem significação de direito, os quais devem ser utilizados pelo intérprete e aplicador da norma, em conjunto ou isoladamente, diante de um caso concreto, a fim de obter o melhor resultado.

2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

A Constituição de 1988 traz sob sua proteção alguns princípios gerais de direito, também aplicáveis ao direito do trabalho, isto é, princípios fundamentais constitucionais, norteadores do direito do trabalho, os quais são: o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º e no caput do artigo 170 da CF/88),

dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade entre homens e mulheres.

Tais princípios possuem carga normativa extremamente vigorosa, a qual não pode ficar como mera promessa do legislador constituinte, mas, sim, deve ser expressa e concretizada em cada manifestação jurídica. Haja vista que o trabalho humano assenta-se no princípio da livre iniciativa, relativizado em função do valor preponderante da dignidade da pessoa humana. Realça-se dessa forma uma profunda identidade do direito do trabalho com a concepção do Estado Democrático de Direito. Tal como observamos no artigo 5º da CF/88.

Vale ressaltar também que além dos princípios já citados, temos também os princípios constitucionais específicos do direito do trabalho, os quais são essenciais a proteção do trabalhador: a) proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I); b) irredutibilidade dos salários (artigo 7º, inciso VI); c) reconhecimento das convenções e acordos coletivos (artigo 7º, inciso XXVI); d) proteção em face da automação (artigo 7º, inciso XXVII); e) a liberdade sindical (artigo 8º); f) não interferência do Estado na organização sindical (artigo 8º, inciso I); g) direito de greve (artigo 9º); h) representação dos trabalhadores na empresa (artigo 11), todos da Constituição Federal de 1988. Estes princípios são essenciais e devem ser sempre inseridos nas relações jurídicas do trabalho, de forma a servirem como princípios fundamentais constitucionais para garantir e assegurar o direito individual do trabalhador.

2.1.1 Princípio da proteção

O fundamento do princípio da proteção tem como objetivo o equilíbrio entre o capital e a força de trabalho. Este princípio divide-se em três outros princípios que visam fundamentalmente garantir as melhores condições de serviço aos trabalhadores, bem como, a aplicação da norma mais correta e favorável ao empregado. Sendo eles: “In dúbio pro operário”, “Aplicação da norma mais favorável” e “condição mais benéfica”. Para Francisco Rossal (1996, p. 77): “[...] o princípio da proteção do trabalhador é uma opção do direito do trabalho em favorecer a parte mais fraca da relação empregado-empregador, ou seja, através de uma série de normas compensatórias, inclina-se para proteger o empregado”.

O princípio do “In dúbio pro operário” volta-se a interpretação da norma e de sua aplicação de forma mais benéfica ao trabalhador. Pois havendo um dispositivo de lei ou de um contrato que enseje interpretação em sentido dúbio, a regra é que será adotada a interpretação mais benéfica ao trabalhador.

O princípio da “Aplicação da norma mais favorável” será aplicado sempre que houver uma pluralidade de normas, devendo-se optar por aquela mais favorável ao trabalhador. Valendo ressaltar que diante da aplicação deste princípio não haverá hierarquia de normas, mas sim, a aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador.

Já o princípio da “condição mais benéfica”, consiste em manter os direitos e privilégios alcançados pelo trabalhador no decorrer do contrato de trabalho, a exemplo, o art. 10 da CLT em que: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. Bem como visto também no art. 468 da CLT.

A função desse princípio é fundamental para a orientação do direito do trabalho uma vez que rompe com a premissa de que as partes da relação jurídica de trabalho são iguais. Deve-se tutelar os direitos da parte que possui evidente inferioridade, ou seja, o empregado.

2.1.2 Princípio da irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ou princípio da indisponibilidade (art. 9 CLT), em regra, impede que o empregado renuncie a direitos decorrentes da relação de emprego que lhe foram conferidos pelo Estado. Isto é, protegendo o trabalhador contra a sua própria vontade. Por este motivo, em regra, o silêncio ou a concordância do empregado com a supressão de algum direito seu decorrente da relação de emprego não produzirão qualquer efeito, pois o Estado não lhe concede a faculdade de abdicar dos mesmos. Este princípio vem a garantir os direitos mínimos do trabalhador, não possibilitando ao empregado privar-se voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, dos direitos concedidos pela legislação trabalhista.

A exceção a esse princípio ocorre quando a norma jurídica expressamente conceda ao empregado a faculdade de praticar o ato. A lei veda, por exemplo, que o trabalhador abra mão do seu décimo-terceiro, férias ou aviso prévio, tachando como nulo qualquer documento que expresse tal vontade do trabalhador. Admite, porém, a

convenção ou acordo coletivo de trabalho, quando se tratar de direitos disponíveis do trabalhador, artigo 7º, VI, da CF/88.

2.1.3 Princípios da boa-fé

A boa-fé é um princípio jurídico fundamental. Volta-se a uma conduta legítima sem prejudicar terceiros pessoas, ou lealdade, no sentido de honestidade, que é o vigente no Direito do Trabalho, em respeito a “dignidade da pessoa humana”. Tal princípio de boa-fé apresenta-se por duas facetas: subjetivo, que é a estima, e o jurídico, que é a sua conduta exteriorizada. Além disso, este princípio, de forma geral, deve existir entre ambas as partes no direito laboral em virtude do mútuo relacionamento entre empregado e empregador (valor ético do trabalho).

A dignidade da pessoa humana tem valor substancial, tanto que para o doutrinador Alexandre Moraes (2007, p. 16): “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”.

O homem trabalhador deve ser visto como sujeito-fim e não o objeto-meio do desenvolvimento. Deve-se nessa tônica, garantir a eficácia fundamental em relação aos direitos do homem, seus direitos sociais. O contrato de trabalho é, portanto, oneroso e comutativo. Gera direitos e deveres para ambas as partes; ou seja, há prestação e contraprestação. Por isso, o empregado deve trabalhar bem e o empregador, em contrapartida, fornecer-lhe todas as condições humanas e materiais para o desenvolvimento de uma relação de trabalho digna e justa.

2.1.4 Princípio da razoabilidade

A responsabilidade subsidiária, à luz do princípio da razoabilidade, pressupõe hipóteses de terceirização pessoal (de serviços). Uma vez que, os trabalhadores da empresa fornecedora de mão-de-obra sujeitam-se a obrigações de meio, com apropriação imediata da força de trabalho pela empresa cliente.

Percebemos que o princípio da razoabilidade, mesmo não sendo especificamente trabalhista, é aplicado constantemente nas relações de trabalho atuais, sendo “[...] a

qualidade daquilo que esteja conforme a razão, entendida como a faculdade de que dispõe o ser humano de avaliar, julgar e ponderar idéias universais, concebidas na medida em que seja possível conhecer o real por oposição ao que é aparente” (MARTINEZ, 2012, p. 271).

2.1.5 Princípio da continuidade da relação de emprego

Nos ensinamentos de Demétrius Vecchi, o Princípio da continuidade da relação de emprego fundamenta-se na norma constitucional de 1988:

A Constituição Federal de 1988 traz, sob o título “Dos Princípios Fundamentais”, em seu artigo 3º, primeira parte, o trabalho como valor social e, em seu título “Da Ordem Econômica e Financeira”, como um dos princípios gerais da atividade econômica, no inciso VIII, do artigo 170, a busca pelo pleno emprego, evidenciando, dessa forma, que o contrato de trabalho deve ser visto como de interesse social e público (VECCHI, 2004, p. 144)

O princípio da continuidade pode ser entendido como aquele que visa “atribuir à relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos”, gerando, por isso, presunções sempre favoráveis aos trabalhadores. Nessa lógica, se um contrato por tempo determinado é violado em algum dos seus requisitos previstos em lei, há, por bem da continuidade, uma conversão do ajuste por tempo determinado em um contrato por tempo indeterminado.

O entendimento cristalizado pelo TST, através da Súmula 212 do TST, descreve: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado” (Res. 14/1985, DJ, 19-9-1985).

3 Terceirização

3.1 Conceito

A doutrina e a jurisprudência designam terceirização como uma: subcontratação, terciarização, filiação, recontração, desverticalização, descentralização, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria, etc. A expressão “terceirização” adivinha de um neologismo utilizado pela ciência da Administração,

significando uma forma de reestruturação administrativa, pela qual uma empresa transfere para outras determinadas atividades produtivas, em regra, não relacionadas diretamente a sua atividade produtiva principal.

A terceirização para Renato Saraiva (2013, p. 111): “permite que uma empresa contrate empresas intermediárias para a execução de determinadas atividades sem que tal fato gere vínculo empregatício direto com os prestadores de serviços”. Levando a uma flexibilização das normas.

A terceirização pode ser definida apenas como “[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal” (SILVA, 2002, p. 65). Logo, percebemos com isso que a terceirização vem a constituir um repasse da atividade-meio, não sendo diretamente relacionado com o objetivo principal da empresa contratante, em relação à empresa contratada, que mantém com a mão-de-obra apenas um vínculo empregatício. A empresa terceirizada figura como intermediária na relação.

Conforme nos ensina Maurício Delgado (2002, p. 417): “a Terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista”. Já segundo Gabriela Delgado pode-se compreender a terceirização como “[...] utilização de mão-de-obra terceirizada (“emprego terceirizado”), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas” (DELGADO, 2003, p. 142).

Em acordo com Rubens Ferreira de Castro, terceirização é “[...] uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal” (CASTRO, 2000, p. 78).

Diante o exposto dos autores, pode-se afirmar que a terceirização configura-se como uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação.

3.2 Natureza jurídica da terceirização

A natureza jurídica da terceirização é contratual, pois há a celebração de contrato entre duas pessoas, físicas ou jurídicas, baseado no acordo de vontades, em que a primeira (prestadora de serviços) prestará à segunda (tomadora de serviços) serviços especializados de forma continuada

Para Sergio Martins ao se referir à natureza jurídica da Terceirização “[...] dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos distintos” (MARTINS, 2003, p. 25). No entanto tal caráter da terceirização dependerá, tanto da forma contratual, quanto do acordo de vontades representado pela celebração de um contrato.

3.3 Breve histórico da terceirização

A terceirização remonta os tempos da II Guerra Mundial, quando os EUA aliaram-se aos países europeus para combater as forças nazistas e os Japoneses. As indústrias de armamento da época não conseguiram abastecer o mercado, necessitando suprir o aumento excessivo da demanda e aprimorar o produto e as técnicas de produção.

Segundo Sergio Martins (2003, p 16): “a idéia de terceirização surgiu no mundo durante a Segunda Guerra Mundial, pois foi nesse período que as grandes indústrias de armamento estavam sobrecarregadas e buscaram uma solução para atender a toda a demanda”. Essa necessidade demonstrou que a concentração industrial deveria voltar-se para a produção, e as atividades de suporte deveriam ser transferidas para terceiros.

A partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia. No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. As empresas dessa época objetivavam o aumento do lucro, com mão de obra barata e com menores custos de produção, sem tantas preocupações com a legislação trabalhista desse contexto, apesar da mesma visar pela proteção do hipossuficiente da relação de trabalho.

Segundo o entendimento ainda do autor Martins Sergio:

No Brasil, a idéia de terceirização foi trazida por empresas multinacionais por volta de 1950. Encontram-se seus primeiros passos nos decretos-leis 1.212 e

1.216, de 1966, que autorizavam aos bancos dispor de serviços de segurança bancária prestados por empresas particulares; no decreto-lei 63.756, de 1968, que regulamentou o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, e no decreto-lei 1.034(10), de 1969, que tratou das medidas de segurança para as instituições financeiras (MARTINS, 2003, p. 16).

O termo “terceirização”, no Brasil, foi adotado inicialmente no âmbito da administração de empresas. Posteriormente, os tribunais trabalhistas também passaram a utilizá-lo, podendo ser descrito como a contratação de terceiros visando à realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa.

A partir do Decreto-Lei 200/67, as tarefas executivas passaram a ser executadas indiretamente, via contrato de intermediação de mão-de-obra. Já na década de 70 foi publicada a Lei 5.645, que previa que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” seriam objeto de execução mediante contrato, conforme determinado pelo Decreto-Lei 200/67.

A globalização representou a outra face da moeda, que diante da economia mundial mostrou-se como um fruto do capitalismo, com uma nova concepção entre o capital e o trabalho, com grande expansão dos mercados na busca de acumulação de capital, uso de mão-de-obra barata dos países subdesenvolvidos e o baixo custo para a produção.

Tal dinâmica dos mercados e dos bens e serviços, durante a expansão do capitalismo global, levaram a uma degradação do poder estatal, o qual acabou perdendo força frente à economia de mercado e deixando conquistas sociais serem alvo do crescente neoliberalismo, capaz de, através de uma política flexibilizadora das normas trabalhistas, e do processo globalizador, gerar postos de trabalho com diminuição dos encargos trabalhistas e das normas trabalhistas em prol de atender uma nova dinâmica do mercado, à exemplo, a redução do salário, art. 7º VII; a redução da jornada de 8 horas diárias, art. 7º XIII e a redução da jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, etc.

De acordo com Maurício Delgado, “a terceirização teve sopro de crescimento no país apenas a partir da década de 70. Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da Terceirização” (DELGADO, 2002, p.418-19). Durante os anos foram criadas normas específicas de terceirização, como o trabalho temporário (Lei 6.019/74), serviços de vigilância bancária (Lei 7.102/83), serviços de telefonia (Lei 9.472/97) e nas concessionárias de serviço público, na forma definida na Lei 8.987/95.

Somado a esse contexto de flexibilização dos direitos do trabalho, o TST, através da súmula 331 regulou o instituto da terceirização, com o fim principal de reduzir custos e acelerar a economia (desverticalização). Com isso, temos um enfraquecimento dos direitos trabalhistas e sociais na definição bilateral típica da relação de emprego, com resultados que ferem as condições de trabalho no Brasil.

Tal súmula 331 buscou esclarecer o contraponto entre terceirização lícita e ilícita e dispôs sobre os quatro casos, excepcionais, em que é possível terceirizar o serviço, quais sejam, o trabalho temporário para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa, ou seja, a terceirização na atividade-fim da empresa é ilegal, sendo excepcionalmente permitida no caso do trabalho temporário; serviços de vigilância; serviços de conservação e limpeza; e serviços especializados, ligados a atividade-meio do tomador do serviço.

A Lei 8.863/94 ampliou a hipótese de terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para as pessoas físicas. Assim, na esfera privada, apenas estes dois tipos de terceirização (trabalho temporário e vigilância patrimonial) eram permitidas pela lei. Já a lei 8.949/94 introduziu o parágrafo único do art. 442 da CLT, estimulando as terceirizações por meio de cooperativas, determinando que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

O Ministério do Trabalho e Emprego, considerando a necessidade de se uniformizar o procedimento de fiscalização do trabalho, após o advento da súmula 331, editou Instrução Normativa nº 3 de agosto de 1997, dispondo sobre a fiscalização do trabalho nas empresas, a fim de evitar fraudes na terceirização. De acordo com a instrução, empresa terceirizante é a empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última. Já a empresa tomadora é conceituada como “a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que celebrar contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros, com a finalidade de contratar serviços”.

Valendo dizer ainda que a tomadora e a contratada devem desenvolver atividades diferentes e ter finalidades distintas, bem como que os empregados da

empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinadas ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante, nem podem prestar serviço diverso ao qual foi contratado.

3.4 Caracterização da Terceirização

Terceirização basicamente entendida como uma contratação de serviços por meio de empresas, intermediária (interposta) entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes. É um procedimento administrativo que possibilita estabelecer um processo gerenciado de transferência, a terceiros, da atividade-meio da empresa, permitindo a esta concentrar-se na sua atividade principal.

Existem, no entanto, atividades que podem ser terceirizadas e outras não. Quanto as atividades que podem aderir a terceirização abarcam todas as áreas da empresa definida como atividade-meio. A CLT, no art. 581, § 2º dispõe que se entende por atividade-fim a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades converjam exclusivamente em regime de conexão funcional. Por exemplo, serviços de alimentação, serviços de conservação patrimonial e de limpeza, serviço de segurança, serviços de manutenção geral predial e especializada, engenharias, manutenção de máquinas, equipamentos, etc.

Já em relação as atividades que não podem ser terceirizadas, estão vinculadas a uma forma ilegal de serviço. A terceirização encontra-se ligada diretamente ao produto final. Isto é, A atividade-fim é a constante no contrato social da empresa, pela qual foi organizada. As demais funções que nada têm em comum com a atividade-fim são caracterizadas como acessórias, ou de suporte à atividade principal, as quais podem ser terceirizadas. Valendo ressaltar que isolando a atividade-fim, todas as demais podem ser legalmente terceirizadas. Temos as normas sobre terceirização contidas na legislação, disciplinadas pelo Enunciado TST na súmula nº 331.

A terceirização representa uma forma atual e moderna de desenvolvimento comercial e industrial, uma maneira inteligente encontrada para enfrentar problemas de custos de produção e de comercialização de produtos. Uma técnica moderna de administração de empresas, sendo hoje adotada por um número elevado de empresas,

especialmente as grandes e médias, o que produz reflexos nas áreas social, econômica e jurídica.

Na terceirização temos a figura do tomador de serviços, que contrata a empresa ou pessoa física, para intermediar a prestação laboral, estando os trabalhadores a ela vinculados. Já a relação de emprego em si, se estabelece com a empresa ou pessoa física, cuja atividade consiste em disponibilizar mão-de-obra para outrem (o cliente), havendo uma dissociação dos elementos que caracterizam a relação de emprego, nos moldes tradicionalmente previstos pela legislação trabalhista, valendo notar que o beneficiário final dos serviços não é o empregador dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo.

O modelo trilateral de relação jurídica oriundo da terceirização é efetivamente diverso daquele modelo bilateral clássico que se funda a relação celetista de emprego. Há, necessariamente, a presença de 3 (três) personagens: Empresa de trabalho temporário (intermediadora); Trabalhador temporário; e, Empresa tomadora dos serviços (clientes). Conclui-se, basicamente, que a empresa tomadora pode focar-se apenas na produção do objeto principal, aumentando a qualidade e a produtividade, aliada à redução dos custos de produção. Ou seja, enquanto no modelo tradicional o empregado presta serviços diretamente ao empregador, com o qual possui vínculo empregatício (art. 2º, caput, CLT), na terceirização a relação é trilateral, onde o empregado presta serviços ao tomador, embora não seja seu empregado efetivo. A relação de emprego é estabelecida com outro sujeito, a empresa interveniente ou fornecedora.

As principais formas de aplicação da técnica de terceirização são: desverticalização, prestação de serviços, franquia, compra de serviços, nomeação de representantes, concessão, permissão, alocação de mão-de-obra. Já a desintegração, facção, corporação e descentralização integrada, são específicas de determinado ramo da economia ou ainda incipientes.

É suma importância que se diga ainda que a adoção do Princípio da Proteção do Trabalhador pelo direito do trabalho brasileiro vem a proteger sempre o empregado, mesmo que contra a sua vontade. Tal princípio de proteção do trabalhador resulta das normas imperativas, que são de ordem pública e caracterizam a intervenção do Estado nas relações jurídicas de trabalho.

4 Terceirização à luz do princípio essencial da primazia da realidade

Já observamos que os princípios são considerados como estruturas jurídicas, que têm como finalidade viabilizar a aplicação das normas nos casos concretos. Os mesmos possuem grande relevância no ordenamento jurídico por serem considerados como norteadores do direito e possuírem características informadoras, interpretativas e normativas no direito.

Na legislação do direito do trabalho, o artigo 8º da CLT traz uma função essencial aos princípios, dispondo que os mesmos deverão ser aplicados em caso de omissão legal ou contratual. Isto é, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho.

Tal como se entende também no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Logo, caberia aos magistrados o desenvolvimento do direito no caso de haver lacuna na legislação, na tentativa de alcançar a decisão mais favorável ao caso concreto. Certo é dizer que diante da falta de legislação, a solução vem através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, principalmente nos princípios contidos em nossa Constituição e na CTL faz-se essencial e necessária o uso de outras fontes e interpretações.

É correto afirmar também que tais princípios constitucionais e do trabalho estão acima do direito positivo, na medida em que servem como elemento inspirador, não podendo, porém, tornar-se independentes do sistema, visto que se influenciam mutuamente.

4.1 Princípio essencial da primazia da realidade

O Princípio da primazia da realidade ou “primazia sobre a forma”, que prevê no caso de dissonância entre a realidade fática e os documentos (contratos existentes), a prevalência da realidade do caso concreto, com base na verdade real, pois a realidade dos fatos é insuscetível de adulteração pela vontade humana e os documentos podem exprimir sem exatidão a vontade das partes, além de poderem revestir-se de vícios de formação que prejudicam a sua validade.

Para tanto, podemos afirmar que os registros podem refletir a verdade em muitos casos, porém pode refletir também a ficção destinada a dissimular ou esconder a verdade com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito. Tal princípio da primazia da realidade privilegia justamente o conteúdo real frente a forma ou configuração do contrato de emprego. No caso da terceirização, o efeito principal do contrato é a prestação da atividade, provinda da natureza humana; isto é, os fatos prevalecem sobre a forma contratual, uma vez que são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas, sim, o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos.

Isso nos leva a concluir que o princípio da primazia da realidade decorre do Princípio da Proteção, pois o trabalhador sempre poderá ser beneficiado, tanto pela facilitação da prova de suas alegações, quanto pela ineficácia dos registros desconformes com a situação de fato mais favorável.

Todavia, pode-se dizer que tal princípio tem como finalidade a pessoa humana em sua dignidade; a promoção de igualdade no relacionamento entre elas; o bem comum; a facilitação da boa-fé objetiva; e a tutela da confiança na relação jurídica empregatícia. *In verbis*, o art. 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Em outros termos, o direito do trabalho sempre privilegiará o “contrato da realidade”; isto é, independente do contrato ou documentos, prevalecerá a realidade. Uma vez que a documentação pode refletir a verdade, porém pode refletir a ficção destinada a dissimular ou esconder a verdade com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito.

Segundo Carmen Camino (2003, p. 257), “os requisitos formais essenciais para a formação do contrato de emprego a serem considerados são típicos da relação de emprego, tais como a não-eventualidade dos serviços, subordinação hierárquica do empregado e pessoalidade da prestação da força de trabalho”.

Na CLT observamos o princípio da primazia da realidade em seu artigo 442, *in verbis*, “Art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único – Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Em outros termos, o Estatuto não vê de forma diversa o contrato celebrado tacitamente daquele outro documentado ou registrado. O princípio da primazia da realidade mostra-se então,

novamente, como princípio de proteção do trabalhador, em que considera a realidade em toda sua dimensão, em detrimento da forma, beneficiando o trabalhador frente a realidade que se demonstra através de qualquer meio idôneo.

Essa proteção ao trabalhador, trazida pelo princípio da primazia da realidade se mostra pelo simples reconhecimento de vínculo empregatício do operário quando presta serviços à uma determinada empresa em condições nas quais se configurem os requisitos de uma relação de emprego, pouco importando a forma contratada. Ou então quando do reconhecimento de direitos trabalhistas, quando da prestação de serviço, documentada erroneamente ou não formalizada, sem a devida contraprestação, ainda que os documentos digam o contrário e que o vínculo empregatício já esteja reconhecido. Outra forma seria quando da inversão do ônus da prova e valorização da prova oral e testemunhal, ocorrendo quando os documentos, num primeiro momento não aparentam ser verdadeiros.

4.1.1 Aplicação da Primazia da Realidade

Primeiramente vale dizer que tanto a pessoalidade do empregado como a subordinação do mesmo são elementos caracterizadores da relação de emprego ou do vínculo empregatício, previstos no artigo 3º da CLT. Significa dizer que mesmo que uma determinada empresa prestadora de serviços não esteja devidamente constituída, ainda assim existirá a presunção da relação de emprego com a empresa tomadora de serviços pela aplicação do princípio da primazia da realidade.

A súmula n.º 331 do TST orienta que é possível a contratação de qualquer forma de terceirização na atividade-meio da empresa. No entanto, para que não haja vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços, só se admite a terceirização na sua prática de atividade-meio. Desde que para isso sejam serviços especializados e vinculem-se à atividade-meio; isto é, atividades diferenciadas, com características próprias, em relação ao produto final da empresa, em outras palavras, seria a prestação de trabalho das fornecedoras de serviços, dirigidas a um serviço particularizado, com especificações próprias, e não simplesmente a realização de todo e qualquer tipo de tarefa de interesse à tomadora.

Tais atividades ou serviços seriam aquelas que não visassem aos objetivos finalísticos da empresa (atividades-fim, artigo 581, § 2º da CLT), logo, não se poderia ter a transferência de sua execução por terceiros. Assim teríamos que “as atividades que

integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, ao passo que as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividade-meio” (CASTRO, 2000, p. 101).

Entretanto, é de suma importância e essencial dizer que a proibição da subcontratação na atividade-fim, admitindo-a só na atividade-meio, não se considera aceitável, uma vez que, por vezes, torna-se difícil ou até mesmo impossível fazer essa distinção. A não ser que “a empresa se dedique mais à sua vocação, à sua missão, seus esforços tendem a se concentrar menos na execução e mais na gestão, exigindo qualidade, preço, prazo e inovações” (CASTRO, 2000, p. 103).

No caso da terceirização, essa é a fraude de que trata o artigo 9º da CLT. Como dito anteriormente, atividade-fim e atividade-meio não são conceitos empresariais. Sendo, no entanto, quando ilegal a atividade (ex.: fraude à lei, inadimplemento e inidoneidade financeira das empresas), a necessária responsabilização subsidiária ou solidária do tomador de serviços. *In verbis*, “Art. 9º– Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Sendo muito importante dizer ainda, que a contratação de mão-de-obra na atividade-fim da empresa tomadora do serviço, quando eivada de ilegalidade frente à legislação trabalhista, causa prejuízo ao trabalhador (inadimplemento ou inidoneidade financeira empresarial), torna-se tanto uma fraude que fere o artigo 9º da CLT quanto ao princípio do pleno emprego, contido no artigo 170 da CF/88. *In verbis*, “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego; [...]”

Segundo a súmula nº 331 do TST, a empresa tomadora de serviços quando do inadimplemento do empregador real, mesmo não existindo a caracterização de vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e o empregado da empresa prestadora de serviços, a súmula reserva o direito do empregado de receber da empresa tomadora de serviço os direitos que lhe são devidos. Ou seja, a Responsabilidade subsidiária encontra-se vinculada a terceirização. E é também o que entende Rubens Castro (2000, p. 150) quando diz que: “a responsabilização subsidiária garantirá a satisfação do crédito do trabalhador se a empresa prestadora de serviços não for encontrada, se esta não possuir patrimônio ou se este for insuficiente”.

Tal conclusão do autor é bastante lógica, pois se a tomadora do serviço é beneficiada pela prestação de serviços do trabalhador, ela deve responder subsidiariamente, conforme orientação do inciso IV da súmula 331 do TST. Uma vez que, o inadimplemento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também no título executivo judicial.

4.1.2 A licitude da Terceirização e a Primazia da Realidade

O princípio em questão nos fornece a estrutura necessária para o reconhecimento da relação de emprego do trabalhador com o empregador, deixando transparecer o fato real sobre o conteúdo dos contratos a fim de se evitar fraudes nos contratos de emprego.

A terceirização, seguindo a lógica da relação trilateral (empresa tomadora, empresa fornecedora e trabalhador), poderá ser lícita ou ilícita. Quando lícita temos todos os preceitos legais respeitados do trabalhador. Já quando ilícita, temos uma fraude relacionada aos direitos trabalhistas e com prejuízo direto ao trabalhador, caberá então para isso a aplicação do princípio da primazia da realidade, uma vez que este mostrará os essenciais fatos reais da relação estabelecida entre as partes, os quais determinam o vínculo de emprego, a fim de garantir os direitos essenciais constitucionais trabalhistas.

O trabalho temporário está disposto na lei n.º 6.019/74 e no inciso I e III da súmula n.º 331 do TST, distinguindo a terceirização lícita da terceirização ilícita. Assim como normatizado pela lei n.º 7.102/83, e lei n.º 5.645/70 (serviços especializados). Rubens de Castro (2000, p. 95-6) comenta que “a licitude da terceirização está centrada na ausência de lei que a proíba, devendo, no entanto, ser observados os critérios de sua aplicação, a fim de que não se deixem de lado conceitos elementares do direito do trabalho, tais como contrato-realidade e presença somente do empregado e do empregador na relação de emprego”.

A Constituição Federal, também prevê em seu artigo 7º a proteção do trabalhador, um princípio constitucional fundamental, em que a terceirização no direito laboral é lícita, o tomador de serviços é responsável em caráter secundário pelas obrigações trabalhistas, tendo limitada a sua responsabilidade, que não se fixa como principal ou solidária, mas apenas em caráter subsidiário.

Sabe-se, no entanto, que a terceirização, muitas vezes, baseia-se em um trabalho temporário, esse vínculo encontra-se definido no artigo 2º da lei n.º 6.019/74, e se caracteriza por uma prestação de pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade de substituição temporária de um determinado serviço. Essa intermediação de mão-de-obra temporária vincula-se ao entendimento da alínea “a” do parágrafo 2º do artigo 443 da CLT, que dispõe que “o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo”. O doutrinador Rubens de Castro (2000, p. 128) comenta que o “trabalho temporário é uma das espécies lícitas de interposição de empresas na contratação de trabalhadores, não se confundindo com a terceirização”. Para ele a distinção entre a terceirização e o trabalho temporário está centrada na “duração da contratação, na subordinação do trabalhador com a tomadora, na necessidade da contratação, nas atividades desenvolvidas pelos trabalhadores e na forma de contratação”.

Ao diferenciar o trabalho temporário da terceirização, o mesmo autor entende que “na terceirização o trabalhador não está subordinado diretamente com o tomador dos serviços, pois a direção e a fiscalização direta formam o vínculo de emprego com este, pela aplicação do artigo 3º da CLT” (CASTRO, 2000, p. 128). Ainda para o autor “na terceirização a responsabilidade do tomador é subsidiária, arcando com os débitos trabalhistas deixados pela prestadora de serviços independentemente de falência [...]” (CASTRO, 2000, p. 130).

No caso de falência, a empresa tomadora de serviço é solidariamente responsável pela remuneração e indenização previstas em lei durante o tempo em que o trabalhador esteve à sua disposição, conforme o artigo 16 da lei n.º 6.019/74.

Já uma contratação de mão-de-obra por empresa interposta é, num primeiro momento, considerada ilegal. Exceto, segundo a súmula n.º 331 do TST, o trabalho temporário, os serviços de vigilância, a limpeza e aqueles serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora de serviços. Para tanto, teríamos apenas então apenas a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, do contrário, haveria nulidade na contratação, pois geraria vínculo empregatício junto a empresa tomadora do serviço; logo, caberia a responsabilização solidária da empresa prestadora de serviços, conforme se depreende no artigo 942 do Código Civil/92. Assim, nada mais justo, no caso de a empresa prestadora de serviços ser conivente com a ilicitude da relação contratual, ser solidariamente responsabilizada.

Nesse sentido, a legislação jurisprudencial e o direito do trabalhista primam pelo princípio da primazia da realidade. Onde os fatos podem indicar a existência de uma terceirização lícita ou ilícita de uma sociedade cooperativa autêntica ou não. Acreditamos que a interpretação do direito é essencialmente feita pela interpretação dos princípios, que conferem coerência e equilíbrio ao sistema jurídico. Nestes termos, o princípio da primazia da realidade constitui uma ferramenta de suma importância a pesquisa e a busca da verdade real nas situações de litígio nas relações trabalhistas direcionadas a terceirização.

Tal princípio em essência busca garantir tanto a isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados originais da empresa tomadora de serviços quanto a direta responsabilização da mesma pelos valores trabalhistas oriundos da prática da terceirização e de seu comportamento ilícito, observados no texto da lei (artigo 3º, parágrafo único, CLT) e previstos na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, caput, I; 7º, XXXII.

No entanto, apesar da legislação existente abranger e normatizar certa parte da relação de trabalho terceirizado frente às empresas tomadora de serviços. Assim mesmo, achamos de fundamental urgência o debate de novas e específicas normas que abranjam a lógica do princípio da Primazia da Realidade junto à relação de trabalho trilateral, assegurando assim de forma mais completa as garantias fundamentais, de modo permanente, de cada trabalhador dentro da ordem constitucional.

5 Considerações finais

A terceirização surgiu como uma alternativa especializada/administrativa de otimização dos serviços. Possibilitou as grandes empresas maior qualidade e redução de custos. Entretanto, a pouca regulamentação existente, deu brecha a ilicitude em relação ao pagamento de encargos sociais aos empregados, bem como seus direitos trabalhistas. Em outras palavras, a terceirização, atualmente, acaba por gerar tanto desemprego quanto precarização, pois são reféns da pouca legislação específica que priorize os direitos fundamentais do trabalhador.

A terceirização também se caracteriza como um processo econômico e um poderoso instrumento de inclusão social, bem como formação de renda. No entanto, a pouca legislação existente que a regulariza, torna as relações de trabalho desiguais entre a prestadora de serviço, o trabalhador temporário, e a empresa tomadora dos serviços,

resultando na ilegalidade e na falta da boa-fé objetiva na relação de emprego. Entretanto, mesmo diante da inexistência de fraude, a empresa tomadora de serviços se obriga subsidiariamente a responder pelos prejuízos do empregado vinculado à empresa prestadora.

Não devemos esquecer um dos poucos instrumentos de regulação da terceirização expressa-se na súmula 331 do TST, que considera a legalidade da terceirização de mão-de-obra, desde que esta não atinja a atividade-fim da empresa. Apesar da legislação ordinária atual regulamentar apenas os serviços de vigilância e o trabalho temporário, elas possuem interesse comum de evitar a precarização do trabalho, a dispersão dos trabalhadores em função da desconcentração produtiva, o enfraquecimento dos sindicatos, a informalização das relações trabalhistas e o desemprego.

Em outras palavras, a terceirização é válida mediante forma lícita, isto é, apenas em atividade-meio das empresas, ou quando regulamentadas por lei (ex.: vigilantes). Tudo em prol da segurança dos princípios gerais do Direito do Trabalho, com proteção ao trabalhador. Em face disso, temos também o importante papel dos sindicatos das categorias, que junto ao Poder Legislativo regulamentam e equilibram a terceirização dos serviços, sem, contudo, limitar direitos fundamentais dos trabalhadores, coibindo abusos na ausência de regulamentação específica para utilizar a terceirização na sua forma lícita.

Nesse sentido, a primazia da realidade no Direito Trabalhista vem a aumentar a confiança entre os entes da relação de terceirização, uma vez que assegura de forma mais rígida e legal as obrigações e deveres a todos os envolvidos, assegurando a dignidade da pessoa humana, a partir da interpretação razoável dos fatos e documentos, seguindo basicamente, os entendimentos jurisprudenciais, bem como a súmula nº 331 do TST.

Valendo ainda ressaltar, neste artigo, que não são todas as atividades-meio que podem ser terceirizadas, mas somente aquelas em que inexisterem a pessoalidade e a subordinação direta.

Por fim, é de certo afirmar também que a existência de uma legislação específica que trate o tema da terceirização e que priorize os direitos fundamentais do trabalhador dando manutenção de nível de emprego, bem como delimitando as atividades-fim e atividades-meio, realizando a fixação de piso salarial por função, aumentando a representação sindical, assim como o controle das fraudes e a imposição de barreiras ao

rebaixamento das condições de trabalho, poderia dinamizar o setor de serviços sem perda das garantias constitucionais trabalhistas.

6. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos; ver. Téc. de Cláudio de Cicco; apres. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho - Série Concursos Públicos*. 15ª ed. Saraiva, 2013.

SILVA, Antônio Álvares. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: UPF, 2004.