
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

*Lourival José de Oliveira**

*Simone Esteves Brizola***

Sumário: 1 Da terceirização no Brasil. 1.1 Conceito. 1.2 Histórico. 1.3 Legislação aplicável. 1.4 Terceirização lícita e ilícita. 1.5 Atividade-meio e atividade-fim. 2. Da terceirização e seus reflexos nas condições de trabalho. 2.1 Direitos dos empregados vinculados às empresas de terceirização. 2.2 Das condições reais impostas aos empregados vinculados às empresas de terceirização. 2.3 Da responsabilidade das empresas tomadoras de serviços de terceirização. 2.4 Da terceirização no serviço público. 2.5 Do processo de terceirização e as garantias constitucionais. 3 Propostas de aperfeiçoamento da terceirização no Brasil, seguindo os parâmetros constitucionais. 3.1 Da criação das empresas de terceirização e controle do Estado. 3.2. Da eliminação das diferenças entre atividade-meio e atividade-fim. 3.3 Da solidariedade passiva da empresa de terceirização e o tomador. 4 Considerações finais.

Resumo: A terceirização é um fenômeno da atualidade e pertence ao processo de reestruturação necessária para as atividades empresariais. Tem sido realizada com o objetivo único de reduzir custos, em prejuízo das garantias mínimas para o empregado terceirizado, contribuindo, assim, para a precarização das relações de trabalho. Inexiste legislação específica suficiente sobre o trabalho terceirizado, sendo as questões resolvidas com base nas diversas decisões judiciais, nas quais predomina o entendimento de responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Impõe-se a necessidade de normatização sobre a terceirização no Brasil, e de regulamentação do processo de criação de empresas de trabalho terceirizado, assim como garantir aos trabalhadores terceirizados as garantias mínimas constitucionalmente asseguradas a todos os trabalhadores.

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Docente do curso de mestrado em Direito das Relações Sociais (Universidade Estadual de Londrina). Docente do Curso de Direito (Universidade de Marília)

** Bacharel em direito pela universidade de Marília

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade solidária. Globalização. Garantias constitucionais.

1 Da terceirização no Brasil

1.1 Conceito

As mudanças econômicas, as inovações tecnológicas, os métodos de produção diferenciados, a utilização de mão de obra e as transformações ocorridas nos relacionamentos pessoais e no ambiente de trabalho, trouxeram mudanças significativas no que se refere às relações de trabalho.

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades secundárias, para que a empresa se concentre na atividade-fim (BARROS, 2005, p. 424).

Noutras palavras, é “o liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviços, [...], com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade fim”, sendo que pela realização desses serviços responde somente a prestadora de serviços e que a “empresa tomadora não tem qualquer possibilidade de ingerência na mão-de-obra da empresa prestadora” (OLIVEIRA, 1998, p. 48).

Ocorre, porém, que tem havido um desvirtuamento desse instituto, tornando-se alvo de constantes preocupações no campo do Direito do Trabalho. Toda vez que, com intuito de terceirizar, as empresas utilizarem-se de mecanismos que visam apenas fugir dos encargos trabalhistas e fiscais, estarão prejudicando as relações de trabalho, o que não pode ser mascarado pelo processo de terceirização.

Necessário será, portanto, que a terceirização atenda ao novo modelo organizacional e que preserve a busca pela dignidade no trabalho.

Ao tratar-se de terceirização, devem ser analisados vários aspectos, não só do ponto de vista econômico, mas principalmente do ponto de vista jurídico.

O empregado da empresa de terceirização pode vir a responsabilizar a empresa tomadora, ainda que inexistente vínculo de emprego com esta última, na hipótese de não cumprimento por parte da empresa de terceirização de obrigações trabalhistas para com ele. Discute-se se trataria de responsabilidade solidária ou subsidiária da empresa tomadora, quando houver inadimplência por parte da empresa de terceirização.

Sob certa ótica, pode-se até defender o entendimento de que a terceirização teria a função de diminuir custos, melhorando a qualidade do produto ou do serviço, e assim ter-se-ia a solução para os problemas empresariais.

Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais. E terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviço (BARROS, 2005, p. 424).

Os contratos de terceirização de mão de obra têm características próprias, apontando-se elementos como a especialização do trabalho, direção da atividade pelo prestador, idoneidade econômica do prestador e inexistência de fraude. Tais elementos são fundamentais e precisam ser respeitados e cumpridos, entendendo-se que o bem maior em questão são os direitos do trabalhador.

Há necessidade de acompanhar o progresso e a modernidade, e a terceirização já está nesse contexto, porém, esta não precisa ocorrer de tal forma que o trabalhador perca valores primordiais como a dignidade e a sua própria identidade, enquanto trabalhador.

O conteúdo especialmente prescrito no art. 170 da Constituição Federal aplica-se também ao empregado de empresa de terceirização, razão pela qual este valor deve ser mantido, não importando a existência ou não de empresa interposta. A atividade econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano, caracterizando-se como discriminação no trabalho a existência de tratamentos diferenciados entre os empregados de empresas de terceirização e o restante dos empregados em geral.

1.2 Histórico

No Brasil, percebe-se que o fenômeno da terceirização é relativamente novo, em especial para o Direito do Trabalho, daí, talvez a razão de não existir uma legislação própria, ficando os julgadores muitas vezes limitados à Súmula 331 do TST e algumas leis esparsas, como a Lei nº 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas.

A CLT, talvez pela época da sua existência (1943), estruturada em forma de dispositivo normativo anos mais tarde (1945), e pelo fato do fenômeno da terceirização não se encontrar tão evidente, tenha feito no art. 455 menção apenas a subcontratação de mão de obra, e a empreiteira e subempreiteira no art. 652, “a”, III.

Nos anos de 1970, no entanto, a ordem jurídica foi instituída destacando-se a terceirização.

Mesmo assim tal referência apenas dizia respeito ao segmento público (melhor definido: segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e Lei 5.654/70. A partir da década de 70 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especialmente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74). Tempos depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era temporária) (DELGADO, 2004, p. 123).

Essa formação legislativa foi fundamental para o entendimento do fenômeno que se instalava na economia, e que passou a crescer no país, provocando mudanças no modelo empregatício já existente. Isso fez com que a jurisprudência trabalhista se voltasse para o tema, diante da constatação de inúmeras interpretações jurisprudenciais que ocorriam sobre o assunto. O Tribunal Superior do Trabalho editou duas Súmulas, a 256 de 1986, e a 331 em 1993, sendo que a última revisava a anterior.

A estrutura justtrabalhista brasileira, no entanto, sofre questionamentos com a Constituição de 1988, permitindo-se repensar uma nova fase do Direito do Trabalho. A própria dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho são garantias expressas na CF (art. 1º, III, e 170 caput), permitindo-se olhar o sistema trabalhista vigente sob os fundamentos constitucionais.

A Carta de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais do país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso à autonormatização do Direito do Trabalho (DELGADO, 2004, p. 123).

Apesar da existência da norma constitucional, percebe-se que esta muitas vezes é ineficaz. A ineficácia da norma vem do fato de não se fazer cumprir o que foi descrito na mesma. Desta forma, o que se verifica é a existência de uma norma válida, mas ineficaz, por falta de cumprimento.

1.3 Legislação aplicável

No que se refere à legislação, sabe-se que não há regulamentação específica sobre a terceirização no Brasil no seu aspecto geral, e sim construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, a exemplo da Súmula nº 331 do TST. No que diz respeito ao cumprimento de condições relativas ao trabalho terceirizado junto às concessionárias, cita-se a Lei nº 9.472/97, artigo 94, inciso II.

Observa-se que através desse dispositivo legal, é permitida às concessionárias de serviços de telecomunicações a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares, regulando ainda que de forma incompleta o desenvolvimento ou a realização de determinadas atividades no setor.

A Súmula nº 331 do TST impôs limitações à terceirização, com objetivo de que a atividade-fim da empresa não fosse atingida, preservando a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços. Uma empresa pode ofertar mão de obra à outra empresa para executar serviços, desde que não vincule a atividade-fim da contratada e não haja subordinação dos trabalhadores com a tomadora. Os créditos trabalhistas desses trabalhadores seriam considerados de responsabilidade subsidiária da empresa tomadora.

O critério jurídico adotado, no entanto, não foi feliz. Primeiro porque, para diferenciar atividade lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja, a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma da outra. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio? Mas o mais grave é a definição jurídica, estabelecida no Enunciado 331 do TST, afastou-se da própria realidade produtiva (SOUTO MAIOR, 2004, p. 119).

Inexistindo legislação específica e suficiente para regular o processo de terceirização de mão de obra, esse instituto deve ser utilizado de forma coerente, nos casos de efetiva necessidade, para que não se precarize ainda mais os direitos do trabalhador.

1.4 Terceirização lícita e ilícita

Terceirização lícita é a que ocorre nas atividades-meio, possibilitando a responsabilidade subsidiária do tomador no caso de dívidas de créditos trabalhistas não saldados pelo fornecedor dos serviços. A terceirização

ilícita se realiza na atividade-fim, gerando vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador de seus serviços. Este é o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula n. 331 do TST.

Percebe-se que a terceirização ilícita produz discriminação injustificada. Esta não pode ser utilizada como mero mecanismo de diminuição de custos. Necessário que as empresas continuem se atualizando conforme exigem os movimentos do mercado, mas que a terceirização seja realizada de boa-fé, por empresas idôneas que respeitem os direitos trabalhistas, e ao mesmo tempo dinamizem o mercado de trabalho.

1.5 Atividade-meio e atividade-fim

A atividade-meio, considerando-se o grau de especialização pelos novos métodos e tecnologias, nem sempre é de fácil conceituação. “Há atividades-fim que, ao mesmo tempo que dependem da orientação tecnológica, podem converter-se em atividades-meio e vice-versa.” (ROBORTELLA, 1998, p. 365).

A atividade-fim está ligada diretamente ao núcleo de atividade empresarial, ou seja, é objeto principal, ou possui característica essencial que deixando de existir, pode-se perder a razão de ser. Já a atividade-meio não se concentra no núcleo do empreendimento, ela é o caminho para se concluir o seu objetivo final.

Em muitos casos, as empresas têm terceirizado tarefas que não são passíveis de terceirização, e que em algumas hipóteses assumem o risco, extrapolando a área em que é possível ser terceirizada, que é da atividade-meio.

Deverá o órgão jurisprudencial levar em conta os detalhes de cada processo, considerando a atual realidade social, conceitos e abusos do direito e principalmente a fraude.

Mais do que manusear conceitos e categorias jurídicas, o juiz deverá também ter sensibilidade de levar em conta o conteúdo das relações sociais e humanas presentes nas entrelinhas dos autos que têm às mãos. (MELHADO, 1996, p. 1329).

O modelo de relação de emprego verificado na terceirização tem características peculiares, diferenciando-se daquele modelo de relação de empregado conceituado pela CLT. Nesse modelo organizacional das empresas, ocorreria o desmembramento da figura do empregador, sendo que quem contrata, paga o salário e dirige a prestação de serviço é a empresa contratada. Esse sistema poderia até mesmo comprometer a razão de ser dos princípios fundamentais do direito do trabalho, como

o da continuidade do emprego, o da liberdade de trabalho e inclusive o princípio constitucional da valorização e da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, incumbe ao judiciário a busca de alternativas de interpretação do direito, de forma que sejam alcançados esses princípios fundamentais (MELHADO, 1996, p. 1330).

Nota-se assim que existe a responsabilidade objetiva de quem fez uso dos serviços, por meio da terceirização, devendo este responder pelo inadimplemento da obrigação, sem restrições, defendendo-se aqui uma responsabilidade solidária do tomador, diferentemente daquilo que atualmente vem sendo defendido nos tribunais, conforme será visto nas partes que seguem.

2. Da terceirização e seus reflexos nas condições de trabalho

2.1 Direitos dos empregados vinculados às empresas de terceirização

A terceirização cresce nos dias atuais em vários setores da economia. Da mesma forma, crescem os conflitos de natureza trabalhista entre os trabalhadores terceirizados com as empresas prestadoras dos serviços terceirizados e as tomadoras. Tais trabalhadores carecem de proteção legislativa quanto aos seus direitos trabalhistas.

Destaca-se a importância do princípio da igualdade, não somente no aspecto filosófico, político ou sociológico, mas como instrumento no ordenamento jurídico. Para que se aborde a igualdade, torna-se necessário reconhecer que a desigualdade e a comparação existem (NASCIMENTO, 2004, p. 377).

A igualdade sempre foi princípio constitucional e a Constituição de 1988 é ainda mais ampla do que as constituições anteriores, vedando inclusive diferenças salariais no que se refere ao exercício de funções, destacando entre outros motivos a idade, sexo e o estado civil.

Desta forma, não deve ser outra a ideia, se não a de que o trabalhador pertencente ao sistema de terceirização tem os mesmos direitos que os demais empregados.

Sob o novo prisma constitucional tem-se um novo paradigma para equiparação entre o empregado da empresa de terceirização e o empregado da empresa tomadora. Ou seja, o fato de desempenharem funções idênticas, que apesar do vínculo laboral ser distinto, caminha as prestações de serviço para a mesma finalidade, seja o empregado da empresa de terceirização, seja o empregado da tomadora.

Deixa-se assim uma interpretação no plano da infra constitucionalidade, presa ao ranço da formalidade exagerada e caminha-se para o plano do valor, partindo-se para uma interpretação sistêmica da carta constitucional.

2.2 Das condições reais impostas aos empregados vinculados às empresas de terceirização

Uma das justificativas para a contratação através de empresas terceirizadas é a de que os empregados destas têm melhor capacitação técnica, em razão da especialização das atividades das empresas terceirizadas. No entanto, não é o que se verifica. Ao contrário, a realidade demonstra que as empresas prestadoras de mão de obra apenas contratam os empregados e os colocam na execução de atividades, muitas vezes sem qualquer espécie de treinamento.

Na realidade as empresas de um modo geral não investem como deveriam em capacitação e prevenção de acidente, acabando também por resultar até em danos ao meio ambiente, sem se esquecer de acidentes fatais que levam à morte de empregados.

Constata-se que não há uma efetiva preparação, preocupação e investimento em torno dos empregados de terceirização. “De cada dez acidentes recentemente, oito são terceirizados, a preocupação com a segurança ficou em segundo plano” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2006).

A terceirização no Brasil é precária quanto ao treinamento por parte das empresas terceirizadas em relação aos seus empregados, o que contribui para o aumento do número de acidentes do trabalho, reforçando-se a necessidade de melhor qualificação desses trabalhadores. Por outro lado, não se pode descartar a responsabilidade da tomadora dos serviços sobre as condições em que os empregados terceirizados são inseridos no contexto produtivo.

2.3 Da responsabilidade das empresas tomadoras de serviços de terceirização

O foco da discussão é a responsabilidade da tomadora de serviços na terceirização, encontrando-se de um lado trabalhadores que normalmente foram contratados em grande número, através de pessoa interposta de outras empresas subcontratadas, e sob condições precárias, sendo que estes não têm nenhuma garantia dos seus direitos, pois muitas vezes a empresa pela qual foram contratados não é idônea, não tendo, portanto, meios para

saldar suas dívidas trabalhistas. Há a ocorrência também de empresas que deixam de existir, tornando difícil encontrar seus proprietários para que estes venham a responder por seus atos em juízo.

Em muitas situações, nota-se que o empregado perde até mesmo a referência quanto a quem é o seu real empregador. Ocorre uma multiplicação de contratos de curta duração com várias empresas de trabalho terceirizado, estando todas elas prestando seus serviços para o mesmo tomador.

Assim, a realidade social, pela não vigência generalizada dos direitos humanos fundamentais do trabalho, impõe seja modificada a forma atual pela qual o Poder Judiciário Trabalhista, trata a questão da responsabilização pelo pagamento de verbas oriundas da relação de trabalho quando presente a terceirização. O próprio ordenamento jurídico atual prevê de forma diversa a questão da responsabilidade civil como vem sendo julgada a questão pelo Tribunal Superior do Trabalho e demais cortes trabalhistas, devendo esse entendimento ser atualizado com a novel legislação (CARELLI, 2006, p. 715).

O exposto na Súmula nº 331, mais precisamente no item IV, quando se refere ao inadimplemento das obrigações por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, independente de tratar-se de administração direta, autarquias, fundações públicas e sociedade de economia mista.

A contratada prestadora dos serviços, deve ser idônea e ter condições de garantir os créditos trabalhistas, e ainda conferir a qualidade dos serviços contratados, sendo responsabilizada por todos os seus atos.

a culpa *in vigilando* consiste no não cumprimento pela tomadora do direito-dever de fiscalização que, ressalte-se, lhe é conferido para que possa zelar pela qualidade dos serviços contratados. Isto se deve ao fato de que, se os serviços forem prestados em benefício da tomadora, a ela cabe zelar pelo fiel cumprimento das obrigações decorrentes do contrato (SOUZA, 2001, p. 689).

Com isso, pretende-se repensar que não mais caberia a discussão da culpa, e sim a responsabilidade e dever de indenizar, independentemente de culpa, nos termos dos artigos 927 e 932, do Código Civil. Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva e direta (CARELLI, 2006, p. 717). No entanto, de forma contrária, as decisões judiciais apontam para a responsabilidade subsidiária.

Contudo, mesmo diante do posicionamento diferenciado da maioria dos tribunais pátrios, defende-se aqui a tese da responsabilidade solidária

do tomador em relação aos empregados da empresa de terceirização, não somente no que tange aos direitos trabalhistas dos seus empregados (dos empregados terceirizados), como também no que diz respeito a danos praticados por estes em relação a terceiros, na forma do artigo 932, III, do Código Civil.

2.4 Da terceirização no serviço público

Sobre a terceirização no serviço público, o TST entende, conforme a Súmula nº331, item II, que a contratação mediante terceirização não gera vínculo de emprego com os órgãos públicos.

A mesma Súmula nº331, no item IV, entretanto, ressalva a responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos nos casos de contratação de mão de obra terceirizada.

O argumento de inexistência de lei proibindo a terceirização não pode ser utilizado no caso da administração pública:

Como sabemos, a esta não é, ao contrário dos particulares, permitido fazer o que a lei não proíbe, mas, conforme o Princípio da Legalidade Estrita, só é permitido à Administração Pública realizar aquilo que lhe é previsto em lei (CARELLI, 2003, p. 688).

No âmbito da administração pública, o que se permite é a “cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente (especializadas)”. Analisando o disposto no Decreto-lei nº 200/67, conclui o autor que “em nenhum momento se fala em fornecimento de pessoal, o que seria até mesmo absurdo hoje em dia, face à exigência constitucional de concurso público” (CARELLI, 2003, p. 688).

Di Pietro, citada por Carelli (2003, p. 688):

Esse instituto (terceirização) tem sido constantemente utilizado como forma de burlar a exigência do concurso público. Mascarado sob a forma de contrato de prestação de serviço, ele oculta verdadeiro contrato de fornecimento de mão-de-obra, em que aparecem os atributos da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego.

Sendo assim, a utilização fraudulenta de terceirização para provimento de cargos públicos configura improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92 (arts. 11 e 12), sendo que a proibição dessa prática está

prevista na própria Constituição Federal (CARELLI, 2003, p. 688).

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, a contratação irregular de trabalhadores mediante empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública, direta, indireta ou funcional tendo em vista que o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal 1988, trouxe o requisito do concurso público, elemento essencial para validade do mesmo.

Aplicando-se a Súmula nº363 do TST, restará ao empregado no máximo diante da inadimplência da empresa de terceirização, a obrigação da administração pública no pagamento de trabalho prestado, com base no valor hora do salário mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, também sobre o valor do salário mínimo.

Esquece-se porém, que este trabalhador é terceiro de boa-fé, sendo injusto o resultado acima transcrito. Defende-se no caso ainda que diante da impossibilidade da formação de vínculo, que o trabalhador receba todos os direitos trabalhistas em situação de normalidade.

2.5 Do processo de terceirização e as garantias constitucionais

Com intenção de abordar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho faz-se necessário lembrar o Tratado de Versailles, e a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), firmado em 25 de janeiro de 1919, no qual vários países, entre eles o Brasil, participaram. Nele estão contidos, entre outros princípios fundamentais, os da proteção ao trabalho humano. Princípios esses que devem ser efetivamente respeitados, para que o trabalho não seja considerado uma mercadoria ou um artigo de comércio (SUSSEKIND, 2004, p. 25).

As normas de proteção aos trabalhadores existentes dizem respeito a todos os trabalhadores, daí a necessidade de chamar a atenção para o cumprimento das mesmas, garantindo os direitos dos trabalhadores terceirizados.

Conforme foi demonstrado no decorrer deste estudo, o fenômeno da terceirização não ocorre de maneira isolada. Trata-se do resultado de um processo de reestruturação produtiva do mundo do trabalho. Portanto, algo que parece ser irreversível e que se encontra em constante mudança.

Por meio do processo crescente de terceirização do trabalho, também ficou expresso que o trabalhador perde a sua referência em relação ao seu empregador, ao ponto de em algumas situações não identificar a quem ele está prestando serviços. Trata-se, em síntese, de uma das variáveis do

processo de flexibilização das relações do trabalho que, caso não seja bem tratada, pode dar ensejo a uma nova etapa, que é a desregulamentação propriamente dita. Melhor explicando, a criação de um meio onde não ocorra a intervenção do poder público, deixando o trabalho humano na mesma posição de uma simples mercadoria.

Por esta razão, dentre todos os apontamentos que compuseram este estudo, o principal deles é ter um processo de flexibilização pautado no cumprimento dos ditames constitucionais que protegem o trabalho humano, que se traduz na garantia efetiva aos trabalhadores terceirizados dos direitos mínimos garantidos aos trabalhadores em geral. Não podem ser aqui esquecidos os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, em especial os princípios da condição mais benéfica e o princípio da primazia da realidade, que não aprovam a existência de tratamentos diferenciados entre trabalhadores no mesmo ambiente de trabalho.

A valorização do trabalho humano se acha presente em vários dispositivos constitucionais, valendo citar neste estudo o artigo 1º, inciso IV e artigo 170, ambos da Constituição Federal. A contar principalmente destes dois dispositivos constitucionais, constrói-se toda uma cadeia protetiva para o trabalho humano, incluindo nele o trabalho realizado por aquele que se encontrar vinculado a uma empresa de terceirização.

Na verdade, a Constituição Federal não diferencia trabalho prestado diretamente para uma empresa e trabalho prestado através de uma empresa interposta. Ambos se acham constitucionalmente equiparados, com as mesmas garantias asseguradas aos seus prestadores.

Partindo deste parâmetro, ainda que se crie no Brasil uma legislação que regulamente o trabalho terceirizado, tal dispositivo não poderá em nenhum momento apresentar um tratamento diferenciado em termos de geração de direitos para os trabalhadores vinculados a empresas de terceirização. De forma contrária, por estarem vinculados a uma empresa interposta, deverá exigir mais garantias para esta modalidade de trabalho, que na maioria das vezes foi criado para atender a uma necessidade temporária.

A questão é muito clara no sentido de ser constitucionalmente assegurado aos trabalhadores terceirizados todas as garantias dispostas para proteger o trabalho humano. Na forma do artigo 170 da Constituição Federal, a ordem econômica só se justifica se fundada na valorização do trabalho humano. Isto significa que ainda que uma nova dinâmica tenha sido criada no mundo do trabalho, resultando em uma variável no que tange à prestação do trabalho humano, esta nova ordem não pode retirar direitos

historicamente conquistados e garantidos como proteção ao trabalho, não interessando se este trabalho é prestado via de procedimentos distintos.

Exige-se que a leitura sobre a regulação do trabalho terceirizado seja feita a partir destes elementos constitucionais, sem os quais não será possível atender aos fins constitucionalmente perseguidos, e que se acham compilados principalmente no artigo 3º do texto magno. De forma inversa, se estará construindo um procedimento de prestação de serviços que pode parecer legal, mas que na verdade, estará contrariando os marcos reguladores de proteção ao trabalho humano.

Os chamados marcos reguladores estão vinculados diretamente aos resultados que se espera alcançar através do trabalho. E, como já foi referido neste estudo, citando o artigo 3º da Constituição Federal, o principal deles é a redução das desigualdades sociais. Como pode o trabalho humano ser uma das principais ferramentas para reduzir as desigualdades sociais quando se estabelece uma diferença de tratamento na sua forma de prestação, no sentido de gerar situações distintas em termos de direitos? Seria no mínimo incoerente tentar sustentar uma situação como esta.

Sendo assim, fica mais que justificável, amparando-se em dispositivos constitucionais que protegem o trabalho humano a impossibilidade de sustentar qualquer tratamento diferenciado.

Com base nestas assertivas, é importante construir propostas para aperfeiçoar o instituto da terceirização das relações de trabalho, seguindo os parâmetros constitucionais.

3. Propostas de aperfeiçoamento da terceirização no Brasil, seguindo os parâmetros constitucionais.

3.1 Da criação das empresas de terceirização e controle do Estado

A terceirização é o caminho mais ágil e com melhores resultados para a empresa tem como objetivo atingir o mercado interno e externo com mais rapidez. O fator principal dessa busca é a redução do custo, meio para alcançar o sucesso almejado pelo empreendedor. Sendo assim, a terceirização pode ser uma aliada das empresas e do trabalhador na era da globalização. Quando bem administrada, pode proporcionar produtos e serviços de qualidade prestados por empregados especializados, sem que esses precisem ter seus direitos trabalhistas violados.

O controle de qualidade será fator inevitável, uma vez que certamente

haverá concorrência entre as empresas terceirizadas, o que será positivo, pois permitirá cada vez mais um investimento e constante melhoria na qualidade.

O legislador deverá preocupar-se em encontrar sustentação, entendendo que o equilíbrio do trabalho terceirizado está vinculado à relação empregatícia, e que esta é sem dúvida a base do sucesso da terceirização, que não pode passar pelo enfraquecimento do vínculo empregatício.

Sabe-se que muitas são as experiências negativas obtidas contra os trabalhadores quando o foco é a terceirização, e que muitas vezes esses se encontram sem poder de reação, ou cedendo seus direitos em prol de uma vida menos miserável.

Com isso tem-se a necessidade da presença do Estado intervindo no aspecto econômico e social, tentando amenizar a desigualdade e buscando uma melhoria nas relações que envolvem empregados e empregadores, de forma a proporcionar o desenvolvimento econômico e respeitar o valor do trabalho humano.

Incumbe ao Governo, com cooperação de grupos representativos da sociedade civil, principalmente dos grupos empresariais de grande porte, nacionais e transnacionais, desenvolver políticas públicas voltadas, de um lado, ao fomento da economia de forma a proporcionar o crescimento do País em seus diversos setores e, de outro, à qualificação da mão-de-obra e à capacitação profissional dos trabalhadores, mormente diante das inovações tecnológicas, como meios de se combater o desemprego (GOMES, 2005).

Faz-se necessário evitar que a terceirização seja utilizada para cometimento de fraudes, e não para o aperfeiçoamento da prestação de trabalho. O Estado deve contribuir para que a esta seja mais um caminho rumo à amenização do desemprego e melhoria de vida para o trabalhador.

Por outro lado, questiona-se se a menor intervenção do Estado seria mais benéfica para as relações de trabalho. Quanto a isso, o “Estado haverá de permanecer como bom observador para marcar presença em caso de desequilíbrios localizados” (OLIVEIRA, 1998, p. 51).

Igualmente necessário, nesse intento, que a constituição de uma empresa de terceirização seja fiscalizada e regulada pelo poder público, não se permitindo tais desequilíbrios. Para tanto, defende-se a necessidade de edição de norma que discipline a matéria.

3.2 Da eliminação das diferenças entre atividade-meio e atividade-fim

A atividade-fim está ligada à atividade empresarial, sendo que seu objeto principal tem característica própria. Atividade-meio não se concentra em um objeto principal, tratando-se de um caminho para que se alcance o objetivo final.

Através da terceirização, pretende-se que a empresa se desprenda das etapas secundárias e terciárias, dedicando-se à sua atividade-fim. A empresa, no entanto, não deve desprender-se de todas as suas atividades, podendo com isso perder seu objetivo, embora em determinados momentos fique difícil separar atividade-meio de atividade-fim (OLIVEIRA, 1998, p. 61).

“O que será mais difícil admitir é a terceirização da atividade-fim do empreendimento, pois aí a empresa não estaria prestando serviços mas fazendo arrendamento do próprio negócio” (OLIVEIRA, 1998, p. 62). Esta talvez seja a razão para resistência no que se refere à eliminação das diferenças atividade-meio e atividade-fim.

Contudo, quando o TST por meio de Súmula, criou a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, o fez visando criar limites à terceirização, na tentativa de evitar fraude. Porém, a experiência comprova que a tentativa não alcançou o resultado pretendido.

A questão principal é garantir o desenvolvimento social, valorizando o trabalho humano, e ao mesmo tempo, a busca da adaptação aos novos métodos de produção, evitando-se burlar os direitos trabalhistas.

3.3 Da solidariedade passiva da empresa de terceirização e o tomador

Como já foi visto anteriormente, prevalece o entendimento de que a empresa tomadora dos serviços responde apenas subsidiariamente. Assim dispõe a Súmula nº 331, do TST. Entretanto, com vistas à efetiva proteção da relação de trabalho, como previsto inclusive na Constituição Federal, a responsabilidade deve ser solidária.

Defende-se a manutenção e o desenvolvimento do processo de terceirização em bases que garantam o efetivo cumprimento dos direitos dos trabalhadores. No caso, independentemente do tomador do serviço terceirizado ser empresa privada ou ente público, foram beneficiários ou beneficiados pelos serviços prestados pelos empregados da empresa de terceirização. Não existe motivo suficiente que ampare a tese da subsidiariedade, fazendo com que somente diante da frustração do

cumprimento das obrigações da empresa de terceirização, se atente para a responsabilidade da empresa tomadora.

Ambas as empresas devem responder conjuntamente e solidariamente perante o empregado, independente da existência de fraude, por terem sido beneficiadas pelo trabalho prestado. Trata-se da proteção ao trabalho humano, independentemente a quem ele é prestado, principalmente por conta que ambas as empresas beneficiam-se dele.

4 Considerações finais

A terceirização faz parte do processo de reestruturação das atividades empresariais, não podendo ser hostilizada, tratando-se de processo irreversível.

No Brasil a terceirização é apresentada como sinônimo de redução de custos operacionais e de ausência de responsabilidades da empresa tomadora em relação à mão de obra colocada à sua disposição. No entanto, referido entendimento pode conter imprecisões, quer seja em relação à redução de custos ou à responsabilização.

A empresa tomadora, segundo doutrina predominante, responde subsidiariamente perante o empregado da empresa de terceirização. Discordando-se da corrente dominante, defende-se a tese da solidariedade.

Quanto à redução de custos empresariais, a terceirização não pode depositar a redução de custos sobre o empregado, representado pela redução do valor da remuneração.

Ainda sobre responsabilidade, a empresa tomadora responde indenizatoriamente pelos atos praticados pelo empregador da empresa de terceirização, colocados à sua disposição, aplicando-se a teoria objetiva.

Deve o poder público estabelecer critérios para a criação e fiscalização do funcionamento das empresas de terceirização, de forma a garantir os direitos dos seus empregados.

A diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim não é suficiente para limitar a ampliação do processo de terceirização. O paradigma terceirizar somente a atividade-meio não corresponde à nova dinâmica empresarial.

A Constituição Federal, em diversos dos seus preceitos assegura a proteção ao trabalho humano, não podendo estabelecer procedimentos diferenciados que importem em resultados distintos de proteção ao trabalhador, independentemente dos critérios e formas de prestação.

Constitutional warranties in the process of outsourcing in Brazil

Abstract: Outsourcing is a phenomenon from actuality and belong the process of reorganization necessary to the community business activities. Has been being realized with only objective of reducing costs from the harm guarantees minimum to the employee outsourcing, contributing, such, to the precariousness of the relations of work. Not sufficient specific law exists regarding outsourcing work, being the questions resolved based on the jurisprudence, where is predominant the perception of subsidiary responsibility of the taken from the service. Imposes the need for standardization on outsourcing in Brazil, and the regulatory process of business creation of this kind of work, as well as insuring to these workers the minimum constitutional guarantees.

Keywords: Outsourcing. Solidarity Responsibility. Globalization. Outsourcing. Constitutional warranties.

REFERÊNCIAS

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

CARELLI, R. L. de. A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. **Revista LTr**, 06 jun. 2006.

_____. Terceirização e intermediação de mão-de-obra na administração pública. **Revista LTR**, vol. 67, n. 06, junho de 2003.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 30 ago.2006.

GOMES, D. G. P. **Direito do trabalho e Dignidade da Pessoa Humana no Contexto da Globalização**. São Paulo: LTr, 2005.

MELHADO, R. Globalização, terceirização e princípio da isonomia sala-

rial. **Gênesis Revista do Direito do Trabalho**, Curitiba n. 60, Out 1996.

NASCIMENTO, A. M. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. **Revista LTr**, Jul. 2004.

OLIVEIRA, F. A. de. Da terceirização e da flexibilização como estágio para a globalização. **Gênesis Revista do Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 61, Jan 1998.

ROBORTELLA, L. C. A. Terceirização. Tendências em doutrina e jurisprudência. **Gênesis Revista do Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 69, setembro 1998.

SOUTO MAIOR, J. L. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista do TST**, Brasília, v. 70, n. 1, Jan./ Jul./ 2004.

SOUZA, M. C. M. de. Responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. **Gênesis Revista do Direito do Trabalho**, Curitiba n.101, Maio 2001.

SUSSEKIND, A. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

☰ Recebido: março;2010. Aprovado: outubro/2010