

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO**

**THUANNY FALLAVENA MACHADO**

**TERCEIRIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO**

**Porto Alegre**

**2015**

**THUANNY FALLAVENA MACHADO**

**TERCEIRIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

**Porto Alegre**

**2015**

**THUANNY FALLAVENA MACHADO**

**TERCEIRIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2015

**BANCA EXAMINADORA**

---

PROFESSOR DOUTOR LEANDRO AMARAL DORNELES DE DORNELES  
(ORIENTADOR)

---

PROFESSORA DOUTORA LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

---

PROFESSOR DOUTOR GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN

## DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a minha família, em especial ao meu marido que sempre apoiou a minha decisão na realização de mais um curso de graduação e na realização dos meus projetos. Dedico também ao meu pai, que já não está mais aqui para ver a concretização deste trabalho, mas que sempre me orientou e me apoiou na escolha pelas Ciências Jurídicas e Sociais. Dedico à minha mãe, que sempre esteve ao meu lado para fortalecer minhas decisões.

Agradeço à Dra. Sonia Pozzer, Juíza da 14<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Porto Alegre, pela sugestão sobre o tema deste trabalho, além de sempre estar aberta às discussões sobre o tema.

Agradeço ao professor e meu orientador Dr. Leandro Dorneles que sempre esteve acessível às perguntas, providenciando sugestões de melhoria e a busca pelo melhor resultado.

## RESUMO

O trabalho irá analisar a terceirização e a necessidade de sua regulamentação, em vista de haver unicamente jurisprudência, como a Súmula 331, TST e doutrina como formas de orientação a decisões do país. Desse modo, o Poder Judiciário além de sua tarefa jurisdicional, também legisla o assunto. Contudo, tal fato gera insegurança jurídica, pois há decisões distintas sobre o tema, havendo confusão entre definições como atividade-meio e atividade-fim, gerando terceirizações fraudulentas e encobrindo as relações de emprego efetivamente existentes. Com isso, há a necessidade de abordar o conceito de terceirização, a separação dos poderes e a segurança jurídica para esclarecer sobre a necessidade de uma regulamentação sobre essa relação.

Palavras-chave: terceirização, separação dos poderes, segurança jurídica, necessidade de regulamentação.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO À TERCEIRIZAÇÃO... 8</b>	<b>8</b>
2.1 Evolução Histórica e Flexibilização de direitos .....	8
2.2 Relação de Emprego .....	11
2.2.1 Princípios do Direito do Trabalho .....	13
2.2.2 Relação de Emprego propriamente dita .....	16
<b>3 TERCEIRIZAÇÃO.....</b>	<b>22</b>
3.1 Definição de Terceirização.....	22
3.1.1 Atividades-fim e Atividades-meio .....	25
3.1.2 Terceirização Lícita e Ilícita e análise dos incisos da Súmula 331, TST .....	27
3.2 Necessidade de regulamentação .....	31
<b>4 SEPARAÇÃO DOS PODERES, NORMAS E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>35</b>
4.1 Separação dos Poderes.....	35
4.2 Fontes do Direito do Trabalho .....	39
4.3 Hierarquia das normas .....	43
4.4 Interpretação das normas no Direito do Trabalho.....	47
4.5 Segurança Jurídica .....	51
<b>5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ANTAGÔNICOS E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE.....</b>	<b>61</b>
5.1 Jurisprudências conflitantes sobre as relações de terceirização .....	62
5.1.1 Decisões sobre terceirização na Administração Pública .....	63
5.1.2 Decisões sobre terceirização em empresas de telecomunicações – Função “Cabista” .....	67
5.1.3 Decisões sobre terceirização em empresas prestadoras de serviços – Funções “Telemarketing” e “Motoboy” .....	69
5.2 Desenvolvimento de regulamentações sobre o tema no Brasil .....	72

5.2.1 Breve histórico da regulamentação no Brasil .....	74
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno relativamente novo nas relações de trabalho, em que uma determinada empresa transfere parte de suas funções, para trabalhadores contratados por outra empresa, a denominada prestadora de serviços. Gera, portanto, uma triangulação de relações: a tomadora de serviços, a prestadora de serviços e o empregado. Contudo, o vínculo empregatício é estabelecido apenas entre a prestadora de serviços e o empregado.

Esse fenômeno da terceirização surge pelo fato de as empresas terem a necessidade de criar alternativas que sejam capazes de amenizar as dificuldades de manutenção dos negócios no país. É necessário sustentar vantagens competitivas a fim de reduzir os custos da produção para alcançar o lucro e, assim, manter-se no mercado.

O fato de ser um fenômeno recente, e sem o vínculo com o objeto clássico do Direito do Trabalho, fez com que a terceirização não fosse alvo de grande atenção por parte do legislador pátrio. Em face dessa omissão, o Poder Judiciário ao decidir tantos casos de terceirização, muitas vezes cria definições ambíguas, decidindo questões similares de maneiras muito diferentes. Há, com isso, imprecisão de conceitos sobre o tema, gerando falta de segurança jurídica.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo o de elucidar a necessidade da regulamentação da terceirização nas relações de trabalho, sob pena de precarização dessa forma de relação na maioria dos casos.

Utilizou-se o método indutivo, tendo como técnicas de pesquisa, os estudos da legislação, da jurisprudência e de literaturas pertinentes.

Para isso, no primeiro capítulo, será tratada a evolução das relações de trabalho no Brasil até o surgimento da terceirização. Então, poderá ser visualizada a flexibilização nos direitos, o surgimento de novos deveres, além da grande dinâmica no mercado de trabalho, o que gera as necessárias atualizações dos raciocínios jurídico e legislativo.

O conceito de terceirização será tratado no capítulo seguinte, com isso poderão ser verificados novos termos criados pelo Poder Judiciário para tentar limitar sua incidência. Além disso, os casos de ilicitude e licitude da terceirização

também serão tratados. Dessa forma, a necessidade de regulamentação desse tema torna-se clara, pois tudo o que se tem até o momento, são entendimentos do Poder Judiciário pela omissão do Poder Legislativo.

Sendo assim, a importância de uma legislação para a segurança jurídica tanto para empregados, quanto para empregadores e, inclusive para as decisões proferidas pelo Poder Judiciário é tratada no capítulo seguinte. O Poder Judiciário, em vista dessa omissão normativa, atua como legislador do assunto. Portanto, ao passo em que legisla, também executa suas decisões. Neste caso, há o questionamento acerca da separação dos poderes e como tal instituto foi construído ao longo da história e quais as motivações para criá-lo.

Por fim, no último capítulo, serão apresentadas decisões ambíguas do Poder Judiciário acerca de casos concretos de terceirização. A evolução de projetos de lei elaborados pelo Congresso Nacional também será questão analisada, embora tais projetos não tenham seguido adiante, são relevantes para o entendimento da construção que se tem até hoje.

A terceirização é um fenômeno novo, contudo demonstra-se crescendo nas relações de trabalho e consolidando-se como algo que necessita de muitas reflexões, tanto jurídicas como sociais. O Poder Judiciário toma decisões embasado em suas próprias análises dos casos concretos, pontuais, estendendo tais decisões aos demais casos na tentativa de uniformizá-los. Porém, surgem decisões conflitantes, em vista de não haver regras claras e definições sobre o tema. A regulamentação é importante para contextualizar a terceirização no mundo do trabalho, limitando suas possibilidades, esclarecendo conceitos e trazendo segurança jurídica a todos os sujeitos envolvidos.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO À TERCEIRIZAÇÃO

Torna-se importante o entendimento da construção histórica até o surgimento da terceirização para a visualização do desenvolvimento do Direito do Trabalho e a flexibilização de direitos.

### 2.1 Evolução Histórica e Flexibilização de direitos

A Relação de trabalho, influenciada pelas transformações sociais, passou por várias mudanças ao longo da história. A escravidão, a servidão e as corporações de ofício foram algumas das formas de trabalho adotadas antigamente. O desemprego avassalador, juntamente com o Liberalismo Econômico da época, foi determinante para que os trabalhadores se sujeitassem a um regime desumano de trabalho. Havia uma intervenção mínima do Estado na economia e nas relações sociais. Porém, o marco principal para a evolução do Direito do Trabalho está no século XIX, ao se tentar solucionar a crise após a Revolução Industrial que impôs uma nova relação entre trabalho e capital. Com o nascimento das grandes indústrias e o advento das máquinas, as formas e condições de trabalho foram intensamente modificadas e questionadas, passando os trabalhadores das fábricas a vender sua força de trabalho em troca de um salário. Diante de tais agitações dos trabalhadores e das lutas sociais, o Estado passou a intervir na regulamentação do trabalho, inspirando-se em normas próprias, não sendo encontradas em outros ramos do Direito. Tais normas são os princípios peculiares do Direito do Trabalho.<sup>1</sup>

Essas mudanças desencadearam a discussão sobre a flexibilização do emprego, cujos significados variam conforme o sistema legal que se adote e o grau de desenvolvimento do país. Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas dos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de se adaptarem a um mercado turbulento.

---

<sup>1</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 67.

Afirmavam que a rigidez daí advinda impedia a competitividade das economias e o aproveitamento das oportunidades de inovações tecnológicas. Outros, ao contrário, atribuíam a culpa pela crise econômica à estrutura orgânica e aos métodos de gestão, típicos da concepção fordista de produção, e viam a rigidez das instituições mais como um resultado da crise do que como sua origem.<sup>2</sup>

Por outro lado, o Estado do Bem-Estar Social que vigorou durante grande parte do século XX e que tinha uma concepção solidária de proteção ao ser humano como empregado começou a entrar em crise nos anos 60. Como consequência desse fenômeno no Brasil, tem-se a estabilidade no emprego, por exemplo. Já a década de 90 reflete uma política Neoliberal. Enquanto se privilegiam os grandes grupos econômicos, as pequenas e médias empresas quebram em decorrência do dano causado pelas políticas econômicas. A saúde, educação, segurança são renegadas a um plano secundário. Daí pode-se concluir que nenhum dos modelos existentes até então foi eficaz em seus resultados.<sup>3</sup>

A flexibilização de direitos teve dois momentos históricos: o primeiro coincide com o chamado “direito do trabalho de emergência” e corresponde a um processo temporário; o segundo coincide com a “instalação da crise” e corresponde às reivindicações patronais permanentes. Dois tipos de flexibilização podem ser destacados, portanto. A flexibilização interna, atinente à ordenação do trabalho na empresa, compreende a mobilidade funcional e geográfica, a modificação substancial nas condições de trabalho, do tempo de trabalho, da suspensão do contrato e da remuneração. Enquadram-se nessa forma de flexibilização o trabalho de regime em tempo parcial, e a suspensão do contrato de trabalho. Paralelamente, tem-se a flexibilização externa, que diz respeito ao trabalhador na empresa, às modalidades de contratação, de duração do contrato, de dissolução do contrato, como também à descentralização com recurso e formas de gestão de mão-de-obra, subcontratos, empresa de trabalho temporário, terceirização, encaixa-se também a

---

<sup>2</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 68.

<sup>3</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 68.

inserção do trabalhador no regime do FGTS, retirando-lhe a estabilidade no emprego, entre outros.<sup>4</sup>

O fenômeno da flexibilização é encarado também sob o enfoque da “desregulamentação normativa”, imposta pelo Estado, a qual consiste em derrogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores. Em contrapartida a essa desregulamentação sugere-se uma regulamentação laboral de “novo tipo”, a qual pressupõe substituição das garantias legais por garantias convencionais, com a primazia da negociação coletiva. Neste caso, aparece a possibilidade da redução salarial mediante acordo ou convenção coletiva. Ressalte-se, entretanto que o Direito do Trabalho é motivado, essencialmente, por objetivos de ordem político-social, que visam corrigir diferenças.<sup>5</sup>

O Direito do Trabalho contemporâneo, embora conservando sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir os avanços tecnológicos e imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequados ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego, e não mais a ampliação dos direitos trabalhistas.<sup>6</sup>

A redução dos níveis de proteção ao trabalhador passou a ser admitida por uma corrente que vê nisso uma forma de diminuir o desemprego, partindo de uma premissa de que os empregadores estariam mais dispostos a admitir trabalhadores, caso não tivessem que responder por altos encargos trabalhistas ou não

---

<sup>4</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 69.

<sup>5</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 69/70.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

encontrassem dificuldades para a descontração. Para esse fim, estimulam maior espontaneidade das forças de mercado para ajuste direto entre os seus interesses.<sup>7</sup>

O Direito do Trabalho vive um conflito entre as suas concepções, a protecionista, acusada de hipergarantista, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, colocando-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação que tutela o trabalhador.<sup>8</sup>

Mesmo com o desenvolvimento histórico de lutas por direitos, tais direitos foram sendo flexibilizados pelo legislador em vista dos ditames mercadológicos.

## 2.2 Relação de Emprego

O Direito do Trabalho regula uma relação de trabalho específica: a relação de emprego. Essa tem seu traço de distinção fundamental determinado por certas especificidades de seus sujeitos (empregado e empregador), atribuindo-lhe características próprias.

O empregado aparece definido no art. 3º da CLT, como sendo “toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Tem-se, portanto, que pessoa jurídica não pode enquadrar-se no conceito de empregado.<sup>9</sup>

A CLT define empregador em seu art. 2º, nos seguintes termos: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. No Direito do Trabalho, empresa é meio e fim, mas fim não necessariamente

---

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

<sup>8</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.68.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 56/57.

econômico. Enquanto meio, é a universalidade de bens e pessoas que constituem a empresa. Fim, portanto, é a sua atividade, de qualquer natureza. Essa dimensão de sua finalidade é relevante para conhecimento da existência ou não da relação de emprego. A partir da verificação da sua atividade (fim), torna-se possível verificar a não eventualidade do serviço como mecanismo essencial ou necessário e permanente da empresa, percebendo-se qual a sua atividade-fim e quais suas atividades-meio.<sup>10</sup>

Dessa forma, empregador é aquele que reúne simultaneamente as prerrogativas inerentes ao poder de comando, bem como a capacidade de responder pelo ônus da atividade-fim da empresa. Empregado é a pessoa física que presta serviços. Pessoa jurídica, portanto, não se enquadra no conceito de empregado. A obrigação principal do empregado no contexto do contrato de emprego é personalíssima, impossibilitando (1) a substituição temporária do empregado sem que com o substituto se forme um novo vínculo e (2) a cedência de determinado empregado a outro empregador e/ou empresa sem que com este se forme novo vínculo empregatício.<sup>11</sup>

Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferença social, econômica e política básica existente entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade. Em contrapartida, no outro pólo da relação, inscreve-se um ser individual, consubstanciado no trabalhador, que não é capaz, isoladamente, de produzir impactos na comunidade, em regra.<sup>12</sup>

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico, pois se refere a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 58/59.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 57/60.

<sup>12</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 191.

Englobando, portanto, trabalho autônomo, trabalho avulso, relação de emprego, trabalho eventual e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (estágio, etc.). É, portanto, o gênero. A relação de emprego é uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configurada. Corresponde a um título legal, próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de trabalho ora existentes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos anos, desde a instauração do sistema do capitalismo. Essa relevância socioeconômica e singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual que é o Direito do Trabalho.

13

A caracterização da relação de emprego é, portanto, um procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propicia o encontro da relação jurídica básica, assegurando o desenvolvimento dos princípios, das regras e dos institutos justralhistas.<sup>14</sup>

### **2.2.1 Princípios do Direito do Trabalho**

Antes de tratar mais especificamente da relação de emprego, é importante estudar os princípios que regem o Direito do Trabalho. De acordo com Mauricio Delgado, os princípios mais importantes elencados pela doutrina são:<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 279/280.

<sup>14</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 281.

<sup>15</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 193.

a) Princípio da proteção: o Direito do Trabalho estrutura suas regras a partir da proteção ao hipossuficiente, o trabalhador, visando atenuar o desequilíbrio entre as partes. Aparece esse princípio também de forma diferenciada em algumas dimensões: *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

b) Princípio da norma mais favorável: O operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações: no instante da elaboração da regra (ação legislativa), no contexto de confronto entre regras concorrentes (hierarquização das normas trabalhistas) e no contexto de interpretação das regras jurídicas (sentido da regra trabalhista).

c) Princípio da imperatividade das normas trabalhistas: Prevalece o domínio de regras jurídicas obrigatórias em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justrabalhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação das partes. Prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Essa restrição é um instrumento assecuratório eficaz das garantias fundamentais do trabalhador.

d) Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas: Traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. Vai além, pois interfere também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto).

e) Princípio da condição mais benéfica: Importa na garantia da preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais benéfica ao trabalhador, que se reveste de caráter de direito adquirido. Além disso, se houver contraponto entre cláusulas concorrentes, prevalece a mais benéfica.

f) Princípio da inalterabilidade contratual lesiva: As convenções tratadas entre as partes não podem ser unilateralmente modificadas, invocando o princípio civilista do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos). Contudo, há relativização

desses princípios no Direito do Trabalho, nos casos em que fossem evidenciadas condições em que haja desequilíbrio contratual. Até porque o Direito do Trabalho estimula alterações contratuais – as alterações favoráveis ao empregado, sendo estas naturalmente permitidas, conforme consta no art. 468, CLT<sup>16</sup>. Contudo, há possibilidade de flexibilizar alguns direitos trabalhistas, como é o caso da redução salarial, art. 7º, VI, da Constituição Federal<sup>17</sup> que, embora preveja a irredutibilidade salarial, excetua nos casos de negociação coletiva sindical. Ressalte-se, a propósito, não ser absoluto o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, em vista do *jus variandi* ordinário empresarial (o qual, segundo a doutrina, englobaria mudanças de menor importância, não chegando a atingir efetivas cláusulas do pacto entre as partes), haveria, assim, certo leque de modificações lesivas autorizadas implicitamente ou até explicitamente por lei.

g) Princípio da Intangibilidade contratual objetiva: O conteúdo do contrato não poderia ser modificado, mesmo com efetiva mudança do sujeito empresarial. Trata-se da sucessão trabalhista. O contrato de trabalho seria intangível, do ponto de vista objetivo, embora mutável do ponto de vista subjetivo, desde que a mudança envolvesse apenas sujeito-empregador.

h) Princípio da intangibilidade salarial: Deve ser assegurado o seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado. Isto se deve pelo caráter alimentar do salário, atendendo às necessidades básicas do ser humano. Porém, também já aparece em algumas situações de forma relativizada.

i) Princípio da primazia da realidade: As intenções dos agentes devem ser priorizadas em relação às formalidades. No Direito do Trabalho, deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação do serviço, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na

---

<sup>16</sup> Decreto-Lei 5452.43, de 1º de maio de 1943. Art. 468: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

<sup>17</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 7, inciso VI: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.”

respectiva relação jurídica. A prática habitual altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes.

j) Princípio da continuidade da relação de emprego: É interesse no Direito do Trabalho, a permanência do vínculo de emprego, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Em consequência disso, tornam-se exceptivos os contratos a termo, os quais apenas podem ser pactuados nas estritas hipóteses permitidas atualmente.

Estes são os que se conhecem por “núcleo basilar” dos princípios especiais do Direito do Trabalho, portanto, sem a presença e observância cultural e normativa deles, ou mediante descaracterização de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho na sociedade.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Relação de Emprego propriamente dita

Analisados os princípios da relação de trabalho, sabe-se que a relação de emprego diferencia-se das demais por apresentar concomitantemente, os elementos personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, sendo este último especialmente relevante.

Sabe-se que o trabalho é realizado por pessoa física: A prestação de serviço deve ser realizada por uma pessoa física (natural). Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, lazer, bem estar...) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos pela pessoa jurídica.

Portanto, nessa relação, a personalidade significa que a prestação do trabalho, com relação ao empregado, é sempre efetuada pela pessoa diretamente contratada. É, portanto, uma obrigação infungível, personalíssima e intransferível, *intuito personae*, não podendo ser efetuada por pessoa diferente daquela que a contraiu.

---

<sup>18</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 192.

São alguns desdobramentos do elemento personalidade, de acordo com Cíntia de Oliveira e Leandro Dorneles:<sup>19</sup>

a) A inseparabilidade entre um dos sujeitos do contrato (empregado) e o seu objeto (prestação de serviços), o que pode na prática levar a um processo de “coisificação do trabalhador” (vulnerabilidade), algo que o Direito do Trabalho busca evitar por intermédio de suas normas protetivas.

b) A voluntariedade da prestação de serviços, já que, como ser digno, sujeito de direitos, o trabalhador deve ter assegurada a liberdade para contratar e rescindir, o que incompatibiliza com o Direito do Trabalho as situações de trabalho forçado ou escravo.

c) A singularidade na prestação do serviço, pois o trabalho é infungível, o que é ressaltado na relação de emprego. Logo há (c.1) a importância das aptidões e condutas pessoais do trabalhador, (c.2) a fidúcia como elemento fundamental do contrato e (c.3) a ampla incidência do princípio geral da boa-fé.

d) A consagração dos deveres contratuais acessórios de natureza não patrimonial, tais como o dever patronal de preservação e assistência à saúde do empregado, ou o dever de cooperação do empregado.

e) A tutela e a prevalência dos direitos fundamentais e de personalidade do empregado no ambiente laboral, ou seja, em regra, nas situações de confronto entre um legítimo interesse patronal e um direito de personalidade ou fundamental do empregado, este há de prevalecer, como no caso de proibição de fixação de câmeras de vigilância em alguns ambientes reservados no local de trabalho.

f) A impossibilidade de uma pessoa jurídica figurar como empregado em uma relação de emprego.

A não eventualidade manifesta-se pela interrelação do serviço prestado pelo trabalhador e a atividade empreendida pelo tomador dos serviços. Se o serviço prestado for de tal maneira relacionado à atividade empresarial, de forma que esta não poderia se desenvolver sem aquele, identifica-se a não eventualidade. Portanto, serviço não eventual é o serviço essencial para o empregador, pois sem ele, este

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 46/47.

não conseguiria desenvolver o seu fim empresarial. No entanto, a não eventualidade do serviço não diz respeito apenas a sua essencialidade no contexto da atividade produtiva (as chamadas atividades-fim da empresa). Há serviços prestados que não são necessariamente essenciais, mas são realizados por empregados (ou seja, no contexto de uma relação de emprego). É o caso, por exemplo, da faxina nas escolas: a escola não precisa de uma faxineira para desenvolver sua atividade-fim – o ensino; mas, embora a faxina não seja essencial, ela é permanentemente necessária à escola. É, portanto, também um trabalho não eventual. Dessa forma, a não eventualidade é ou (a) a essencialidade do serviço prestado (relacionado à atividade-fim), ou (b) a necessidade e permanência deste mesmo serviço (relacionado à atividade-meio).<sup>20</sup>

Como mais uma característica da relação de emprego, tem-se a onerosidade. Em uma relação de emprego, há duas obrigações básicas: a primeira, do empregado, de prestar trabalho produtivo para alguém, conseqüentemente, há a segunda obrigação principal, do empregador, de remunerar aquele que realizou o trabalho, já que o valor criado pelo trabalho pertence ao empregador, surge o dever de contraprestar. A relação de emprego, em função destas obrigações principais tem a onerosidade como traço típico, pois ambas as partes constituem a relação com o intuito patrimonial: o empregador ao se beneficiar do trabalho, e o empregado ao ter a expectativa de recebimento de salários. A onerosidade é um elemento presumido a partir do contexto no qual se insere a prestação laboral, já que o empregado, ao fornecer sua força de trabalho, presumidamente, não a fornecerá por benevolência. Não é razoável presumir que alguém restringiria sua liberdade, ao se obrigar juridicamente a uma prestação de serviços subordinada, sem algum intuito contraprestativo, que também presumidamente, é econômico. Portanto, a configuração da onerosidade independe do pagamento para estar configurada, e sim da expectativa do recebimento por parte do empregado.<sup>21</sup>

Para Mauricio Delgado, a onerosidade tem dois elementos: o objetivo e o subjetivo. No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se no pagamento pelo

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 48/49.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 47.

empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Já no plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica conferida pelas partes. A doutrina menciona o *animus contrahendi*, sendo entendida como a intenção do prestador de se vincular a título oneroso e empregatício.<sup>22</sup>

A subordinação é o elemento principal da caracterização de emprego. Por esse elemento, tem-se que o empregador tem o poder de determinar o que, como, onde, quando produzir, restando ao trabalhador, apenas, aceitar suas ordens, salvo se manifestamente abusivas ou ilícitas. Pode ser percebida em duas acepções: objetiva e subjetiva. A subordinação objetiva revela-se na medida em que há a integração da força de trabalho no empreendimento econômico. Ao ser contratado, o empregado integra-se ao ambiente empresarial e torna disponível sua energia laboral ao empregador, sabendo que desempenhará alguma tarefa útil ou necessária à atividade empresarial. Já a subordinação subjetiva, manifesta-se na efetiva concretização desta disponibilidade, revela-se na medida em que o empregador ou superior hierárquico emite ordens visando tornar a energia laboral em algo efetivamente útil ao empreendimento econômico. Logo, a subordinação do ponto de vista subjetivo remete ao poder de comando patronal, o qual pode ser conceituado como “o poder através do qual o empregador atribui uma função concreta ao trabalhador no âmbito da atividade para a qual foi contratado e ajusta a prestação deste aos seus próprios interesses, ao longo da execução do contrato”.<sup>23</sup>

A relação empregatícia tem caráter contratual, portanto. Quanto a esse ponto, a pesquisa sobre a correta natureza jurídica do fenômeno da relação empregatícia percorreu caminho sinuoso entre os juristas. No século XX, surge a tendência de rompimento dos traços teóricos originados dos pensamentos civilistas – e, portanto, qualquer traço teórico de origem contratual. Chega-se assim, a uma síntese teórica mais equilibrada e complexa, hábil a apreender também os diferenciadores da relação de emprego perante o conjunto de relações e institutos próximos e perante o universo jurídico conceitual já existente. A ideia de contrato foi o ponto fulcral na

---

<sup>22</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 291.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 49/50.

atividade classificatória empreendida pelos juristas. Para as vertentes tradicionais, a relação de emprego tem caráter contratual, sendo naturalmente assimilável a alguma das figuras contratuais existentes no universo do Direito Civil. Já para a vertente contratualista moderna, a noção de contrato seria também explicativa da natureza jurídica da relação de emprego, embora fosse inviável reduzir a nova figura a qualquer dos tipos contratuais existentes no âmbito civilista conhecido. Há ainda a vertente dos acontratualistas, em que a nova figura empregatícia não teria, definitivamente, natureza jurídica contratual, constituindo um fenômeno divorciado da noção de liberdade e vontade que são nucleares à ideia de contrato.<sup>24</sup>

De fato, no que concerne aos aspectos comuns da relação de emprego, com figuras jurídicas que lhes sejam correlatas, já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, natureza contratual.<sup>25</sup>

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento vontade essencial à configuração da relação de emprego. A presença da liberdade – projeção na vontade - é, a propósito, o elemento nuclear que separa o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos. Não obstante limitada essa vontade pelo empregado, sua simples configuração e convergência à vontade empresarial, no que tange à constituição do vínculo, lança no mundo jurídico, como contrato, o instrumento de conexão do trabalhador ao sistema produtivo. Não há, pois, conteúdo específico ao contrato empregatício, já que qualquer obrigação de fazer, lícita, nele pode estar compreendida, desde que realizada por uma pessoa física, sob certo modo operacional, em modo de subordinação, com pessoalidade, não eventualidade e onerosamente.<sup>26</sup>

A relação empregatícia e a figura do empregado surgem como resultado da combinação dos cinco elementos fático-jurídicos já examinados. Há, porém, outras reações de trabalho que surgiram com a dinâmica social, e são muito próximas, do ponto de vista jurídico e social, da relação de emprego, mas que com ela não se

---

<sup>24</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 303.

<sup>25</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 307.

<sup>26</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 308.

confundem, pode-se mencionar dentre elas o fenômeno atípico da vida social, a terceirização.

### 3 TERCEIRIZAÇÃO

Neste trabalho, é importante o entendimento do conceito de terceirização e suas ramificações, conforme será exposto a seguir.

#### 3.1 Definição de Terceirização

Segundo Lívio Giosa, terceirização é “[...] um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.”<sup>27</sup>

Para Ciro Pereira da Silva, o fenômeno da terceirização pode ser definido 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, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade.”<sup>28</sup>

Já os juristas tratam do fenômeno a partir de outro ponto de vista. Enquanto os administradores estudam a terceirização com o fim da eficácia empresarial, a comunidade jurídica analisa o instituto a partir da dinâmica instalada nas relações entre as pessoas jurídicas terceirizantes e terceirizadas.

---

<sup>27</sup> SILVA, Rogério Geraldo da. A Terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, set. 2011. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 15 de Out. 2015.

<sup>28</sup> SILVA, Rogério Geraldo da. A Terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, set. 2011. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 15 de Out. 2015.

Para Alice Monteiro de Barros “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividades-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim.”<sup>29</sup>

Sergio Pinto Martins afirma que “consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para atividades que não constituam o objeto principal da empresa”. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, sendo que da forma como a Súmula 331 do TST está redigida, só se admite a terceirização da atividade-meio e não da atividade-fim.<sup>30</sup>

Entretanto, há autores que admitem a terceirização na atividade-fim, com amparo no art. 170 da Constituição Federal, citando como exemplo a delegação, pela indústria automobilística de determinados serviços vinculados à atividade-fim da empresa, decorrentes das novas técnicas de produção ou novas tecnologias. Outros acrescentam serviços ligados à perfuração de poços de petróleo em empresas que exploram, entre outras.<sup>31</sup>

Ainda pode-se analisar pelo viés da pessoalidade, Cínthia de Oliveira e Leandro Dorneles afirmam que “a pessoalidade é um elemento essencial da relação de emprego, neste caso, a terceirização deve ser vista como exceção. Afinal, se o trabalhador presta serviço diretamente para uma determinada empresa, a regra é que haja vínculo empregatício.”<sup>32</sup>

Ao tratar dos termos da Súmula 331, III, do TST, somente os serviços especializados e ligados à atividade-meio da empresa poderiam ser terceirizados. Por atividades-meio entendem-se as não essenciais, mas permanentemente necessárias à consecução das atividades empresariais.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 357.

<sup>30</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.177.

<sup>31</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 359.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 62.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 62.

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”.<sup>34</sup>

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário. O trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. O controle deverá ser feito pela empresa interposta. Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que, originariamente, seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. De qualquer modo, o seu núcleo conceitual está em transferir algo de dentro para fora da empresa contratante-originária.<sup>35</sup>

Terceirização é um conceito relativo e que não transparece, a não ser comparando-se no caso concreto o que duas empresas, a contratante e a contratada, fazem.<sup>36</sup>

As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas, e em alguns casos, assumem riscos, extrapolando a área na qual é possível terceirizar – a atividade-meio. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores, especializadas em determinado processo tecnológico. De outro lado, nem sempre é clara a diferença entre atividades-meio e atividades-fim. Têm sido terceirizados, por exemplo, serviços de alimentação, conservação patrimonial e limpeza, segurança, manutenção predial e especializada, engenharia, arquitetura, manutenção de

---

<sup>34</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 357.

<sup>35</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 632.

<sup>36</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 636.

máquinas e equipamentos, frota de veículos, transporte de funcionários, mensageiros, assistência médica, distribuição e outros.<sup>37</sup>

Vólia Cassar Bomfim afirma que há quase 13 milhões de empregados terceirizados no Brasil, 20% só na Administração Pública. Além disso, de todos os trabalhadores com carteira assinada, 27,3% são terceirizados, 50% dos quais trabalham em empresas com mais de 100 empregados próprios. Em média, terceirizados ganham 30% menos e trabalham três horas a mais do que os não terceirizados.<sup>38</sup>

A terceirização é, portanto, um tema que desafia o país, em razão de suas características e peculiaridades que, se de um lado trazem benefícios produtivos às empresas e empregadores, do outro trazem em si o risco da relativização ou enfraquecimento de direitos trabalhistas.

### 3.1.1 Atividades-fim e Atividades-meio

A Súmula 331, TST ampliou a possibilidade de terceirizações ao permitir a terceirização para as atividades-meio de uma empresa, trazendo um enfoque mais genérico.

A atividade-meio envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajusta, pois, às atividades-fim do tomador. A dualidade atividade-meio versus atividade-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência de dois antigos diplomas legais dirigidos à Administração

---

<sup>37</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 637.

<sup>38</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. Terceirização da atividade-fim é prejudicial ao trabalhador. **SINCOMAM**, 14ª Ed. 19 de maio de 2015. Disponível em <http://www.sincomam.com.br/index.php/desembargadora-volia-bonfim-cassar-terceirizacao-da-atividade-fim-e-prejudicial-ao-trabalhador/>. Acesso: 19 de out de 2015.

Pública e da nova direção constitucional emergente, como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos estritos limites colocados pela antiga Súmula 256 do TST. A Súmula 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico.<sup>39</sup>

Para melhor visualização, a seguir estão as súmulas mencionadas acima, sendo demonstrada a mudança no ponto em que se passou da especificidade para a generalidade:

Súmula nº 256 do TST  
 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE  
 (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003  
 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.<sup>40</sup>

Súmula nº331 do TST  
 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.[...]<sup>41</sup>

Atividades-fim, por outro lado, podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica e contribuem, inclusive, para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Dessa forma, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao

---

<sup>39</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 350.

<sup>40</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso: 14 de Nov. 2015

<sup>41</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso: 14 de Nov. 2015.

núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõe a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da atividade empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei 5.645/1970: “transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, entre outras).<sup>42</sup>

Sobre o que é atividade-meio na Justiça do Trabalho, por se tratar de conceitos que surgiram com a Súmula 331, TST, não houve ainda elaboração sedimentada pela jurisprudência, tudo dependendo dos casos concretos. Há uma linha crescente de abrandamento sobre a terceirização pelo TST, como já se viu com o cancelamento da Súmula 256 e a sua substituição pela Súmula 331. Diante dessas novas diretrizes, a tendência será o elástico das possibilidades.<sup>43</sup>

### 3.1.2 Terceirização Lícita e Ilícita e análise dos incisos da Súmula 331, TST

Observe-se, primeiramente, a Súmula 331, TST, de forma completa:

Súmula nº 331 do TST  
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

---

<sup>42</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 350.

<sup>43</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 637/638.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)

II – A contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, CF/88)

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”<sup>44</sup>

Dentre as alterações apresentadas pela Súmula 331, TST, uma das mais significativas foi a referência à distinção entre atividade-meio e atividades-fim do tomador de serviços, definindo critérios de licitude e ilicitude da terceirização. Explicitou a natureza e extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas e a ampla responsabilidade da empresa tomadora de serviços.<sup>45</sup>

Dessa forma, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida. Nesses casos, não se trata de discutir se a empresa terceirizante é licitamente constituída e de

---

<sup>44</sup> BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>45</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 448.

patrimonialidade idônea, já que o núcleo da temática examinada não diz respeito à responsabilidade trabalhista, mas a vínculo empregatício.

As situações expressamente tipificadas pela lei 6.019/74 que são as autorizações para a contratação de trabalho temporário são consideradas lícitas, conforme se depreende da Súmula 331, I, TST. Dessa forma, estão elencadas as necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou ainda de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.<sup>46</sup>

Verifica-se no item I da Súmula, portanto, que a contratação por empresa interposta permanece ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador do serviço, excetuada a hipótese do trabalho temporário. O TST continuou, portanto, considerando inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim da empresa, exceto novamente, o trabalho temporário.<sup>47</sup> Essa lei estabelece ainda outros requisitos e com maiores detalhes, mas essa modalidade não é objeto de discussão aprofundada neste trabalho.

No item II, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre trabalhador e os órgãos da Administração Direta, Indireta, quando aquele lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. É deferido ao trabalhador, nesses casos, o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo, e os valores referentes ao FGTS. Vale ressaltar que esse é um dos entendimentos possíveis neste caso. Em vista de o presente trabalho não tratar desse tema em específico, traz-se apenas uma forma de interpretação desse inciso.<sup>48</sup>

No inciso III, portanto, poderá se recorrer ao contrato de natureza civil nos casos que se tratarem de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador e, conforme já mencionado,

---

<sup>46</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 449.

<sup>47</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 358.

<sup>48</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 358

não pode haver pessoalidade e subordinação direta, pois caso presentes esses dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá com o tomador do serviço.<sup>49</sup>

Na hipótese do item IV, o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador quanto àquelas obrigações. Ou seja, mesmo no caso de terceirização não fraudulenta, a empresa tomadora não se exime de responsabilidade pelos débitos trabalhistas com o empregado, embora sua responsabilidade seja subsidiária, somente para o caso de insolvência da empresa prestadora. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, conforme consta no inciso VI da Súmula.<sup>50</sup>

Quanto à responsabilidade da Administração Pública, direta e indireta, a Súmula prevê, no seu inciso V, que estes respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.<sup>51</sup> Com esse inciso, o Tribunal Superior do Trabalho separou a regra concernente à terceirização na comunidade em geral da regra aplicável às entidades estatais.

A importância desta Súmula resta evidente, ante a ausência de outra forma regulamentadora, ela tenta abranger algumas situações, em que já houve o questionamento acerca do presente debate.

Contudo, resta observado que, embora a Súmula efetue esforços para realizar tal tarefa, ainda permite inúmeras ponderações acerca de cada inciso e, mesmo assim, há muitas dúvidas a respeito. Portanto, há grande necessidade de regulamentar a terceirização, e tal questão será tratada na sequência.

---

<sup>49</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 359.

<sup>50</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 359.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Cínthia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 63.

### 3.2 Necessidade de regulamentação

A terceirização é uma realidade nas relações de trabalho, originada das mudanças no sistema econômico e da flexibilização das normas.

No entanto, não existe legislação que defina a terceirização, cabendo apenas à doutrina e à jurisprudência a tarefa da conceituação.

Devido à falta de legislação que tutele o assunto da terceirização, buscam-se soluções como a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, principalmente nos princípios contidos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

A distinção entre regras e princípios não é nova, conforme Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Segundo o critério da generalidade, princípios são normas com o grau de generalidade alto, enquanto que o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.<sup>52</sup> Os princípios são normas jurídicas de caráter extremamente abstrato que traduzem os valores sociais fundamentais refletidos no ordenamento jurídico.<sup>53</sup>

Os princípios têm grande relevância no ordenamento jurídico por serem considerados como norteadores do direito e por possuírem características informadoras, interpretativas e normativas no Direito.

A jurisprudência tem papel relevante, portanto, no tema da terceirização. Conforme Mauricio Godinho, a jurisprudência traduz a reiterada interpretação conferida pelos Tribunais às normas jurídicas, a partir dos casos concretos colocados ao seu exame jurisdicional. No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), existem duas posições doutrinárias: a primeira, tradicional e dominante, que acredita que a jurisprudência não é fonte de normas jurídicas; e a

---

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 26.

segunda, mais moderna, que acredita que a jurisprudência tem um indissimulável papel jurídico.<sup>54</sup>

Para Amauri Mascaró, a função do Poder Judiciário é a de aplicar e não elaborar o direito positivo, porém não pode ser vista apenas de modo simplista tal afirmação:

Para a teoria clássica, a jurisdição é ato de mera aplicação do direito, o juiz é o escravo da lei, dela não podendo se afastar [...] O juiz é mero intermediário que faz a passagem do texto legal para o caso concreto; não será considerado como investido de um *poder político* e, em consequência, seria inadequado falar em Poder Judiciário, sendo mais próprio entender a atividade judiciária como função ou serviço.<sup>55</sup>

Para o autor, o juiz atua no sentido da realização do direito no caso concreto, o que basta para mostrar sua criatividade no sistema de efetivação da norma geral para o particular, do abstrato para o concreto, ato no qual pesa sua vontade.<sup>56</sup>

A competência para legislar sobre o Direito do Trabalho é da União. Os Estados-membro e os Municípios não tem essa competência, contudo, a União pode delegar, por Lei Complementar, tal atribuição aos Estados-membros para matérias específicas.<sup>57</sup>

Porém, verifica-se que o responsável pela fixação dos critérios que norteiam a terceirização é o Poder Judiciário, mais especificamente a Justiça do Trabalho.

O fenômeno da terceirização tem se desenvolvido sem o cuidadoso esforço da normatização pelo legislador pátrio. O fenômeno tem evoluído à margem da atividade heterônoma estatal, quase de maneira informal. De fato, nos anos 70

---

<sup>54</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 167.

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaró, **Curso de Direito do Trabalho**, 26. edição, Editora Saraiva, 2011, p. 382.

<sup>56</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaró do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

<sup>57</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaró do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381.

apenas um único diploma legal de efeitos restritos a contratos de curta duração surgiu, contudo limitado a um conjunto específico de trabalhadores. Após esse período, a dinâmica da terceirização iniciou com mais força requerendo maior atenção da Justiça do Trabalho.<sup>58</sup>

Sabe-se que o Direito do Trabalho tutela uma relação nuclear à dinâmica econômica, qual seja, a relação social a partir da qual a riqueza é produzida. Pelo dinamismo social, e suas diversas relações, o Direito do Trabalho deve ser constantemente atualizado e revisado, bem como suas interpretações devem variar conforme seja acionado pela sociedade. Por outro lado, a ciência jurídica é conservadora. Uma das principais funções do Direito é justamente conservar, preservar a estabilidade das relações sociais. Isso confere do ponto de vista fático, ao objeto do Direito do Trabalho, uma dinamicidade muito além do que a sua normatividade consegue alcançar. Além disso, tem-se que na relação de emprego há muitas ideologias, pois ao regular uma relação conflituosa por natureza, tem em um de seus pólos o capital, e do outro, o trabalho.

Essa ideologização, que dividiu o mundo ao longo do século XX, ainda marca as relações sócio-político-econômicas, potencializa a dificuldade do Direito em dar respostas rápidas às demandas laborais que surgem a todo o momento. E por fim, cabe uma referência ao pouco tempo de desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho, sendo que o tempo de desenvolvimento é importante para o amadurecimento dos principais alicerces teóricos. Principalmente quando se compara o Direito do Trabalho a outras áreas milenares, como Direito Civil e Penal. Pode-se dizer que o Direito do Trabalho “é um ramo jurídico jovem”.

Também é possível a referência, embora possa ser um fator de menor importância, a complexidade que atualmente caracteriza o mundo do trabalho. Além disso, o Direito e o Estado moderno ainda buscam responder às demandas sociais com base em padrões universais, únicos, respostas normativas genéricas, gerais e abstratas, para problemas diversificados e muitas vezes casuísticos.

Enfim, a soma destes fatores confere uma inércia ao Direito estatal laboral, justificando em parte a postura dos tribunais trabalhistas de normatizar determinados

---

<sup>58</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 438.

problemas através das súmulas, gerando uma grande construção dessas para orientações de decisões sobre o tema.

Há necessidade de regulamentação, pois existe uma necessidade latente de apoiar-se nos precedentes jurisprudenciais, em vista de não haver uma lei específica sobre o assunto para embasar as decisões. Mesmo com a importância de os juízes criarem o Direito no caso concreto, deve-se ser dada uma base para essa criação, em vista da segurança jurídica entre as partes envolvidas.

Para o entendimento dessa situação, é importante o estudo sobre a separação dos poderes, as fontes do Direito do Trabalho e o questionamento referente à segurança jurídica, em vista das diferentes interpretações dadas aos casos concretos.

## 4 SEPARAÇÃO DOS PODERES, NORMAS E SEGURANÇA JURÍDICA

A separação dos poderes, no momento em que o Poder Judiciário, além de julgar, também legisla, pode ser questionada, pois há o ferimento de tal instituto.

Além disso, há o abalo na segurança jurídica, pois pode ser considerado muito poder na mão de apenas um órgão. Também, como nas relações de terceirização não há legislação, gera decisões divergentes, e, dessa forma, gera também incertezas na efetividade do Direito.

### 4.1 Separação dos Poderes

Para o entendimento do princípio da separação dos poderes é necessário uma análise histórica.

Em toda a Europa Continental, sobretudo na França, havia uma fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais. Nessas camadas, cresciam a burguesia comercial e industrial inconformados com a rigidez e os abusos do sistema vigente. A soberania de início é a Monarquia e a Monarquia, o Estado. A soberania se faz dogma e a autoridade do monarca esplende, assim o Estado moderno se converte em realidade. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade. A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem e essa burguesia muita proteção. Embora tivessem tal proteção, o intervencionismo do Estado começa a prejudicar os interesses comerciais e sua expansão. Dessa forma, passa a não ser mais tão interessante o poder absoluto na mão de um só.<sup>59</sup>

O princípio da separação de poderes tem muita influência sobre o moderno Estado de Direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu

---

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

precursores já na Antiguidade, na Idade Média e nos tempos modernos. Distinguiu Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo Judiciário; Marsílio de Pádua no Defensor Pacis, já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim, a Escola de Direito Natural e das Gentes com Grotius, Wolf e Puffendorf.<sup>60</sup>

John Locke, no tocante à separação de poderes, assinala a distinção entre os três poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição Inglesa do que o do autor de “Do Espírito das Leis”.<sup>61</sup>

A prerrogativa, como poder estatal, compete ao príncipe, que terá também a atribuição de promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa.

Assim como a Inglaterra conhecera Locke por pensador político do contra-absolutismo, vazado na inspiração individualista dos direitos naturais oponíveis ao Estado, a França conheceu, com o gênio de Montesquieu, e a criação com a obra “Do Espírito das Leis”, a técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal. Distingue Montesquieu em cada Estado três sortes de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, segundo sua terminologia) e o Poder Judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil). A cada um desses poderes correspondem, segundo o pensador francês, determinadas funções.<sup>62</sup>

Através do Poder Legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas.

Com o Poder Executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões.

O terceiro poder — o Judiciário — dá ao príncipe ou magistrado, a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10

Discriminados assim os poderes nessa linha teórica de separação, segundo os fins a que se propõem, entra Montesquieu a conceituar a liberdade política, definindo-a como aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social.

A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa.<sup>64</sup>

Dessa forma, quando uma única pessoa detém o Poder Legislativo e o Poder Executivo de forma clara percebe-se que já deixou de haver liberdade, pois persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação. Valendo isso também para o Poder Judiciário na mão de poucos. O Poder Judiciário mais o Poder Legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O Poder Judiciário ao lado do Poder Legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política.<sup>65</sup>

Redundaria irremissivelmente essa máxima concentração de poderes no despotismo, implicando a total abolição da liberdade política. Tal se deu na Turquia, onde, segundo observa Montesquieu, reinava atroz despotismo, com os três poderes concentrados na pessoa do Sultão. Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento — lembra o pensador — são eles compelidos a atuar “de concerto”, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke na Inglaterra durante o século XVIII. Com efeito, quando o Executivo emprega o veto para enfrear determinada medida legislativa não fez uso da faculdade de estatuir, mas da faculdade de impedir, faculdade que se insere no quadro dos mecanismos de controle recíproco da ação dos poderes.<sup>66</sup>

O Brasil, ao decidir-se pela forma republicana de governo, aderiu ao princípio da separação de poderes na melhor tradição francesa — a de Montesquieu — com

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

explicitação formal. O Império se abraçara, porém, a uma separação inspirada em Benjamin Constant, onde os poderes são quatro ao invés de três, incluindo o Moderador, portanto.<sup>67</sup>

Para a construção do raciocínio do que se tem hoje, começa-se a analisar primeiramente a Constituição Republicana de 1891 em seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes”.<sup>68</sup>

Após, na Constituição de 16 de julho de 1934, a qual manteve o princípio nos termos do artigo 30: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”<sup>69</sup>

E no artigo 6º da Constituição de 24 de janeiro de 1967 reproduz o princípio: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>70</sup>

Então na Constituição de 1988 com redação quase idêntica no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>71</sup>

Portanto, percebe-se que o estudo da separação dos poderes é bastante relevante em toda a história do Direito, principalmente pelo fato da especialização das atividades dos órgãos, tendo dessa forma, uma sensação de ordem no desempenho das atividades legislativas, executivas e judiciárias.

---

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 10.

<sup>68</sup> BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso: 19 de Nov. 2015.

<sup>69</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 16 de julho de 1934. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>70</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 24 de janeiro de 1967. **Planalto**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189). Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>71</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de Outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 14 de Nov. 2015.

É claro que cada poder desempenha também as funções dos outros poderes, mas não de forma precípua. Portanto, o Poder Judiciário é capaz de administrar suas questões internas (atividade administrativa), bem como legislar (formulando regulamentos internos), por exemplo. Contudo, o Poder Judiciário tem como atividade principal executar as leis e aplicá-las ao caso concreto da melhor maneira possível, possibilitando aos litigantes o acesso à justiça e a busca pela decisão mais equilibrada.

Dessa forma, irão ser analisadas as fontes das normas, sua construção e interpretação no Direito do Trabalho.

## 4.2 Fontes do Direito do Trabalho

O ordenamento jurídico é um complexo de princípios, regras e institutos regulatórios da vida social em determinado Estado ou entidade supranacional.

É a ordem jurídica imperante em determinado território e vida social. A jurista Maria Helena Diniz define ordenamento como: “conjunto de normas emanadas de autoridades competentes vigorantes num dado Estado”. Para a autora, ordem jurídica, que se trata “do ordenamento jurídico”, constitui o “conjunto de normas estabelecidas pelo poder político competente, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época”.<sup>72</sup>

As noções de ordem e ordenamento jurídicos referem-se ao complexo unitário de dispositivos regulatórios das organizações e relações sociais em um determinado contexto histórico, geográfico e político-institucional. O ordenamento jurídico compõe-se de fontes normativas, que são os meios de revelação das normas jurídicas nele imperantes.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> DINIZ Maria Helena. *Apud.* DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.136.

<sup>73</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.136.

Regras e princípios são entendidos como normas para Robert Alexy, pois ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>74</sup>

O estudo das fontes de direito admite diversas classificações, conforme o critério de distinção utilizado. Portanto, caso o critério utilizado seja o de autonomia das partes, as fontes podem ser classificadas em:<sup>75</sup>

- a) Heterônomas: Estipuladas por outros centros decisórios que não os sujeitos da relação jurídica. Um exemplo seria a Constituição Federal;
- b) Autônomas: Agrupa as normas estipuladas pelos próprios sujeitos da relação de emprego, sendo um exemplo o Contrato de Trabalho.

Este critério, no entanto, pode gerar controvérsia no que diz respeito à classificação das normas coletivas, pois se houver o entendimento de que “partes” são apenas os sujeitos individuais, convenções e acordos coletivos poderiam ser classificados como heterônomos; se os sujeitos de direito coletivo forem considerados “partes” para fins de classificação, as normas coletivas poderiam ser classificadas como autônomas.<sup>76</sup>

Quanto ao seu reconhecimento vinculativo por parte do Estado, sendo este o critério mais tradicionalmente utilizado, as fontes podem ser classificadas em:<sup>77</sup>

- a) Formais: São as normas jurídicas propriamente ditas, caracterizadas pelo reconhecimento formal por parte do Estado e pela proposição de uma conduta hipotética vinculada a uma consequência para o caso de seu não cumprimento, portanto, possui capacidade formal de estabelecer direitos e deveres. Essas fontes

---

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p.. 34.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 35.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 35 – 38.

podem ainda ser classificadas, segundo a sua origem em: fontes de produção estatal, de produção internacional, de produção profissional, de produção mista, de produção empresarial e de produção voluntária.

a.1) As de produção estatal são a Constituição e as Leis (*lato sensu*) e os atos normativos secundários (portarias, instruções normativas e decretos regulamentares). Podem ser indisponíveis ou relativamente indisponíveis. Mas, mesmo as relativamente indisponíveis, são vinculativas na medida que criam uma presunção legal geral: Os direitos previstos em normas de indisponibilidade relativa somente podem ser afastados se forem observados expressamente os procedimentos e limites que a própria legislação impõem.

a.2) As fontes de produção internacional, do ponto de vista formal são os tratados, em especial, as convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pelo país.

a.3) As fontes de produção profissional são basicamente os acordos e convenções coletivas de trabalho. Estas espécies de fonte se caracterizam pelo fato da elaboração impulsionada ou delineada pelos próprios atores laborais coletivos.

a.4) As fontes de produção mista são assim denominadas, pois tem seu impulso elaborativo por atores laborais, mas o procedimento de produção apenas se encerra, vinculativamente, com a atividade de um terceiro. São as sentenças normativas, laudos arbitrais.

a.5) As fontes de produção empresarial são os regulamentos empresariais, normas decorrentes do poder de comando patronal voltados a disciplinar aspectos da prestação de serviços no contexto organizativo da empresa.

a.6) As fontes de produção voluntária são os contratos individuais de trabalho, cujo conteúdo seja voluntariamente estipulado pelas partes com a função básica de ampliar os direitos mínimos estabelecidos pelas demais fontes ou regulamentar a prestação de serviços nas situações de lacunas deixadas pelas demais normas aplicáveis.

b) Materiais: Essas fontes não são reconhecidas de maneira formal pelo Estado, portanto, não tem poder vinculativo direto aos operadores e sujeitos envolvidos.

Contudo, são reconhecidas pela Ciência Jurídica pela influência que exercem na construção e evolução do Direito do Trabalho.<sup>78</sup>

Mauricio Godinho divide as fontes materiais em econômicas (modelo capitalista gera a relação de emprego), sociológicas (união dos trabalhadores para gerar mudanças e intervenções no debate acerca da relação de trabalho), políticas (movimentos sindicais) e ainda filosóficas (correntes de pensamentos que influenciam na evolução e criação do Direito do Trabalho).<sup>79</sup>

Para Alice de Barros, é mais comum a classificação das fontes, inclusive para o Direito do Trabalho, em materiais e formais. Fontes materiais, também conhecidas como reais ou primárias, são os substratos fáticos, que imprimem conteúdo à norma. Já as fontes formais traduzem a exteriorização dos fatos por meio da regra jurídica. Essa fonte pode ser imposta de forma coercitiva, obrigando de maneira geral.<sup>80</sup>

Para Amauri Mascaro não é demais dizer que a teoria das fontes tem passado por significativas modificações, complementando-se como uma teoria dos modelos jurídicos numa relação de continuidade. As fontes, como um poder de decidir na experiência jurídica e social, diversificam-se em quatro, a legal, a consuetudinária, a jurisdicional e a negocial, esta ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem. Até mesmo o monismo normativo da Escola de Viena, ao considerar o contrato como norma jurídica, acabou por reafirmar a autonomia privada como uma das fontes instauradoras das normas jurídicas. Por consequência, a autonomia coletiva conferida aos grupos sociais, para que decidam sobre os seus interesses, segundo uma concepção pluralista dos ordenamentos jurídicos, está plenamente fundamentada no Direito.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 35.

<sup>79</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, p. 137.

<sup>80</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 81.

<sup>81</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381.

A importância está na complementaridade, ou seja, o juiz tem de ter a possibilidade de poder criar nos casos em que isso seja importante. Contudo, a lei deve fundamentar o ato, indicando o caminho para a decisão final.

### 4.3 Hierarquia das normas

Hierarquia significa graduação. Ao se falar em hierarquia de fontes, indica-se a existência de uma ordem entre elas. De acordo com Alice Monteiro de Barros, do ponto de vista filosófico, não deveria existir hierarquia entre leis, pois o ideal seria a coincidência entre o ordenamento positivo e o dever-ser. Porém, sob o aspecto prático, as leis têm prazo de vigência extenso, trazem força obrigatória variável e são acompanhadas de sanção mais ou menos intensa. Esses fatores exigem uma classificação de leis.<sup>82</sup>

Alice de Barros esclarece de maneira brilhante o conceito de lei para verificar-se a importância do estabelecimento de tal regramento:

O conceito de lei assenta-se sobre quatro noções fundamentais: a primeira, é de que ela é uma declaração jurídica, a segunda, a de que essa declaração se reveste de forma escrita, a terceira, de que seu conteúdo há de ser uma norma e a quarta, a de que ela deve provir de órgãos estatais competentes. A norma jurídica que constitui o conteúdo da lei é um comando abstrato, hipotético, coercitivo e genérico. Ela é um comando hipotético porque prevê abstratamente certos fatos (hipótese), com as consequências jurídicas que lhe correspondem (tese).<sup>83</sup>

No ramo do Direito, de forma ampla, a hierarquia observa a origem de onde a fonte provém, sendo que basicamente são de fonte Estatal. No Direito do Trabalho,

---

<sup>82</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 102.

<sup>83</sup> BARROS, Alice Monteiro, **Curso de Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo, Editora LTR, 2011, p.83 e 84.

conforme já visto, o problema da hierarquia se agrava, pois existem muitas fontes. A lei, contudo, é a principal fonte do Direito do Trabalho. Como a lei ordinária é hierarquicamente inferior à Constituição, a CLT encontra nela seu fundamento e validade.<sup>84</sup>

Para Mauricio Godinho, a hierarquia própria às fontes normativas componentes do Direito Comum é rígida e inflexível, ou seja, nada agride a Constituição e, abaixo dessa, nada agride a lei. A pirâmide de hierarquia normativa apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no vértice da pirâmide, acompanhada de emendas à Constituição. Em seguida, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias. Em seguida, Decretos (regulamentos normativos) e, sucessivamente, diplomas dotados de menor extensão de eficácia e mais tênue intensidade normativa.<sup>85</sup>

Ainda para o mesmo autor, o respeito ao caráter hegemônico direcionador que tem no Direito do Trabalho um de seus princípios não se compatibilizaria com a rigidez mencionada anteriormente. Desse modo, a necessidade de se adequar o critério de hierarquia jurídica à composição normativa diversificada no Direito do Trabalho e ao caráter essencialmente finalístico de que se reveste esse ramo jurídico especializado, com a hegemonia incontestada do princípio da norma mais favorável, tudo conduz ao afastamento justralhista do estrito critério hierárquico rígido e formalista presente no Direito Comum.<sup>86</sup>

Contudo, para elucidar como a doutrina estabelece meios para resolver conflitos, é importante o entendimento das seguintes regras gerais: a) havendo conflito entre as fontes estatais (leis) e internacionais, prevalecem as últimas; b) se o conflito se estabelecer entre fontes estatais (leis) e a sentença normativa, prevalecem as primeiras; c) na hipótese de conflito entre a sentença normativa e os usos e costumes, regulamento de empresa e convenção coletiva, prevalece a primeira; d) finalmente, se o conflito se estabelece entre usos e costumes,

---

<sup>84</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 102.

<sup>85</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 174.

<sup>86</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 175.

regulamento de empresa e convenção coletiva, prevalece aquela cujo âmbito seja mais generalizado.<sup>87</sup>

Tem importância no exame da hierarquia das fontes, a prevalência da norma mais favorável ao empregado para o Direito do Trabalho, a qual pode tornar flexível o acima apresentado. Isso significa que deve ser aplicado o instituto que proporcione melhores condições para o empregado, ainda que contidos em norma hierarquicamente inferior. A prevalência da norma mais favorável é um corolário do princípio da proteção que norteia o Direito do Trabalho brasileiro, como se infere do *caput* do art. 7º da CF/88<sup>88</sup> e dos artigos 444<sup>89</sup> e 468<sup>90</sup> da CLT, dos quais se constata que a lei atua assegurando um mínimo de garantias sociais para o empregado, passível de tratamento mais benéfico pela vontade das partes ou por outra fonte do Direito.<sup>91</sup>

No que diz respeito à aplicação e interpretação há princípios norteadores para o entendimento do Direito do Trabalho. O princípio do *in dubio pro operário*, segundo o qual uma norma aplicável a um fato concreto, caso ela dê margem a mais de uma interpretação, deve-se optar pela interpretação mais vantajosa ao trabalhador. O princípio da “norma mais favorável”, sempre que duas normas forem aplicáveis a um mesmo caso concreto, deve-se optar pela norma que conduza à conclusão mais benéfica ao trabalhador. Quanto a este último princípio, há três técnicas consagradas pela literatura para a determinação da norma mais favorável:<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 102.

<sup>88</sup> Constituição Federal. Art. 7º, *caput*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

<sup>89</sup> Decreto-Lei nº 5.452. Art. 444: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

<sup>90</sup> Decreto-Lei nº 5.452. Art. 468: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

<sup>91</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 103.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p.33.

a) Conglobamento: Dentre as normas aplicáveis à situação concreta, deve-se avaliar aquela que, de forma ampla, revela-se mais benéfica ao trabalhador, aplicando-a integralmente com a exclusão da outra.

b) Conglobamento orgânico ou eclético: A verificação das regras mais benéficas deve ser feita por institutos ou matérias (remuneração, jornada de trabalho, férias, entre outras), aplicando-se ao caso concreto, em sua integralidade, aqueles que se revelarem mais benéficos ao trabalhador em sua generalidade, independente da norma originária. Logo, pode ser aplicada uma ou outra norma, conforme os respectivos institutos ou matérias se revelarem mais vantajosos.

c) Acumulação: Conhecida também como Cúmulo ou Soma. Para a solução da situação concreta, aplicam-se item por item, cláusula por cláusula, artigo por artigo, os dispositivos mais benéficos ao trabalhador; desta forma, aproveita-se de cada norma aquilo que cada uma consagra de mais vantajoso ao trabalhador.

Porém, a aplicação da norma ou da condição mais favorável não significa eliminação do princípio da hierarquia das leis, sendo que o que ocorre é que a própria lei deixa espaço para ser sobrepujada por uma norma de hierarquia inferior, por exemplo, Convenção Coletiva. A norma mais vantajosa não viola norma de hierarquia superior, exatamente porque estão sendo respeitados os limites mínimos por ela instituídos. A lei atua, portanto, como norma mínima superável, e a Convenção Coletiva é uma maneira de aprimorá-la, a menos que haja uma lei de interesse público que contrarie a regra mais favorável, como se infere do art. 623 da CLT. O citado artigo dispõe que “será nula de pleno direito disposição de convenção ou acordo coletivo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços”. E em seu parágrafo único: “a nulidade será declarada, de ofício ou

mediante representação, pelo Ministro do Trabalho, ou pela Justiça do Trabalho em processo submetido ao seu julgamento”.<sup>93</sup>

Além de ser possível que convenções coletivas estipulem normas menos favoráveis que as leis e até mesmo que a Constituição, e sejam mesmo assim preferidas, porém de forma excepcional. Depreende-se tal possibilidade da própria Constituição, art. 7º, VI, XIII e XIV:<sup>94</sup>

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.<sup>95</sup>

#### 4.4 Interpretação das normas no Direito do Trabalho

Toda a norma jurídica deve ser interpretada. Os fundamentos da interpretação ou as razões pelas quais ela é necessária são: ontológico, axiológico, gnoseológico e lógico.<sup>96</sup>

De maneira rápida, pode-se dizer que o fundamento ontológico se submete à conduta humana, traduzindo uma expressão do ego existencial, logo o juiz não

---

<sup>93</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.104.

<sup>94</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 104.

<sup>95</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 16 de julho de 1934. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>96</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.106.

poderá presumir conhecê-la e vinculá-la a uma norma. O fundamento axiológico exige a verificação dos valores contidos no fato para individualizá-lo. Já o fundamento gnoseológico está relacionado com a necessidade de conhecer o fato no contexto do Direito. Pelo fundamento lógico, que consiste na adaptação do fato à norma, utilizando-se de coerência nas conexões do pensamento. À título de exemplo, o art. 373-A,VI<sup>97</sup> da CLT proíbe o empregador ou seus prepostos de procederem a revistas íntimas nas empregadas, com o objetivo de preservar-lhes a dignidade humana. O fundamento lógico da interpretação permite aplicar o preceito legal também aos homens, por ser derivação racional deduzida de circunstâncias de fato e de direito objetivamente estabelecidas.<sup>98</sup>

Ruy Rosado Jr. levanta alguns questionamentos sobre a interpretação do juiz. Ao questionar se a interpretação é ato de vontade ou de conhecimento do juiz, afirma que os racionalistas entendem ser o homem capaz de organizar com a sua razão a vida social, emitindo leis perfeitas, harmônicas, completas, criando um ordenamento jurídico e oferecendo-o pronto e acabado aos juízes e aplicadores do Direito, aos quais caberia, apenas, através de um ato de conhecimento, apreender o conteúdo dos conceitos legais e aplicá-los aos casos concretos. O conhecimento do Direito Positivo levaria à verdade jurídica, daí por que a interpretação poderia ser certa ou errada, dependendo da veracidade ou da falsidade do conhecimento do jurista.<sup>99</sup>

Já para os anti-racionalistas a interpretação é ato de vontade, influenciado por diversos fatores de ordem psíquica, social, política, entre outros. O ato de criação da norma é ato de vontade, seja do legislador, seja do aplicador. Nessa ótica, a interpretação não seria classificada como verdadeira ou falsa, mas como justa ou injusta.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Decreto-Lei nº 5.452. Art. 373-A, inciso VI: “Proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

<sup>98</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.106.

<sup>99</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015.

<sup>100</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015

Para Norberto Bobbio, toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que essas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica pode-se colocar uma tríplice ordem de problemas, sendo o primeiro se é justa ou injusta, em segundo se é válida ou inválida, e em terceiro se é eficaz ou ineficaz. Todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. Daí o questionamento se é injusta ou justa tal norma, é questionar se é apta ou não a realizar esses valores. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Para isso o problema da justiça se denomina comumente como problema deontológico do direito.<sup>101</sup>

Ruy Rosado Jr. também questiona se a interpretação é ato neutro ou ideológico, sendo que neutralidade referida é a de o juiz não carregar na sentença nenhum aporte valorativo pessoal, o que não se poderia confundir com a imparcialidade exigida em relação ao julgador, o qual deve estar desvinculado do interesse das partes. Essa última qualidade não se dispensa nunca, por ser antes de tudo uma exigência ética.<sup>102</sup>

Para os racionalistas, que reduzem a interpretação a um ato de conhecimento, sustentam ser uma atividade neutra e imparcial, pois o juiz se limita à compreensão do significado da norma e ao conhecimento do fato. Corresponde, no campo jurídico, à constituição política do Estado Liberal, onde estão separados os poderes do Estado, ficando ao Legislativo a capacidade de inovar dentro do ordenamento, subordinando o juiz à lei.<sup>103</sup>

A escolha de valores, a sua fixação numa escala hierarquizada, a aceitação dos princípios dela decorrentes e sua efetiva concretização através da aplicação são atitudes que caracterizam uma posição ideologicamente comprometida do Juiz. A ideologia, nesse pensamento, é necessária à interpretação, por duas razões, sendo

---

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45/46.

<sup>102</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015.

<sup>103</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015.

que de modo geral, toda a atividade humana que serve à realização de fins exige a formulação desses fins como valores, a determinação dos valores forma a ideologia dessa atividade. De modo especial, a ideologia está ligada à interpretação porque se funda em avaliações, determinantes das diretivas interpretativas. O mesmo jurista observa que os valores podem não convergir, a exemplo do que ocorre com o da estabilidade da lei, ligado à certeza e à segurança, e o da necessidade de satisfação das exigências atuais da vida. Enquanto o primeiro se constitui num valor estático e fundamenta a posição de defesa da vontade da lei e do legislador, o segundo é um valor dinâmico, pois a norma fixada na sentença corresponde à resposta a um estímulo, ou seja, mudando o estímulo, muda a resposta. Para Ruy Rosado Jr., o juiz não é servo da lei, nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar.<sup>104</sup>

Conforme a leitura da norma individualizada aplicável ao caso pelo juiz, essa norma estará mais ou menos ajustada aos princípios que o julgador decidiu preservar. Se coincidentes, a fundamentação da sentença será a singela invocação do direito positivo, que por si legitima a decisão. Havendo divergência, o Juiz deverá argumentar para convencer do acerto e da adequação de sua decisão ao sistema jurídico, pois deverá encontrar ali a fundamentação para a decisão que entende a melhor para o caso. De acordo com Ruy Rosado Jr.:

O juiz, Sempre que possível, fica com a lei e trabalha com ela usando dos recursos que a linguagem lhe oferece. Em raras ocasiões, o Juiz defrontar-se-á com uma lei que não possa ser interpretada e redefinida em conformidade com o valor da justiça.<sup>105</sup>

Contudo, vale ressaltar que uma norma pode ser válida e mesmo assim não ser justa. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pois entre o ideal de justiça e a realidade do Direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo do regime. Certamente o Direito, que em todos os regimes de um certo período

---

<sup>104</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015.

<sup>105</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>. Acesso: 15 Out. 2015.

histórico e em alguns contemporâneos que considerados civilmente ultrapassados, admitiu ou admite a escravidão, por exemplo, não é justo, mas mas nem por isso é menos válido.<sup>106</sup>

Dessa forma, percebe-se a necessidade de haver um ordenamento jurídico pré-estabelecido para que o juiz possa decidir o caso concreto, gerando maior estabilidade no processo democrático e previsibilidade perante a sociedade. O juiz pode ter certa liberdade para ajustar a norma ao fato, contudo, a existência dessa norma é importante para o regramento das relações sociais e suas consequências. Todavia, esse ordenamento jurídico deve ser bem pensado, juntamente com a sociedade e seus valores, para ser considerado justo e válido.

#### 4.5 Segurança Jurídica

A necessidade de um Estado de direito surge ao longo da história para garantir ao indivíduo que não sofreria agressões e opressão do governante. Dessa forma, nascia a necessidade de uma submissão do Estado à lei. Teria de haver uma limitação do Estado ao ordenamento jurídico, “não só pela necessidade de que as limitações à liberdade e aos direitos fossem determinadas por lei como também pela necessidade de conformação dos atos estatais à lei aprovada pelo parlamento”.<sup>107</sup>

A segurança jurídica é tida como um dos princípios fundamentais e principais do nosso sistema, sendo um “valor imanente a qualquer sistema de Direito positivo”, conforme Carlos Aurélio Mota de Souza.<sup>108</sup>

Hans Kelsen afirma que há dois sistemas jurídicos, sendo o primeiro o da livre descoberta do Direito, no qual não há um órgão Legislativo central e os tribunais

---

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

<sup>107</sup> MOTTA, Arthur Alves da. **Segurança Jurídica: da crise ao resgate**. 150f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p.24.

<sup>108</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 80.

decidem os casos concretos segundo sua livre apreciação. E o da descoberta do Direito vinculada à lei, no qual a produção legislativa é centralizada, reservada a um órgão Legislativo. Estes sistemas apresentam distintos graus de flexibilidade que se opõe ao princípio da segurança jurídica. Sustenta que a decisão judicial é continuidade e não início do processo de criação do Direito.<sup>109</sup>

Quanto à interpretação das normas, Hans Kelsen assegura que a inevitável plurissignificação das normas deve ser reduzida ao mínimo possível, de modo que se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.<sup>110</sup>

Conforme ainda o autor Hans Kelsen, a interpretação científica cabe tão somente a determinação das significações da norma jurídica, afirmando que “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”.<sup>111</sup>

Além disso, Hans Kelsen também afirma o seguinte:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Esse sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem se orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão Legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 280.

<sup>110</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 280.

<sup>111</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 395-396.

<sup>112</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 279.

Humberto Ávila ao tratar da relação entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito expõe fundamentos importantes, os quais merecem transcrição:

“Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previsíveis, estáveis, controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito.”<sup>113</sup> Como bem assevera Raz: “A observância do Estado de Direito é necessária caso o Direito queira respeitar a dignidade humana. Respeitar a dignidade humana envolve tratar os homens como pessoas capazes de planejar e definir o seu futuro. Assim, respeitar a dignidade das pessoas inclui respeitar a sua autonomia, seu direito de controlar o seu futuro”.<sup>114</sup>

A segurança jurídica é um objeto de estudo da doutrina bastante importante para o Estado e sua sociedade, isto porque o homem busca incessantemente a certeza das coisas, da sociedade e dos fatos que o cercam.

Para garantir a segurança em suas relações, o homem utiliza-se do Direito como instrumento. Em tempos de crise e de instabilidade surgem novas reflexões objetivando sempre o equilíbrio social, ou seja, a segurança.

José Afonso da Silva ensina que a segurança é um dos valores que instruem o Direito positivo e que a positividade do Direito consiste numa necessidade dos

---

<sup>113</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 207 e 208.

<sup>114</sup> RAZ, Joseph. “The rule of law and its virtue” (1977)” In the authority of law Essays on law and morality, Oxford, Oxford, 1979, p. 221 *apud* ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 207 e 208.

valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas. Leciona que a segurança no Direito pode ser entendida em duplo sentido: segurança do Direito e segurança jurídica. A segurança do Direito “[...] exige a positividade do Direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do Direito positivo”. A segurança jurídica é “[...] uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania”.<sup>115</sup>

A norma, ao determinar a forma como o indivíduo deve conduzir-se, permite que a sociedade tenha uma noção, até certo ponto previsível e calculável do agir dos indivíduos, ou pelo menos confere organização à sociedade permitindo que se saiba previamente o que o indivíduo deve fazer ou de que forma responderá caso descumpra uma norma. “A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, [...], quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato”.<sup>116</sup>

A segurança jurídica consiste em um princípio que objetiva garantir a estabilidade das relações jurídicas e advém das leis promulgadas pelo Estado visando o bem dos cidadãos e o controle da conduta social.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, desenvolve-se em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e Constituição**, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 17.

<sup>116</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

<sup>117</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

Portanto, o princípio da segurança jurídica é essencialmente o princípio do Estado de Direito, exatamente porque nesta ordem jurídica, a jurisdição e administração estão subordinadas às normas estabelecidas por um poder central, e tais normas conferem a sociedade previsibilidade quanto à conduta que deve ser seguida pelos indivíduos.

A expressão segurança jurídica não está expressa no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata-se na verdade de um princípio implícito que pode ser identificado pelo contexto do diploma político. Assim é que a categoria segurança está presente implicitamente na Constituição desde o seu preâmbulo, como uma das garantias asseguradas pelo Estado de Direito.<sup>118</sup> A título de elucidação, segue o preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>119</sup>

O sentido da palavra segurança trazida acima é de segurança jurídica, conforme já mencionado, pois está sendo tratado como valor (valor supremo de uma sociedade), indo além de uma segurança física ou moral.<sup>120</sup>

Convém observar que a segurança jurídica deriva de regras constitucionais tais como o devido processo legal, como dispõe o artigo 5º, LIV; a inafastabilidade

---

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e Constituição**, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 17.

<sup>119</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 16 de julho de 1934. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 14.11.2015.

<sup>120</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 249.

do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV; submissão dos Poderes Públicos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, como disposto no artigo 37; do respeito ao ato jurídico, da coisa julgada e do direito adquirido, como preceitua o artigo 5º, XXXV.<sup>121</sup>

O art. 5º, portanto, protege a segurança em sentido paralelo à garantia do direito à liberdade, igualdade e à propriedade, abordando o sentido jurídico já referido.

Ainda de acordo com José Afonso da Silva, a segurança jurídica pode ser compreendida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro ela refere-se ao sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diversos campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica assume o sentido de garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, permite que as pessoas saibam previamente que, uma vez envolvidas em certa relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se alterar a base legal sob a qual se instituiu.<sup>122</sup>

Na busca por segurança, o indivíduo é submetido a novas inseguranças e procura no Direito reduzi-las ao mínimo suportável, resultando daí a segurança jurídica que permite ao cidadão prever as reais consequências jurídicas atinentes aos atos por ele praticados.

Dessa forma, a segurança jurídica protege a estabilidade do Direito para todos, ao passo que a proteção da confiança, protege a confiança de alguém específico na estabilidade de uma manifestação do Direito, em vista de alguma atividade posta em prática pelo cidadão. A diferença é, portanto, sutil.<sup>123</sup>

Quanto à extensão, a segurança jurídica, pode tanto servir ao interesse coletivo ou geral de manutenção da ordem (dimensão objetiva e impessoal), quanto

---

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e Constituição**, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.17.

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e Constituição**, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 17.

<sup>123</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 262.

vincular-se a interesses individuais (dimensão estritamente pessoal). “No primeiro caso, tem-se o princípio da segurança jurídica; no segundo, o denominado princípio da proteção da confiança legítima”.<sup>124</sup>

O conhecimento e a comunicação do Direito, ou conforme Humberto Ávila, a cognoscibilidade do Direito, pressupõe que se haja um conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários.<sup>125</sup> É a “necessidade da certeza, do conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito”.<sup>126</sup> Um Direito sem problema de cognoscibilidade (comunicação e conhecimento) é um Direito em que o cidadão pode “em engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente”.<sup>127</sup>

A cognoscibilidade exige que o cidadão não pode ser guiado por um Direito retroativo, visto que tal Direito não existia no momento da sua ação. Por isso, que além de conhecer a norma que deve cumprir, ele deve ter conhecimento de sua vigência.<sup>128</sup>

Para incrementar a cognoscibilidade há a codificação das normas, uma vez que o agrupamento em um só documento favorece a acessibilidade, dando ao cidadão maiores condições de saber onde procurar o dispositivo legal aplicável, dando, também, maior clareza ao conteúdo das normas.<sup>129</sup>

No Brasil, o Poder Legislativo é omissivo em relação à terceirização do trabalho, cabendo à súmula do TST regram essa modalidade de relação. O Poder Judiciário está legislando sobre a matéria, e ao mesmo tempo executando os preceitos determinados na Súmula 331, TST. Esse é um ativismo normativo, por

---

<sup>124</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 261.

<sup>125</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 337.

<sup>126</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765.

<sup>127</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 299.

<sup>128</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 304.

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 305.

meio do qual o Judiciário suprime lacunas normativas disciplinando temas que caberiam ao Poder Legislativo. Essa Súmula fixou um marco normativo para as terceirizações, a qual não encontra amparo em nenhum fundamento legal.<sup>130</sup>

Por isso a importância de ressaltar o autor Humberto Ávila ao afirmar que pode haver certeza acerca da norma a ser seguida, mas pode ocorrer de não se ter a mesma certeza em relação a sua validade. Isso ocorre quando há posições antagônicas em um mesmo Tribunal, ou quando em um dado momento a decisão era em um sentido e, após, inverteu-se o sentido.<sup>131</sup>

Em vista disso, a legislação possui uma atuação relevante no atingimento da cognoscibilidade.

Humberto Ávila afirma ainda que a regra da legalidade consiste em um fundamento da segurança jurídica. Assim aliada a outros fundamentos (anterioridade e irretroatividade, por exemplo), a legalidade é utilizada como ponto de partida para a construção dos estados ideais da segurança jurídica, ao passo que no caso específico da legalidade, para a construção do estado ideal da cognoscibilidade.<sup>132</sup>

A proteção da confiança, já referida no texto, decorre do princípio da segurança jurídica, já que para Humberto Ávila:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo ou individual, e posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade de sua vigência ou dos seus efeitos, que por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

<sup>131</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 314.

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p.646.

<sup>133</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p.360.

Humberto Ávila destaca oito critérios para demonstrar a existência de uma base confiável para proteção da confiança. Porém, serão citados três, em vista da limitação do tema tratado neste trabalho. Há, portanto, o critério da vinculação da base, o de modificabilidade da base, e o da eficácia no tempo da base. Assim, “quanto maior for o grau de vinculação normativa da base normativa, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada”.<sup>134</sup> “Quanto maior for o grau de permanência da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada”<sup>135</sup> e “quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal da base, maior proteção merece a confiança nela depositada”.<sup>136</sup>

Outro requisito para se chegar à proteção da confiança, é a de que o particular tenha confiado nessa base de confiança. Então, é essencial que o cidadão tenha conhecimento dessa base, pois não se pode proteger o indivíduo que, ao agir, não tinha conhecimento da base de sua ação e, por isso, nela não confiou.<sup>137</sup>

Além disso, há o requisito quanto ao exercício da confiança, pois não basta confiar na base, tem que agir confiando nela.<sup>138</sup> E, por último, tem que haver manifestação estatal posterior que seja contraditória em relação à confiança gerada ao indivíduo por um ato estatal anterior.<sup>139</sup>

Humberto Ávila também trata do termo calculabilidade, sendo empregada para demonstrar aquilo, que do presente, deve ser mantido na transição para o

---

<sup>134</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 374.

<sup>135</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 381.

<sup>136</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 383.

<sup>137</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 397.

<sup>138</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 398.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 401.

futuro.<sup>140</sup> É “a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados”.<sup>141</sup>

Assim, em casos concretos, sem uma regulamentação bem definida e delimitada, pode haver decisões bastante antagônicas entre si, afetando a proteção da confiança e a segurança jurídica.

Nas relações referentes à terceirização, há apenas o Poder Judiciário com o papel de tentar manter certa segurança nas decisões dos casos.

Sabe-se que a função primordial da Justiça do Trabalho é a de coibir e reprimir fraudes ao direito dos trabalhadores, evitando, por exemplo, a subordinação e a pessoalidade em relação à empresa tomadora nas terceirizações.<sup>142</sup>

Contudo, como se tem simplesmente súmula como forma de regulamentação, e tal forma é precária se comparada a uma lei sobre o assunto, gera inúmeras interpretações por parte dos juízes sobre, inclusive, quais atividades são consideradas meio e quais são consideradas fim. Isso se dá pela amplitude de diferentes casos e inovações que surgem diariamente na sociedade.

Ocorre uma sensação de insegurança nas diferentes decisões tomadas pela Magistratura do Trabalho, e tais discrepâncias serão analisadas no próximo capítulo.

---

<sup>140</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 341.

<sup>141</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765.

<sup>142</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p. 7. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

## 5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ANTAGÔNICOS E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE

A terceirização tem sua regulamentação por meio de súmula editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Conforme o exposto até aqui, pode-se concluir que tal forma norteadora dessas relações não é a mais indicada para ter-se a segurança jurídica entre empregados e empregadores, bem como com a tomadora do serviço.

O crescimento da utilização da terceirização traz fenômenos sociais importantes, podendo gerar inúmeros litígios a serem julgados. Rodrigo Coimbra reflete sobre o aumento da demanda de ações trabalhistas:

Esse sensível aumento de demanda real por trabalho terceirizado tem provocado importantes reflexos jurídicos, econômicos e sociais. Tem-se como reflexo jurídico o aumento das ações trabalhistas ajuizadas, seja em face do descumprimento de obrigações trabalhistas, seja em decorrência de dúvidas sobre a interpretação de normas jurídicas aplicáveis ao caso, deixando as pautas da Justiça do Trabalho repletas de demandas envolvendo o tema da terceirização, o que leva à necessidade de estudo apropriado sobre o assunto.<sup>143</sup>

Pode-se verificar um grande protagonismo da Justiça do Trabalho nas questões de terceirização, em vista da omissão legislativa, ou seja, “tais circunstâncias induziram à realização de esforço hermenêutico destacado por parte dos tribunais, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável”.<sup>144</sup>

Por isso, torna-se importante a visualização desses reflexos por meio de casos concretos que serão analisados a seguir.

---

<sup>143</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

<sup>144</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.410.

## 5.1 Jurisprudências conflitantes sobre as relações de terceirização

Primeiramente, retoma-se que o critério de definição das atividades-meio e atividades-fim como limitadores das terceirizações não aparece na Constituição Federal e nem em Leis Ordinárias. O tema não está disciplinado pelo Poder Legislativo.<sup>145</sup>

Sabe-se, dessa forma, além de bastante comentado neste trabalho, que o responsável pela fixação desse critério e de seus limites é a Justiça do Trabalho. O Poder Judiciário é o norteador desse tema por meio da Súmula 331, TST.

O critério de atividade-meio e atividade-fim é utilizado apenas nas terceirizações, sendo que tal definição vale tanto para as relações particulares quanto às relações envolvendo a Administração Pública.<sup>146</sup>

Toda essa construção da terceirização se deu com o dinamismo do mercado. Ou seja, a definição de atividade-fim e atividade-meio perde-se nessa evolução e alteração constante das relações mercantis, fazendo com que em determinado caso, uma atividade seja aparentemente de fim e, em outro caso, aparentemente seja atividade-meio. Perde-se, desse modo, a previsibilidade e segurança de direitos e deveres nas relações.

Amauri Nascimento afirma que nem sempre é clara a diferença entre atividades-meio e atividades-fim. Não houve ainda uma elaboração sedimentada, nem pela jurisprudência e nem pela doutrina, do que é de fato atividade-meio, por exemplo. Tudo depende de cada caso concreto. Há algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, nas quais o tema, embora não diretamente enfrentado, é analisado para admitir-se a terceirização. Portanto, há atividade-meio nos seguintes casos: trabalho temporário (lei nº 6.019/74), serviços de vigilância, de conservação e

---

<sup>145</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p.3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

<sup>146</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p.2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

limpeza, além de serviços especializados, transporte, custódia, manutenção de elevadores e outros assemelhados (TST, E-RR, SDI, Ac. 2.452/89, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, DJ de 3.11.1989, p. 16639), fornecimento de refeições (TST, RR n. 2.199/83, Ac. 3.137/84, Rel. Min. Fernando Franco, DJ 11.10.1984). Essa enumeração, por óbvio, não é taxativa, sendo uma mera referência a situações nas quais já se houve o pronunciamento pela admissão da terceirização.<sup>147</sup>

Assim, para melhor entendimento e visualização dessas dificuldades, a seguir serão expostos alguns conflitos com entendimentos bastante antagônicos.

### 5.1.1 Decisões sobre terceirização na Administração Pública

Flávio Garcia traz uma decisão questionável tomada pelo Poder Judiciário em relação ao tema, envolvendo a Administração Pública. Surge o questionamento acerca de uma concessionária de serviço público de energia terceirizar a “construção e reforma de rede e subestações de energia elétrica, manutenção de rotina e de emergência. Seria isso atividade-fim da empresa?”<sup>148</sup>

O entendimento do TST, em julgamento de ação civil pública promovida pela CELG, distribuidora de energia elétrica de Goiás, no ano de 2009, foi de que essa seria atividade-fim da empresa por estar relacionada ao seu objeto social. Porém, a votação foi bastante difícil, com oito votos a seis. O que demonstra que o Tribunal, em sua maioria, não identificou vício na terceirização desses serviços, e que,

---

<sup>147</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.637.

<sup>148</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p.11. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

portanto, não há unanimidade em relação ao critério do que é atividade-fim e do que é atividade-meio.<sup>149</sup>

Contudo, em relação às concessionárias o debate é mais intenso, na medida em que o art. 25, parágrafo 1º, da Lei 8.987/95, prevê que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido”. Portanto, há uma autorização legislativa específica nos casos de concessão.<sup>150</sup>

Em vista disso, percebe-se que quando há certa regulamentação, a dúvida torna-se menos evidente, pois existe um ponto de partida que torna mais clara a tomada da decisão.

Para ratificar esse ponto de vista do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão mais recente, a 5ª Turma do TST reconheceu, por maioria, a legalidade da terceirização dos serviços de manutenção e distribuição de linhas de energia elétrica de uma concessionária Paulista. A Turma não acolheu o recurso do Ministério Público do Trabalho e do sindicato da categoria profissional que pretendiam evitar, por meio da Ação Civil Pública, a continuidade da terceirização em área considerada como atividade-fim. O argumento foi fundamentado pelo art. 25, da Lei 8.987/95, além de afirmar que a Súmula 331, TST apenas incide quando há ausência de preceito legal, conforme se pode verificar:

CPFL. EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. LEI 8.987/1995

1. Nos termos do art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, a execução das atividades inerentes ao objeto da concessão podem ser atribuídas a empresas especializadas, mediante contrato de prestação de serviços, sob a responsabilidade da concessionária (tomadora dos serviços).

2. Quis o legislador, no caso, ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípua, objeto da concessão. Nesse diapasão, é o art. 25, § 1º, da Lei

---

<sup>149</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p.11. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

<sup>150</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p.12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso: 15 de Out. 2015.

8.987/1995, que, ao estipular a responsabilidade da empresa concessionária pela prestação dos serviços públicos (art. 175 da Constituição da República), permite a terceirização em atividade inerente à atividade-fim, [...]".

3. Não pode o intérprete distanciar-se da vontade do legislador, expressa no sentido de permitir as terceirizações de "atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados" (art. 25 da Lei 8.987/1995). A expressa disposição de lei impede, no caso, o reconhecimento de fraude na terceirização.

4. Há que se considerar, por conseguinte, que o desprezo à norma de regência, no caso o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, seja por não lhe dar validade no alcance pretendido pelo legislador, seja por entendê-lo inaplicável à seara trabalhista, importaria em reconhecer implicitamente a inconstitucionalidade do dispositivo sem a necessária remessa da matéria ao plenário, em total descompasso com a Súmula Vinculante 10 do STF, [...]". Recursos de Revista de que se conhece e a que se nega provimento.<sup>151</sup>

Para auxiliar a ilustrar esse tópico das terceirizações na Administração Pública, em notícia veiculada no portal *online* do Consultor Jurídico, há o caso de a 2ª Turma do TST ter dado provimento a recurso de um auxiliar contratado por uma cooperativa para prestar serviços à Companhia Estadual de Geração de Energia Elétrica – CEEE, do Rio Grande do Sul, para que recebesse o mesmo salário pago aos empregados da empresa pública. Em 1º grau, a sentença não reconheceu o vínculo, mas condenou a CEEE e a cooperativa ao pagamento de diferenças salariais decorrentes das vantagens previstas no quadro de carreira da empresa, por entender que o auxiliar possuía os mesmos direitos dos empregados da tomadora dos serviços, conforme disposto no artigo 12, da Lei nº 6.019/1974. Porém, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT-4), considerou lícita a terceirização, por entender que o serviço de teleatendimento estaria ligado à atividade-meio, e não à atividade-fim das empresas do grupo CEEE. O TRT-4 afastou o direito à isonomia e, ainda que por analogia, aplicou a Lei 6.019/1974. Por fim, a decisão foi reformada pelo TST, em 2014. Ao votar favoravelmente o recurso do auxiliar, o ministro relator Renato de Lacerda Paiva afirmou que a finalidade da aplicação analógica do artigo 12, alínea "a" da Lei 6.019/74 é evitar a terceirização que pretende sonegar direitos garantidos aos trabalhadores. Paiva considerou

---

<sup>151</sup> Acórdão do processo nº 85900-67.2006.5.15.0043 (RO), TST, 5ª Turma, Relator João Batista Brito Pereira, unanimidade. 13 de dez de 2013.

injustificável manter alguns terceirizados prestando, simultaneamente, os mesmos serviços de empregados da CEEE, e "conferindo-lhes tratamento desigual".<sup>152</sup>

Outro exemplo de terceirizações na Administração Pública é de um processo oriundo da 10ª Região (Distrito Federal), 13ª Vara do Trabalho de Brasília, em que o TST permitiu a contratação de trabalhadores pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, através de empresa interposta para execução de serviços inerentes à sua atividade-fim, sob o argumento de que a proibição da prática poderia paralisar o serviço postal brasileiro, tendo em vista que exerce suas atividades em caráter de monopólio. O entendimento do presidente do Tribunal Superior do Trabalho foi seguido pelos demais ministros do Órgão Especial do TST, autorizando a ECT a promover a licitação e contratar trabalhadores para o transporte de objetos pessoais. A decisão proferida em 2013, em sede de Agravo Especial, impetrado pela Federação Nacional dos Empregados em Empresas de Correios, Telégrafos e Similar (FENTECT), manteve a liminar concedida pelo presidente do TST, permitindo tal contratação.<sup>153</sup>

Sabe-se que a abertura do Estado havida no decorrer da história teve como objetivo central a redução do tamanho do aparelhamento administrativo, decorrente de um contexto de crise constatada no setor. Assim, a Constituição atribuiu competências ao poder público que ele não teve e não tem condições de cumprir por falta de verbas. Daí decorre a procura por soluções inovadoras que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe são afetos.<sup>154</sup>

A dificuldade em analisar esses casos envolvendo a Administração Pública é grande, até porque não há possibilidade de estabelecer o vínculo empregatício entre empregado e o órgão da Administração Pública, podendo apenas estender benefícios. Viu-se também que, em certos casos há a permissão da terceirização e,

---

<sup>152</sup> Notícia publicada no dia 07/05/2014, no portal da Revista Eletrônica Consultor Jurídico, no seguinte link: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-07/terceirizado-empregado-empresa-publica-isonomia-salarial-decide-tst>. Acesso: 20 de Nov. 2015.

<sup>153</sup> BARRETO, Mário. A Terceirização de Serviços. **Revista JusBrasil**, maio de 2015. Disponível em: <http://mmhcbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/182111894/a-terceirizacao-de-servicos>. Acesso: 10 de Ago. 2015

<sup>154</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, p. 28/29.

em outros, não. Sendo que não há uma linha clara sobre o direcionamento das decisões.

### **5.1.2 Decisões sobre terceirização em empresas de telecomunicações – Função “Cabista”**

Outra análise interessante, é que para um mesmo caso concreto, há a possibilidade de decisões diferentes. Um exemplo é na função de “Cabista” em serviços de telecomunicações.

Cabista é aquele que instala e repara redes e equipamentos de telefonia, prestando suporte técnico no uso de equipamentos e serviços.

Podem-se citar duas decisões de Tribunais diferentes do país sobre o mesmo caso. Uma delas é a do TRT da 4ª Região. A decisão dada pelo Tribunal foi a de que haveria vínculo de emprego entre o empregado cabista e a empresa. O embasamento foi por meio do art. 94, II da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), a qual, de acordo com o argumento utilizado, impossibilita a terceirização de forma ampla e irrestrita:

**E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO E ADESIVO. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. ATIVIDADE FIM. CABISTA.**

O inciso II do artigo 94 da Lei nº 9.472/97 não possibilita a terceirização de forma ampla e irrestrita. Hipótese em que resta vedada, em qualquer hipótese, a terceirização de atividade-fim, essencial para o funcionamento da empresa de telecomunicação, como, por exemplo, a atividade de cabista.<sup>155</sup>

Já o TRT da 2ª região (São Paulo) decidiu pela licitude da terceirização, portanto, considerou válida a contratação. Afirmou que as empresas de telecomunicações devem prover o serviço regular de comunicação. Sendo assim, para que sejam instalados os aparelhos e a fiação que permitem a prestação do

---

<sup>155</sup> Acórdão do processo nº 0010476.73.2013.5.04.0271 (RO), TRT 4ª Região, 6ª Turma, Relator Roberto Antônio Carvalho Zonta, unanimidade. 14 de maio de 2014.

serviço de comunicação, é necessária a intermediação. E o mesmo Tribunal reconheceu essas atividades como meramente otimizadoras ou facilitadoras da atividade-fim e, por isso, consistem sua atividade-meio. Acrescentou como fundamento da decisão que há permissivo no art. 94, II, da lei nº 9.472/77:

EMENTA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CABISTA. INSTALAÇÃO DE FIAÇÃO E APARELHOS. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. PERMISSIVO DO ART. 94 DA LEI Nº 9.472/1977.

Tendo em vista a natureza das atividades da reclamada e ora recorrente (empresa de telecomunicações), a função da reclamante (cabista) e o contrato existente entre as reclamadas, tem-se, nos autos, hipótese de terceirização lícita na forma da Súmula 331 do C. TST. Essas contratações ou, melhor dizendo, subcontratações, das empresas de telecomunicações [...] têm permissivo no art. 94, II, da Lei 9.472/77 (lei que regula os serviços de telecomunicações no país).<sup>156</sup>

Nesses casos referentes à função de cabista, um cidadão ao exercer tal função no Rio Grande do Sul não poderá ter a confiança de que, se ocorrer em outro Estado do país os mesmos prejuízos ao seu direito, esse direito estará resguardado.

Inclusive, ambos os Tribunais utilizaram-se do mesmo regramento para dar decisões diametralmente opostas, porque não há nada de forma clara que defina atividade-fim e atividade-meio. O que gera uma grande insegurança no sistema e instabilidade para os empregados. Todavia, há insegurança também para as empresas, gerando falta de credibilidade nas relações contratuais e dúvidas sobre suas consequências.

---

<sup>156</sup> Acórdão do processo nº 0001762-22.2011.5.02.0087 (RO), TRT 2ª Região, 12ª Turma, Relator Maria Elizabeth Mostardo Nunes, unanimidade. 12 de Fev. 2015.

### 5.1.3 Decisões sobre terceirização em empresas prestadoras de serviços – Funções “*Telemarketing*” e “*Motoboy*”

No Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco), ao analisar decisões de 2014 sobre a terceirização das atividades bancárias, essas terceirizações têm dividido opiniões entre os desembargadores. Dos dezesseis desembargadores que formam as turmas do TRT-6, quatro deles entendem que a terceirização das atividades bancárias pelos atendentes de *telemarketing* é um contrato legal e, como consequência disso, não gera qualquer direito à equiparação salarial com a categoria dos bancários. Portanto, depreende-se que, das quatro turmas do TRT-6, a 1ª Turma não reconhece a ilegalidade na terceirização ilícita em bancos nessas atividades. As demais turmas julgadoras, por outro lado, consideram ilegal a terceirização de atividades bancárias.<sup>157</sup>

Ao tratar da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), porém agora para entender a questão do *telemarketing*, tal lei conceitua os serviços de telecomunicação em seu artigo 60, como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações”, ou seja, “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. O artigo 94 da referida lei autoriza as concessionárias, “observados os limites estabelecidos pela Agência Reguladora a: I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam; II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> AMORIM, Melissa. A terceirização nas instituições bancárias. **JusNavigandi**, Pernambuco, ano 14, abril de 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/38488/a-terceirizacao-nas-instituicoes-bancarias>. Acesso: 24 de Out. 2015.

<sup>158</sup> BISPO, Marcel da Costa. Telemarketing: atividade-meio ou atividade-fim. **Revista do Tribunal do Trabalho da 1ª Região**, n. 48, dez de 2010. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwilrYbg15\\_JAhVBJJAKHST9CMUQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fportal2.trt10.gov.br%3A7777%2Fpls%2Fportal%2Furl%2FITEM%2FA5C44F0AFD426C05E0405F0A2FF02AE0&usg=AFQjCNEK5TCdp-ql-VcekwR7wAVQ3gwTtQ&bvm=bv.108194040,d.Y2I](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwilrYbg15_JAhVBJJAKHST9CMUQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fportal2.trt10.gov.br%3A7777%2Fpls%2Fportal%2Furl%2FITEM%2FA5C44F0AFD426C05E0405F0A2FF02AE0&usg=AFQjCNEK5TCdp-ql-VcekwR7wAVQ3gwTtQ&bvm=bv.108194040,d.Y2I). Acesso: 20 de Nov. 2015.

O artigo 94, citado acima, inspira decisões díspares nos Tribunais Trabalhistas. Além disso, a exploração dos serviços de telecomunicações é de competência da União, conforme art. 21, XI, da Constituição<sup>159</sup>. Esses serviços têm sido prestados por concessionárias de serviços públicos, por intermédio da Agência Nacional de Telefonia (Anatel). O serviço de *telemarketing* ou *call center*, por sua vez, surgiu para designar a promoção de produtos por telefone, podendo ser definido como uma técnica comercial que abrange a divulgação, cobrança, atendimento ao público em geral e assistência técnica pelo telefone, com a observância do roteiro de atendimento.<sup>160</sup>

A polêmica tem início quando empresas de telecomunicações passaram a terceirizar as atividades de *call center*, contratando entidades especializadas para a realização de serviço de teleatendimento, o que originou a dúvida se a terceirização ocorria na atividade-meio ou na atividade-fim. Havendo, portanto, controvérsia quanto à aplicação da Lei de Telecomunicações ou da Lei das Concessionárias (Lei 8.987/95), que autorizam a terceirização nas atividades inerentes, acessórias ou complementares. Dessa forma, decisões dissonantes passaram a atingir o TST. A 5ª Turma, em novembro de 2011, publicou uma decisão considerando ilícita a terceirização de *call center* em empresas de telecomunicações, por considerar tratar-se de atividade indispensável ao desenvolvimento da atividade de telefonia. Porém, semanas depois, a 7ª Turma do TST proferiu decisão tratando a terceirização do *call center* como lícita, pelo fato de a Lei 8.987/95 e a Lei 9.472/95 permitirem a terceirização, inclusive nas atividades inerentes das concessionárias.<sup>161</sup>

Para tentar amenizar um pouco a questão dos trabalhadores das atividades de *call center*, a Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI-I) entende que as atividades-fim e meio devem ser entendidas de acordo com o que estabelece

---

<sup>159</sup> Constituição Federal. Art. 21º, inciso XI: “Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

<sup>160</sup> PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, mar 2014.

<sup>161</sup> PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, mar 2014

o estatuto, ou contrato social, ou seja, considera-se atividade-fim quando houver coincidência com o objeto social da tomadora.<sup>162</sup> O que ainda é apenas uma tentativa de conciliação de entendimentos, já que bastante superficial.

Outro caso em que há controvérsia é na função de motofretista ou *motoboy*. Como exemplo, cita-se a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), com objetivo de que uma farmácia se abstinhasse de terceirizar a atividade de *motoboy* para a entrega de medicamentos e demais produtos comercializados através da empresa de prestação de serviços ou de cooperativa, sob a alegação de que tal atividade é inerente a sua atividade-fim. O TRT da 3ª Região negou provimento ao recurso ordinário do MPT, mantendo a sentença. Fundamentou com a afirmação de que a terceirização dos serviços de entrega domiciliar – *delivery* - era lícita, porque não era inerente à finalidade comercial da empresa. Porém, a 3ª Turma do TST, em julgado proferido em 2011, deu provimento ao recurso de revista interposto pelo MPT para determinar que a empresa se abstinhasse de contratar o serviço de entregas domiciliares de produtos de seu comércio mediante empresa interposta, incluindo cooperativas.<sup>163</sup>

Conforme visto, há muitos casos em que há decisões antagônicas, e o próprio Poder Judiciário, mais precisamente a Justiça do Trabalho, compromete a segurança jurídica de seus julgados por não haver lei específica do tema. Para ilustrar o porquê de tantas decisões ambíguas dos Tribunais, o Ministro do Trabalho, Manoel Dias, afirmou em entrevista concedida que não sabe diferenciar perfeitamente o que é atividade-meio e atividade-fim nas questões sobre terceirizações. Destaca-se o que o ministro também afirmou:

---

<sup>162</sup> PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, mar 2014.

<sup>163</sup> DIAS, Valéria de Oliveira. A atividade de motofretista (motoboy), a terceirização de serviço de entrega domiciliar de produtos de comércio (delivery) e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 119, dezembro 2013. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14058](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14058). Acesso: 10 de Out. 2015.

Tem muitas definições e tem muitas indefinições. A rigor eu não sei, perfeitamente, o que é diferente da terceirização da atividade-meio da atividade-fim.<sup>164</sup>

O Ministro do Trabalho defendeu a necessidade de regulamentar a terceirização, e afirmou ainda que, “além da questão meio e fim, os pontos de discórdia são: a) A possibilidade de que a empresa contratante seja responsabilizada por problemas trabalhistas de uma terceirizada (a chamada corresponsabilização) e, b) A dúvida sobre qual entidade sindical representa os terceirizados. A terceirização existe. A inexistência de regulamentação causa prejuízos”.<sup>165</sup>

A sociedade moderna é conhecida como sociedade da informação, e tal necessidade deve ser suprida. Há uma lacuna latente na legislação referente às relações de terceirização, e como visto, há inúmeros julgados antagônicos entre si, em que o entendimento teórico do que é atividade-meio, atividade-fim, limitações e definições se perdem em um “mar” de pensamentos e ideologias.

As controvérsias são muitas em relação ao tema, em vista de não haver uma sinalização mais precisa. Não há lei sobre o assunto, existindo interpretações diferentes e, dessa forma, precarização de todo um princípio basilar para o Direito, que é o princípio da segurança jurídica.

## **5.2 Desenvolvimento de regulamentações sobre o tema no Brasil**

No Brasil, apesar da terceirização ser a modalidade contratual que mais cresce nos últimos anos, permanece sem uma legislação de seu conteúdo e alcance. A precária e insuficiente regulamentação é da jurisprudência do TST que, a

---

<sup>164</sup> Notícia publicada no dia 18/05/2015, no portal do jornal Brasil Econômico, no seguinte link:<http://economia.ig.com.br/2015-05-18/ministro-do-trabalho-nao-sabe-diferenciar-terceirizacao-de-atividade-meio-e-fim.html>. Acesso: 20 de Out, 2015.

<sup>165</sup> Notícia publicada no dia 18/05/2015, no portal do jornal Brasil Econômico, no seguinte link:<http://economia.ig.com.br/2015-05-18/ministro-do-trabalho-nao-sabe-diferenciar-terceirizacao-de-atividade-meio-e-fim.html>. Acesso: 20 de Out, 2015.

partir de imprecisos conceitos entre atividade-fim e atividade-meio, construiu a Súmula 331, que desde 1993 é o precedente jurisprudencial mais relevante que autoriza a subcontratação em atividades-meio do empregador, além de serviços de limpeza e vigilância.<sup>166</sup>

Nesse cenário atual chama atenção a possibilidade de deliberação pelo STF, antes de definição pelo parlamento, com o risco concreto de ser permitida a terceirização em atividade-fim pelo Poder Judiciário, conforme visto nos exemplos das jurisprudências. É um tema central do impasse no debate legislativo e seguramente a questão mais densa do debate político sobre a regulação pública do trabalho frente à terceirização.

Não há nenhuma outra legislação que regule a terceirização no país, a não ser artigos esparsos, em normas especiais, como a das telecomunicações e as que regulamentam as empresas concessionárias de serviços públicos. Existem projetos que tramitam no Congresso Nacional com o intuito de defender o trabalhador da terceirização desenfreada e outros nem tanto.<sup>167</sup>

O debate recente sobre o Projeto de lei nº 4.330, que se deu no Congresso Nacional, e que contou com manifestações de amplos setores da sociedade, revelou não ser possível construir uma plataforma democrática básica sobre a regularização da terceirização. Por isso, muito mais do que preencher uma lacuna legislativa, a matéria diz respeito a uma escolha de política institucional de regulação pública do trabalho.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> MACHADO, Sidnei. Pode o Supremo Federal criar regras sobre terceirização. **Consultor Jurídico**, Paraná, ano 14, junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-06/sidnei-machado-stfcriarregrasterceirizacao>; ISSN 1809-282. Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>167</sup> MACHADO, Sidnei. Pode o Supremo Federal criar regras sobre terceirização. **Consultor Jurídico**, Paraná, ano 14, junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-06/sidnei-machado-stfcriarregrasterceirizacao>; ISSN 1809-282. Acesso: 14 de Nov. 2015.

<sup>168</sup> MACHADO, Sidnei. Pode o Supremo Federal criar regras sobre terceirização. **Consultor Jurídico**, Paraná, ano 14, junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-06/sidnei-machado-stfcriarregrasterceirizacao>; ISSN 1809-282. Acesso: 14 de Nov. 2015.

### 5.2.1 Breve histórico da regulamentação no Brasil

No final da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização, embora tal referência ainda fizesse menção apenas ao segmento público do mercado de trabalho, sendo o caso do Decreto-Lei 200/67 e Lei 5.645/70.<sup>169</sup>

A partir da década de 1970, aparece a Lei do Trabalho Temporário, Lei 6.019/74. Tempos depois, com a Lei 7.102/83, autorizava-se a terceirização do trabalho de vigilância bancária a ser feita em caráter permanente, distinguindo-se, portanto, da Lei 6.019/74.<sup>170</sup>

Algumas normas específicas para a terceirização, além dos mencionados acima, como a Lei 9.472/97 que trata dos serviços de telefonia, a Lei 8.987/95 que trata dos serviços em concessionárias e serviços públicos. A Lei 8.863/94 que ampliou a hipótese de terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada. 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”.<sup>171</sup>

A jurisprudência trabalhista por força da demanda da sociedade também se move bastante sobre o tema. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações lançadas em várias decisões, o Tribunal Superior do Trabalho edita súmulas sobre o tema, iniciando com a súmula 256 de 1986 e, posteriormente a súmula 331, de 1993. O avanço da terceirização nos últimos anos tem desafiado

---

<sup>169</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 436.

<sup>170</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 436/437.

<sup>171</sup> SILVA, Rogerio Geraldo da. A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, setembro 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 10 de Out. 2015.

totalmente a hegemonia da fórmula clássica da relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput* e 3º, *caput*, da CLT, já referidos neste trabalho. A singularidade desse desafio reside no fato de esse fenômeno ter se desenvolvido sem merecer, ao longo dos anos, um esforço cuidadoso para sua normatização. A terceirização tem evoluído à margem da normatividade heterônoma Estatal, podendo ser considerada por muitos, algo informal.<sup>172</sup>

Existem alguns projetos de lei no Congresso Nacional para a tentativa de regulamentação do tema, porém não há impulso para o avanço efetivo ou por questões sociais ou por falta de vontade política.

O projeto de lei 5.439/05 tentou regularizar mediante o artigo 442-A, conforme abaixo:<sup>173</sup>

Art. 442-A Salvo nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, é vedada a contratação de trabalhador por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Parágrafo único. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias por parte do empregador, implica a responsabilidade solidária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Segundo a proposta, a proibição poderia contribuir para diminuição da precarização do trabalho e as fraudes hoje regulamentadas apenas pela Súmula 331 do TST.<sup>174</sup>

Outro projeto foi o apensado ao projeto de nº 4.330/2004, que previa a total inexistência de vínculo empregatício entre a empresa contratante e os empregados da empresa contratada, determinando que as relações entre as empresas deveriam

---

<sup>172</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 437/438.

<sup>173</sup> SILVA, Rogerio Geraldo da. A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, setembro 2011. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 10 de Out. 2015.

<sup>174</sup> SILVA, Rogerio Geraldo da. A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, setembro 2011. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 14 de Out. 2015.

ser regidas pelas normas de Direito Civil. Há também o projeto o nº 1.621/2007, o qual foi formatado com as propostas apresentadas pela Central Única dos Trabalhadores - CUT. Em síntese, o projeto previa a proibição da terceirização em atividades-fim, a responsabilidade solidária da empresa tomadora do serviço e da terceirizada. Além de regulamentar o setor privado, a proposição também tratava sobre a prestação de serviços terceirizados nas sociedades de economia mista. Já o projeto nº 6.382/2010, por ser menos completo do que o anterior foi ordenado a sua tramitação em conjunto. O projeto não conceituava a atividade de terceirização, remetendo os casos às demais leis já existentes: “A contratação de prestação de serviços terceirizados com empresa não especializada configura locação e fornecimento de mão-de-obra, importando na existência de relação de emprego entre os empregados contratados e a contratante, salvo nos casos de serviços terceirizados regidos por lei própria.”<sup>175</sup>

Alguns projetos de lei demonstram tendências em prol do mercado e outros em prol de um equilíbrio maior nas relações de trabalho. A falta de consciência política, bem como da realidade do país, faz com que muitos projetos sejam deixados de lado, e como consequência, a questão permanece como está, sem regulamentação e sem vontade política para a realização de uma lei clara e benéfica a esse segmento da relação de trabalho.

---

<sup>175</sup> SILVA, Rogerio Geraldo da. A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, setembro 2011. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278). Acesso: 14 de Out. 2015.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho está constantemente em conflito entre duas concepções, a protecionista, acusada de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa. E por outro lado, a reformista que defende menor rigidez das leis e das tutelas ao trabalhador. Foi possível visualizar neste trabalho, que no curso da história, sempre houve esse embate entre proteção e flexibilização, gerando aumento ou diminuição de direitos. O Liberalismo econômico em choque com o descontentamento de trabalhadores faz com que o Direito evolua, mas também traz o surgimento de novas relações de trabalho, dentre elas o fenômeno da terceirização e o questionamento de como regulamentá-la, ou seja, uma grande discussão entre proteção e flexibilização nas relações entre empregados e empregadores.

O fenômeno da terceirização surgiu para especializar os serviços empresariais ao tentar alinhar maior qualidade com redução de custos. No entanto, gera incertezas quanto à relação de emprego estabelecida, pois, mesmo que em tese seja com a prestadora de serviços, ocorrem muitas irregularidades nessa relação, havendo, muitas vezes, a relação de emprego constituída com a tomadora do serviço. A falta de regulamentação do instituto, portanto, gera insegurança jurídica.

O único instrumento regulamentador da terceirização, na atualidade, é a Súmula 331 do TST, que passou a considerar a legalidade da terceirização de mão-de-obra, desde que esta não atinja a atividade-fim da empresa.

Novamente, menciona-se para fortalecer ainda mais o pensamento da importância de uma norma sobre o tema, que quando uma única pessoa detém o Poder Legislativo e o Poder Executivo, percebe-se que já deixou de haver liberdade, pois persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação. Valendo isso também para o Poder Judiciário, conforme já discutido neste trabalho.

É claro que com uma maior transparência e pela democracia em que está inserida a sociedade brasileira, sabe-se que o que há são incertezas quanto às definições em casos concretos de terceirização, decisões que geram dúvidas sobre

o que são atividades-meio e atividades-fim ou ainda quando é possível haver terceirização e quando não há essa possibilidade, por exemplo.

Então o impasse surge porque não há consenso doutrinário sobre o que seriam tais atividades, dificultando a aplicação da regra e estimulando a contratação de empresas criadas apenas para reduzir custos de produção.

O legislador não pode permanecer inerte diante dessa situação. E mesmo assim o que se verificou é que os projetos de lei que tramitam e tramitaram no Congresso Nacional há vários anos, ainda incitam dúvidas e questionamento aos empregados e empregadores. E essa inércia do Poder Legislativo teve de ser suprida pelo Poder Judiciário.

Em vista de muitas terceirizações ilícitas no país, muitas vezes por desconhecimento e outras pelo fato de não haver regras explícitas, há como resultado muitos processos na Justiça do Trabalho sem resolução e com diferentes entendimentos.

Por isso, o Poder Legislativo deve ser pressionado a regulamentar a questão para admitir a terceirização dos serviços, sem limitar direitos fundamentais dos trabalhadores considerados pela nossa Constituição como um dos pilares para o Estado Democrático de Direito.

Além disso, um processo não pode depender da sorte, para que seja distribuído neste ou naquele tribunal. Assim, é simples perceber que com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação ao princípio da segurança jurídica, há a violação ao princípio da proteção da confiança, o qual traduz a ideia de que o cidadão tem o direito de confiar nos atos emanados dos poderes públicos.

Além disso, uma das maiores preocupações das consequências trazidas pela imprevisibilidade é sua influência na economia do país. Sabe-se que a falta de previsibilidade nas decisões no país, traz como consequência desequilíbrio, e que isto pode significar prejuízos para a economia, pois, quem tiver interesse em investir no Brasil, terá também desconfiança a respeito.

Os problemas são inúmeros quando se trata da falta de regulamentação em algum setor. No caso da terceirização, as questões suscitadas são muitas, pois há prejuízos para ambas as partes da relação de trabalho pela falta de estabilidade.

O debate sobre esse assunto se dá a passos lentos no Brasil, como visto, há mais de cinquenta anos, e esse debate tem como um de seus panos de fundo, uma maior flexibilização ou não na contratação da terceirização. Não existe consenso

entre os atores sociais envolvidos. A solução não será fornecida por eles, pois cada um irá tender para o seu próprio lado. Em vista disso, o Estado deve agir e garantir a estruturação da relação da terceirização.

Ao preencher essa lacuna legislativa, o país terá que realizar uma escolha de política social, ou seja, a abrangência da decisão é grande e envolve toda a sociedade, até mesmo envolvendo a interdisciplinaridade de matérias, como entre o Direito e a Economia, por exemplo. Dessa forma, a produção de regras de terceirização não deve ser uma atividade da justiça, pois abrange questões muito maiores, como questões sociais, políticas, econômicas, incluindo como serão as relações futuras dentro da esfera trabalhista a partir dessa escolha, e por isso, o Estado deve estabelecer regras, visando direitos para ambos os lados, bem como os deveres, embasados pela Constituição Federal, e tudo isso alinhado com a visão política e social do país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, março de 1989. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/458>.

AMORIM, Melissa. A terceirização nas instituições bancárias. **JusNavigandi**, Pernambuco, ano 14, abril de 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/38488/a-terceirizacao-nas-instituicoes-bancarias>.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011.

BARRETO, Mário. A Terceirização de Serviços. **Revista JusBrasil**, maio de 2015. Disponível em: <http://mmhcbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/182111894/a-terceirizacao-de-servicos>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BISPO, Marcel da Costa. Telemarketing: atividade-meio ou atividade-fim. **Revista do Tribunal do Trabalho da 1ª Região**, n. 48, dez de 2010. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwlrYbg15\\_JAhVBJJAKHST9CMUQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fportal2.trt10.gov.br%3A7777%2Fpls%2Fportal%2Furl%2FITEM%2FA5C44F0AFD426C05E0405F0A2FF02AE0&usq=AFQjCNEK5TCdp-ql-VcekwR7wAVQ3gwTtQ&bvm=bv.108194040,d.Y2I](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwlrYbg15_JAhVBJJAKHST9CMUQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fportal2.trt10.gov.br%3A7777%2Fpls%2Fportal%2Furl%2FITEM%2FA5C44F0AFD426C05E0405F0A2FF02AE0&usq=AFQjCNEK5TCdp-ql-VcekwR7wAVQ3gwTtQ&bvm=bv.108194040,d.Y2I).

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOMFIM, Vólia Cassar. Terceirização da atividade-fim é prejudicial ao trabalhador. **SINCOMAM**, 14<sup>a</sup> Ed. 19 de maio de 2015. Disponível em <http://www.sincomam.com.br/index.php/desembargadora-volia-bonfim-cassar-terceirizacao-da-atividade-fim-e-prejudicial-ao-trabalhador/>.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIAS, Valéria de Oliveira. A atividade de motofretista (motoboy), a terceirização de serviço de entrega domiciliar de produtos de comércio (delivery) e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 119, dezembro 2013. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14058](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14058).

DINIZ Maria Helena. *Apud.* DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas.

GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, novembro de 2009, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Sidnei. Pode o Supremo Federal criar regras sobre terceirização. **Consultor Jurídico**, Paraná, ano 14, junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-06/sidnei-machado-stfcriarregraSTERCEIRIZACAO>; ISSN 1809-282.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, Arthur Alves da. **Segurança Jurídica**: da crise ao resgate. 150f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, mar 2014.

RAZ, Joseph. "The rule of law and its virtue" (1977)" In the authority of law Essays on law and morality, Oxford, Oxford, 1979, p. 221 *apud* ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização do direito tributário. 1 ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e Constituição**, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico

perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SILVA, Rogério Geraldo da. A Terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 92, set. 2011. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10278](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10278).

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.