

## PRECARIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: TERCEIRIZAÇÃO

**Júlio Bernardo do Carmo\***

A terceirização apresenta-se hodiernamente como um fenômeno irreversível que se infiltra na economia de quase todos os países do mundo.

No mercado de consumo acirrado e competitivo da era da globalização, a tendência das empresas é buscar a especialização em todas as áreas possíveis, desverticalizando-se, ou seja, reservam para si a exploração de sua atividade nuclear, aprimorando-a sempre, ao passo que delega para terceiros a execução de serviços tipicamente periféricos.

A terceirização oportuniza o surgimento de uma nova concepção trilateral nas relações de trabalho, onde o trabalhador participa diretamente da produção do tomador de serviços, sem que com ele mantenha qualquer vínculo de emprego, o qual se aperfeiçoa diretamente com a empresa prestadora de serviços, a chamada empresa interposta.

Como um dos objetivos primaciais da terceirização, além da maior agilidade, flexibilidade e competitividade da empresa tomadora de serviços, consiste exatamente na redução do custo da mão-de-obra, este novo modelo econômico pode trazer implicações sérias para o direito do trabalho, precarizando-o.

O grande cuidado consiste pois em saber até onde pode ir a terceirização das atividades de uma empresa, sem que este processo de desverticalização gere condições degradantes de emprego, seja por ferir o mínimo ético social consistente na supressão de direitos trabalhistas minimamente assegurados aos trabalhadores terceirizados, ou mesmo por criar condições discriminatórias entre trabalhadores exercentes do mesmo ofício, com ofensa ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade de direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Como no Brasil não existe uma lei exaustiva e sistemática disposta sobre o processo socio-econômico da terceirização, excepcionadas uma ou outra lei que regulamenta o exercício de atividades específicas, como a conservação e limpeza ( Lei n. 5.645/70 ), o serviço de vigilância bancária ( Lei n. 7.102/83 ) e ainda o contrato temporário, previsto na Lei n. 6.019/74, a jurisprudência dos tribunais trabalhistas cuidou de delimitá-lo, com o objetivo de colmatar uma lacuna prejudicial à proteção do trabalhador, até porque o fornecimento de mão-de-obra por empresa interposta, pode converter-se em instrumento de burla e fraude às leis de proteção ao trabalho subordinado, principalmente quando a substituição da via normal da contratação mostra-se totalmente injustificada.

Dentro deste contexto de preenchimento de uma lacuna legal foi editada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho a súmula n. 331 que resumiu de forma feliz as hipóteses possíveis para uma terceirização lícita das relações de trabalho.

Dentro desta ótica a contratação interposta de trabalhadores só é permitida dentro das quatro hipóteses ali previstas: a) trabalho temporário nos moldes da Lei n. 6.019/74; b) atividades de conservação e limpeza (Lei n. 5.645/70; c) serviço de vigilância bancária (Lei n. 7.102/83) e d) serviços ligados à atividade-meio do tomador, nesse último caso, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta entre a empresa beneficiária do serviço e o trabalhador terceirizado.

Há um veto permanente à terceirização de mão-de-obra diretamente relacionada com as atividade-fim da empresa tomadora dos serviços, pois isto configuraria fraude à legislação trabalhista.

Feita esta delimitação pela jurisprudência trabalhista pátria, o objetivo desta exposição é abordar a terceirização no âmbito das empresas concessionárias do serviço de telecomunicações e especificamente os contornos materiais e processuais da liminar concedida na reclamação STF de n. 10.132-Paraná.

A terceirização nesta seara vem sendo examinada e decidida de forma discrepante pelos tribunais trabalhistas, muito embora prepondere nos pretórios trabalhistas o entendimento de sua ilicitude, quando a terceirização objetiva fornecer mão-de-obra conectada à atividade-fim da empresa tomadora.

Para tentar reverter esta situação de desfavorabilidade as empresas concessionárias de tais serviços têm se valido de recurso extraordinário perante o excelso Supremo Tribunal Federal, interposto contra as decisões definitivas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

O colendo Tribunal Superior do Trabalho, como é curial, tem denegado seguimento a tais apelos, seja porque a suposta vulneração da súmula vinculante n. 10/STF não empolga a veiculação do recurso extraordinário, a teor do artigo 102, inciso III, letra "a" da Constituição Federal, seja ainda porque a controvérsia não extrapola o âmbito da legislação infraconstitucional, na medida em que desafia o reexame da legislação trabalhista definidora dos sujeitos envolvidos na relação de emprego em confronto com a lei de telecomunicações que permite a terceirização em seu âmbito ( art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 ), e muito mais ainda porque a ofensa a preceito constitucional autorizador da veiculação do recurso extraordinário há de ser direta e frontal, não se admitindo a via reflexa.

Como é igualmente do conhecimento de todos, inexistente ainda no cenário jurídico nacional, o ajuizamento seja de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade do artigo 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, situação que, em face da notória discrepância de julgados dos juízes e tribunais trabalhistas em torno do referido tema, colocando em xeque a presunção de constitucionalidade do artigo marginado, possibilitaria, em tese, a concessão de liminar pelo STF no sentido de que fossem sustadas as tramitações de todos os processos em curso perante a Justiça do Trabalho, até que a Suprema Corte viesse a julgar o mérito da cogitada ação constitucional.

Diante desse quadro instável, a solução divisada pelas empresas concessionárias do serviço de telecomunicações para neutralizar os julgados trabalhistas desfavoráveis foi o ajuizamento de reclamação constitucional perante o STF, com espeque em suposta violação ao teor da súmula vinculante n. 10/STF.

No entendimento das empresas concessionárias do serviços de telecomunicações, a Lei n. 9.472/97, em seu artigo 94, parágrafo primeiro, ao estipular claramente que tais empresas podem contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, teria outorgado permissão para todo e qualquer tipo de terceirização trabalhista, seja em atividade-meio ou em atividade-fim.

O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar em medida cautelar na reclamação n. 10.132-Paraná, sob o argumento de que " ... feito um juízo sumário de cognição, os termos utilizados no art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 não parecem ser sinônimos, o que evidencia a existência do fumus boni juris que justifica a concessão da medida cautelar pleiteada.

No meu entendimento pessoal, o parágrafo primeiro do artigo 94 da Lei 9.472/97 só autoriza as empresas concessionárias do serviço de telefonia a terceirizar as suas atividades-meio, não se enquadrando nesta categoria o serviço a elas prestado pelos cabistas, os instaladores e reparadores de linhas e aparelhos telefônicos e os atendentes do sistema call-center, eis que aproveitados em atividade nuclear para o funcionamento de seu objeto social.

Tenho a visão de que o termo “inerente” utilizado na Lei n. 9.472/97, causador de tanta polêmica interpretativa, nem sempre tem pertinência com a atividade-fim das empresas de telecomunicações.

Ou seja, uma atividade desenvolvida pela concessionária de telefonia pode ser inerente por apresentar relação de mera pertinência com o serviço de telecomunicações, mas sem integrar, necessariamente, a sua atividade nuclear.

No serviço denominado de call-center encontramos exemplo típico dessa dissociação.

Se a empresa terceiriza o serviço de call-center com o objetivo de aproximar, através de uma política de propaganda, os clientes de uma empresa para despertar maior cobiça para os seus produtos, tal atividade mostra-se plenamente terceirizável.

Com o exemplo proposto se mostra que o termo inerente por si só a nada conduz, porque tanto pode denotar o exercício de uma atividade principal, como também uma atividade tipicamente periférica.

Se o sistema de call-center apresenta-se, todavia, dissociado dessa política de propaganda ( merchandising ) e objetiva apenas concretizar serviços típicos relacionados à atividade-fim da empresa tomadora é que a terceirização mostra-se ilícita.

É dentro deste contexto que deve ser interpretado o art. 60, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.472/97, que assim dispõe: “... 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, constitui o núcleo do empreendimento das telecomunicações ”.

Ou seja, todo e qualquer trabalhador que, a serviço da empresa de telecomunicações esteja possibilitando o alcance de tais desideratos, está sim imune à regra da terceirização, porque consoante explicita a lei , está a desenvolver atividade-fim de telecomunicação, devendo sua contratação ser assumida de forma direta pela empresa tomadora dos serviços.

Logicamente que no âmbito de tais atividades encontra-se o trabalho inarredável e imprescindível dos cabistas, dos instaladores e reparadores de linhas e aparelhos telefônicos, sem cujo concurso o núcleo da atividade-fim das empresas de telecomunicações não se concretizaria. Da mesma forma e pelo mesmo motivo temos igualmente os atendentes do serviço de call-center, observada a dissociação feita alhures.

Como se vê, o escopo primacial dos tribunais trabalhistas é evitar a intermediação espúria e fraudulenta de mão-de-obra, pela via da terceirização, pois ela pode revestir a qualidade de autêntica marchandage.

Ouso afirmar, sem medo de errar que, no campo do direito social, ou mais especificamente do direito do trabalho, mostrou-se engenhosa a construção pretoriana a respeito da dissociação entre atividade-meio e atividade-fim, porque a mesma postou-se como o marco diferencial entre o empreendedurismo econômico legítimo e o espúrio, porque a terceirização de atividade-fim é aferida com base no objeto social da empresa

tomadora e quando perpetrada, vem ferir as balizas do mínimo ético social, porque retira do trabalhador conquistas sociais ( direitos e vantagens ) conseguidos ao longo da história do direito do trabalho, com luta, suor e lágrimas, obstando que o caso concreto seja coberto pela malha protetora da legislação trabalhista.

Dito isso, não é crível admitir que as empresas de telecomunicações possam, pela duvidosa dicção do art. 94, item II, da Lei n. 9.472/97, terceirizar pessoal em atividade-fim sem incorrer em manifesta e abominável marchandage.

A interpretação abertamente permissiva do art 94, item II, sob comento, teria consequências drásticas em um país onde impera soberano o Estado Democrático de Direito.

A terceirização leviana no âmbito das empresas de telecomunicações criaria a figura do empresário descomprometido com a legislação social e com as regras econômicas do mercado capitalista, porque poderia terceirizar, sem medo, toda a sua atividade ( meio e fim ), sem assumir quaisquer responsabilidades com os riscos da atividade econômica, já que sua atuação poderia ser adremente preparada só para auferir lucros, em detrimento da legislação social, ficando assim alçado a um pedestal inatingível pelos demais empreendedores econômicos, os quais sim estariam submetidos, em situação de odiosa discriminação e desvantagens, às rígidas malhas legais.

Ora, se o Estado, em um regime democrático de Direito deve ser fomentador da iniciativa privada, através da criação de mecanismos econômicos que, expungindo a concorrência desleal e corrigindo os vícios e abusos de grupos oligárquicos poderosos, acabem por permitir aos empreendedores econômicos buscar um lugar ao sol no competitivo e globalizado mundo consumidor, mediante introdução de regras de mercado justas e equitativas, por que, completamente alijado deste cenário idílico e desejável, as empresas de telecomunicações seriam inseridas em um regime odioso de exceção, imune a todo e qualquer risco inerente ao empreendedorismo econômico ?

Há ainda um perigo mais escabroso que se esconde nesta insustentável regra de exceção, porque ao tornar-se ente inatingível pelos princípios estruturais que informam o direito material do trabalho e a própria Constituição da República, as empresas de telecomunicações teriam o privilégio de afastar a incidência aos casos concretos dos artigos 2o, 3o, e 9o da Consolidação das Leis do Trabalho e o que é pior, a própria soberania jurisdicional insculpida no artigo 114 da Magna Carta.

Ora, se constitucionalmente compete ao Poder Judiciário Trabalhista declarar, diante da especificidade do caso concreto, a relação de emprego de trabalhadores terceirizados para atuarem no âmbito de atividade-fim das empresas tomadoras de seus serviços, como afastar esta potestade constitucional do exercício da soberania da função jurisdicional com fincas na dicção sinuosa do artigo 94 inciso II, da Lei n. 9.472/97, norma que é de natureza infraconstitucional ?

Cite-se neste compasso a título exemplificativo o artigo 442, parágrafo único, da CLT que assim dispõe : "... 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 ".

Por força expressa de Lei federal, não há relação de emprego entre o cooperado e a cooperativa e nem entre o cooperado e a empresa que se utiliza do serviço prestado pela cooperativa.

Todavia, a regra jurídica em apreço só é válida se estivermos frente a uma relação factual tipicamente coincidente com o comando disposto na norma. Quando a relação factual mostra-se descoincidente com o comando emergente da norma em apreço, caso típico das falsas cooperativas, onde o vínculo jurídico não é de fato cooperativo e sim uma fraude arquitetada para explorar o trabalho dos cooperados, com

o propósito de afastar a malha tutelar da legislação consolidada, o "tatbestand" não se arma – e por que não se arma? não se arma porque a estrutura de uma norma jurídica perfeita é constituída pela previsão (tatbestand) de um fato jurídico ou de uma situação de fato e pela correspondente estatuição de uma consequência, caso esse fato se verifique na realidade. E como na espécie, há uma mera realidade aparente, ou seja, há típica desconformidade entre o fato e a norma, mostra-se lícito ao Poder Judiciário Trabalhista denunciar a fraude e aplicar ao caso concreto as normas celetistas pertinentes.

No caso do artigo 94, item II da Lei n. 9472/97 temos uma legislação federal (de índole infra-constitucional) estabelecendo um veto permanente à configuração da relação fático-jurídica do vínculo empregatício, ao permitir a terceirização em atividade-fim das empresas concessionárias de telecomunicações, situação insustentável, pois, mesmo diante da pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado ao comando diretivo da empresa tomadora de serviços, ficaria obstada a incidência fática (tatbestand) dos artigos 2º e 3º da CLT, com inexplicável aniquilamento da soberania do Poder Judiciário Trabalhista de livremente aplicar o direito à singularidade do caso concreto, o que impõe total esvaziamento à sua competência constitucional, prevista enfaticamente no artigo 114, da Magna Carta.

Assim, a conclusão a que se chega é a de que é ilícita a terceirização efetuada em atividade-fim das empresas concessionárias do serviço de telecomunicações.

Conceda-me, finalmente, o diletto auditório a indulgência de examinar a suposta ofensa ao teor da súmula n. 10/STF, denunciada na reclamação constitucional n. 10.132-STF-Paraná.

Reza referida súmula que "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

A primeira observação a ser feita é a de que existe precedente trabalhista no sentido de que a súmula n. 331 do colendo TST, editada em obediência ao artigo 62 e 166 do RITST, atende sim, o princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição da República e na súmula vinculante n. 10/STF, já que examinada a matéria nela prevista, mais que pelo Pleno dos Regionais, também pelo órgão máximo do ramo jurídico especializado do trabalho. (Ac. TRT-SP-20090291446, Rel. Catia Lungov, DOE de 9.5.2009).

A se entender falaciosa tal argumentação, em face da autonomia judicante dos órgãos fracionários dos tribunais trabalhistas, podemos ainda enfatizar que a interpretação conforme a Constituição idealizada pelas turmas trabalhistas recursais não impõe vilipêndio à súmula n. 10/STF, porque resta preservada a declaração de constitucionalidade da norma federal impugnada, em face da prevalência de princípios constitucionais que pregam a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, mostrando-se indiscutível que, em se tratando de declaração de constitucionalidade de ato normativo federal, a competência para apreciá-la é exclusiva e originária das turmas recursais, só devendo a matéria ser submetida ao plenário da Corte Trabalhista quando o órgão fracionário afasta a incidência da norma federal questionada, no todo ou em parte, com expressa declaração de sua inconstitucionalidade.

A meu ver, em julgamentos dessa natureza, ou seja, que envolvam a aplicação do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97, em confronto com a súmula n. 10/STF (processos envolvendo terceirização ilícita no âmbito das empresas concessionárias de telecomunicações), deve a turma recursal ter o primor de deixar assente no acórdão que se abstém de observar o princípio da reserva de plenário, por

divisar a constitucionalidade da lei federal impugnada, ainda que no contexto de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Mostra-se incontroverso que, permite-se ao magistrado, no exercício da prestação jurisdicional, realizar um juízo de constitucionalidade da lei controvertida, e no caso de duas ou mais interpretações possíveis, há de priorizar aquela que se revele compatível com os valores e princípios consagrados na Carta Maior.

Esta exegese encontra-se, inclusive, em sintonia com a atual corrente doutrinária do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo, do ativismo judicial e do neoprocessualismo, pois a Constituição deixa de ser apenas um conjunto de normas, ditas meramente programáticas, para tornar-se o centro jurídico da nação, compreendendo também em sua tessitura princípios e valores éticos e morais que direcionam a resolução dos problemas jurídicos que surgem em meio ao convívio em sociedade.

Com esses argumentos restaria esvaziado, a meu ver, o mérito da reclamação constitucional em exame, por não se divisar maltrato ao teor da súmula vinculante n. 10/STF, pois só assim os tribunais trabalhistas continuariam soberanos para, seja na primeira instância ou no âmbito de suas turmas recursais, denunciarem as terceirizações ilícitas perpetradas pelas empresas concessionárias do serviço de telecomunicações, com o propósito salutar de, afastada a fraude do caso concreto, tornar efetivos e intocáveis os direitos sociais dos trabalhadores terceirizados.

Muito obrigado.

Lima-Peru, 12 de agosto de 2.011.

\* Desembargador do TRT da 3ª Região, integrante da 4ª Turma e da  
2ª Seção Especializada de Dissídios Individuais