

**TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NO ÂMBITO DAS EMPRESAS DE
TELECOMUNICAÇÕES E A LIMINAR CONCEDIDA NA RECLAMAÇÃO
STF- N. 10.132-PARANÁ**

***IRREGULAR OUTSOURCING CONCERNING ENTERPRISES EXPLORING
TELECOMMUNICATION AND ELECTRIC ENERGY VIEWED BY THE ANGLE OF
THE INJUNCTION ASSURED BY THE SUPREME COURT
(RECL. N. 10.132-PARANÁ)***

Júlio Bernardo do Carmo*

RESUMO

O artigo em apreço realizou uma pesquisa doutrinária, assim como um levantamento dos precedentes jurisprudenciais que deram origem à Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com o objetivo de verificar como o ordenamento jurídico brasileiro aborda a questão da terceirização. O ponto nuclear do artigo doutrinário enfatiza a situação das empresas de telecomunicações e de energia elétrica, procurando dissociar o trabalho realizado em atividade-meio e fim dessas empresas, para ressaltar a necessidade de proteção social do trabalhador quando seu trabalho é exigido no âmbito de atividade-fim da empresa tomadora de serviços. Como resultado verificou-se que as regras constitucionais que abordam os princípios jurídicos inerentes à livre iniciativa e ao regime capitalista de exploração do mercado econômico, submetidas que estão igualmente a princípios constitucionais de igual envergadura que preconizam a dignidade da pessoa do trabalhador e a melhoria das condições sociais, não permitem seja o trabalhador desprotegido da malha tutelar da Consolidação das Leis do Trabalho, máxime quando seu labor é inserido em atividade-fim da tomadora, independentemente do objeto social preconizado por esta última empresa.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Terceirização. Empresas de Telefonia e de Energia Elétrica. Respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia constitucional.

A questão nova e relevante que demanda maiores reflexões a respeito da licitude ou ilicitude da terceirização no âmbito das empresas de telecomunicações, especialmente no que tange à absorção de mão-de-obra congenitamente estruturada em sua atividade-fim, reside exatamente na concessão de liminar pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na reclamação n. 10.132-Paraná, quando o ilustre ministro GILMAR MENDES, atacando o ponto nevrálgico da controvérsia, deixou explícito 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 de *fumus boni juris* que justifica a concessão da medida cautelar pleiteada”.(grifo nosso)

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

E assim é efetivamente, porque, em havendo indiscrepante relação de sinonímia entre os termos empregados na legislação controvertida (Lei n. 9.472/97), ou seja, se inerente guarda efetiva relação de sinonímia com acessoriedade e complementaridade, a ininteligibilidade não mais existiria, porque inerente passa a ter significado equipolente a acessório ou meramente complementar, o que respaldaria em cores vivas a interpretação plausível e louvável que o colendo Tribunal Superior do Trabalho vem imprimindo ao inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97, ou seja, a de que a terceirização só é lícita quando recrutada mão-de-obra com concurso de empresas interpostas para suprir necessidade permanente e contínua da atividade-meio da empresa de telecomunicações.

No plano tormentoso da dicção do direito a questão não é assim tão singela, até porque, mesmo no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho, há ministros que recepcionam o termo “inerente” como “essencial” e umbilicalmente ligado à atividade-fim, dita por excelência integrativa do objeto societário das empresas de telecomunicações.

Ou seja, considerando-se a primeira linha interpretativa, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao divisar o termo “inerente” como “secundário”, só autoriza as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema *call-center* ou o trabalho dos cabistas, eis que aproveitados inequivocamente em atividade essencial para o funcionamento nuclear das empresas de telefonia.

Já a segunda vertente interpretativa divisa no vocábulo “inerente” o mesmo significado que “atividade principal, não meramente periférica”, daí por que o inciso II do artigo 94 da Lei n. 9.472/97 teria intencionalmente ampliado as hipóteses de terceirização, sendo tranquilamente possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividade-fim elencada no § 1º do artigo 60 da lei contestada.

Logicamente, não compete ao Tribunal Pleno dos tribunais trabalhistas antecipar-se ao exame meritório da Medida Cautelar n. 10.132-MC-PR, que entendeu relevante a arguição de suposto maltrato ao teor da Súmula Vinculante n. 10 do STF, quando os juízos e tribunais do trabalho, sem valer-se da declaração de inconstitucionalidade difusa ou incidental do art. 94, II, sob comento, acabam, sem observância da necessária regra de reserva de plenário, negando aplicação ao dispositivo contestado naquelas hipóteses em que a atividade intermediada é “fim” e não “meio” do objeto social da contratante, empresa de telefonia.

Se o vocábulo “inerente” é sinônimo ou não de “atividade-meio” ou, pelo contrário, reporta-se sim à atividade fulcral e estrutural das empresas de telefonia, isso compete ao Excelso Supremo Tribunal Federal decidir.

Todavia, nós, integrantes do Poder Judiciário trabalhista, não podemos deixar de tecer considerações de relevo sobre o tema, até mesmo para indagar se existe plausibilidade ao pedido de adiamento de eventual votação de matéria administrativa tendente a uniformizar a jurisprudência interna das Cortes trabalhistas, posicionando-se através de súmula com vinculação *interna corporis* se a terceirização é lícita ou ilícita na delegação de atividade-fim no âmbito das empresas de telecomunicações.

Por essa razão, rogando paciência aos ilustres leitores, passo a tecer as seguintes considerações estruturais a respeito do candente tema.

A mim não me impressiona, *d.v.*, se a Súmula n. 331 do TST foi editada antes da Lei n. 9.472/97, não se podendo dizer, nem por isso, que lei federal posterior

não estaria sendo recepcionada por súmula de jurisprudência anterior, como costuma ser acentuado nos memoriais que nos são apresentados pelas empresas de telefonia.

O problema, a meu ver, não é de recepção, e sim de soberania dos tribunais trabalhistas de interpretar a legislação federal em consonância com os princípios medulares que informam o direito do trabalho, até porque princípios igualmente de ordem constitucional (dentre eles, a dignidade do trabalhador; a valorização do trabalho humano no regime da livre iniciativa capitalista; a isonomia remuneratória para exercentes de funções símiles, etc.) respaldam a prudente e elogiável corrente interpretativa do colendo Tribunal Superior do Trabalho que divisa fraude e ofensa à lei consolidada na chamada terceirização de atividade nuclear no âmbito das empresas de telefonia.

Em outras palavras, mesmo sendo a Súmula n. 331 do TST anterior à vigência da Lei n. 9.472/97, a questão posta-se como de vazia importância, porque a atividade do Poder Judiciário na dicção do direito é em si atemporal, no que concerne à sua sacrossanta missão de preservar, através da hermenêutica dos tribunais trabalhistas, a prevalência dos princípios informadores do direito material do trabalho, que são, como dito alhures, secundados, inclusive, por princípios constitucionais, ostentando todos eles, hoje e sempre, situação de vanguarda e de indiscutível superioridade jurídica sobre a letra fria, atécnica e permissiva da legislação infraconstitucional, naquilo em que faz soçobrar a sublime missão do Poder Judiciário de pacificar com justiça, dentro da necessária bitola de não lesar a ninguém e de conceder a cada um aquilo que efetivamente lhe pertence.

Vem agora a análise crítica da Súmula n. 331 do TST, tão vergastada pelas empresas de telefonia, diante da intencional potestade que se quis imprimir à fria letra do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97.

Em defesa da Súmula n. 331 do TST, pode-se dizer que a Lei n. 6.019/74 versa típica terceirização indesejável, mas legalmente tolerada, quando permite igualmente a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora, porque foi editada em face da atipicidade da contratação consentida: ou seja, é sempre temporária [não pode ultrapassar 90 (noventa) dias] e só é viável para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal e de acréscimo extraordinário de serviço, no âmbito da empresa tomadora.

Tanto assim é que, se a prestação de serviço se estende por mais de 90 (noventa) dias, sem autorização prorrogativa do Ministério do Trabalho, o vínculo laboral passa a ostentar-se diretamente com a empresa beneficiária dos serviços contratados, a que se acresce a responsabilidade solidária da empresa de trabalho temporário, em face de ser *jure et de jure* copartícipe de fraude.

A terceirização de atividade-fim feita sob os moldes da Lei n. 6.019/74 é atípica, não podendo ser utilizada com leviandade para tornar indefinida a terceirização consentida em atividade-fim.

Curial observar que, mesmo admitindo-se que a Lei n. 6.019/74 alberga uma espécie de marchandage consentida em atividade-fim, de natureza transitória, da empresa tomadora, ainda assim ela estabelece um marco temporal que pode servir de parâmetro para outras espécies de suposta *marchandage* consentida que vierem a ser contempladas especificamente em eventual texto de lei, ou seja, o prazo rigoroso, peremptório e máximo de 90 (noventa) dias.

Ora, ainda que existente lei superveniente criando a chamada *marchandage* consentida, desde que não seja transitório o fornecimento da mão-de-obra pela empresa contratada, ou seja, desde que fornecida ao arrepio das hipóteses legalmente previstas, cujo marco regulatório é sim a Lei n. 6.019/74, ainda que por aplicação analógica ou supletiva, nada se transige em termos de marco temporal, porque o vínculo empregatício se estabelece diretamente com a empresa tomadora, na chamada atividade-fim.

A Súmula n. 331 do TST, ao enumerar determinadas atividades-meio, como *v.g.*, a contratação de serviço de vigilância e de conservação e limpeza (Lei n. 7.102/83), as quais, em regra, não formam vínculo de emprego com o tomador dos serviços, deve ainda assim ser interpretada com grão de sal, porque é da essência da inexistência de vínculo empregatício o fato de que a empresa tomadora tenha como objeto social atividade nuclear distinta da contratada.

Quando, todavia, e isto pode acontecer na prática, de uma empresa tomadora ter o mesmo objeto social da empresa contratada ou prestadora de serviços, ou seja, empresa de asseio e limpeza que fornece faxineira para outra empresa de idêntico objeto social, a atividade-meio transmuda-se em atividade-fim e o vínculo empregatício é estabelecido diretamente com a empresa contratante, com responsabilidade solidária da empresa fornecedora de mão-de-obra, copartícipe de fraude.

Igual hermenêutica há de ser adotada quando a empresa terceiriza atividade-meio, mas, ao invés de dedicar-se essencialmente e exclusivamente à sua atividade nuclear, mantém igualmente em seus quadros outros trabalhadores inseridos em atividade-meio ou periférica.

Como o caso é de típica discriminação, inclusive remuneratória, os trabalhadores terceirizados devem ostentar igualdade de direitos trabalhistas relativamente aos demais trabalhadores da atividade-meio da empresa tomadora, sob pena de ser perpetuada uma fraude. (art. 9º da CLT)

Em detrimento da Súmula n. 331 do TST há segmento doutrinário obtemperando que o artigo 455 da CLT já resolveria em bom tom o problema da terceirização, não havendo necessidade de edição de súmula específica para regulamentá-la.

O argumento doutrinário em epígrafe faz alusão aos contratos de grandes obras de infraestrutura, quando grandes empresas que venciam a concorrência pública se encarregavam de realizá-las.

Como obras dessa envergadura importam em múltiplas frentes de trabalho, tornou-se necessário subempreitar não só para descentralizar o trabalho, como também para alcançar sua otimização pelas empresas especializadas.

Merece igualmente relevo a menção de que a própria Administração Pública foi alvo de regulamentação legal que priorizou a descentralização de serviços, podendo mencionar-se o DL n. 200/67, a Lei n. 5.645/70 e a Lei n. 9.962/00, sendo que enfoque especial teve a Lei n. 5.645/70, já que, no parágrafo único de seu artigo 3º, ficou estabelecido que "As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados seriam de preferência objeto de execução indireta mediante contrato, de acordo com o art. 1º, § 7º do DL n. 200/67".

Como essa descentralização era objetivada no âmbito do regime de empreitada e subempreitada, a doutrina em apreço pondera que, por força do artigo 455 da CLT, o legislador celetista, já naquela época, teve o fino senso jurídico

de perceber que o fato do empreendimento principal subempreitar suas tarefas não lhe retirava a responsabilidade pela relação de trabalho formada pelas subempreitadas, já que, diante de tal conjuntura, a responsabilização de todos é uma medida necessária e justa.

E a crítica mais acerba à edição da atual Súmula n. 331 do TST estriba-se em sua completa desnecessidade, já que o artigo 455 da CLT, permitindo ação contra o empreiteiro principal, evitou discussão estéril e desnecessária para saber quem, na realidade, era o empregador, já que a tônica da responsabilização pelo trabalho prestado recai sobre aqueles que dele se beneficiaram.

A doutrina marginada assevera que essa senda aberta por ocasião da descentralização dos serviços, tanto no âmbito público como no setor privado, deve ser o modelo a ser trilhado nas terceirizações hodiernas, adaptando-se a ideia ao tempo, mas sem perder seu conteúdo justo. (SILVA, Antônio Álvares da. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. Ed. RTM).

A mim me parecia, todavia, que os exemplos citados pela doutrina supraexposta não poderiam ser transportados de forma simplista para o âmbito da terceirização hodierna, para solucionar, de vez, seus tormentosos problemas.

Essa dificuldade de transposição reside exatamente no fato peculiaríssimo de que, no âmbito da terceirização, diversamente do que acontece na empreitada e na subempreitada, a problemática maior não se revolve apenas em indagar quem seria o responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, mas igualmente se seria viável o desnível salarial entre trabalhadores que exercem a mesma atividade, meio ou fim, em que pese a diversidade de empregadores.

Na terceirização, como é curial, uma empresa prestadora de serviços fornece mão-de-obra para uma outra empresa que deles necessita, pagando sempre salários inferiores àqueles auferidos pelos trabalhadores da empresa tomadora, em que pese na prática existir o desempenho das mesmas funções e atividades, singularidade que afronta o princípio da isonomia salarial.

O Judiciário trabalhista deve enfrentar esses problemas ocasionados aos trabalhadores terceirizados, não apenas definindo quem é o responsável pelos encargos trabalhistas, como também assegurando a prevalência do princípio da isonomia salarial.

No âmbito da empreitada e respectiva subempreitada o problema não aflora com essa singularidade, porque há diversidade de execução de trabalhos, mediante especializações (subempreitada, v.g., da parte elétrica, ou da parte de marcenaria) e cada trabalhador recebe o salário que for ajustado seja pelo empreiteiro ou pelo subempreiteiro, inexistindo possibilidade de vilipêndio ao princípio constitucional da isonomia salarial.

O grande problema da terceirização hodierna é exatamente este: havendo desnível salarial entre trabalhadores que, mesmo contratados por empresas distintas, labutam lado a lado nas mesmas funções, aos mesmos deve ser garantida, por uma questão de justiça social, a igualdade de salários, sem prejuízo de indagar quem é o devedor principal ou subsidiário dos demais encargos trabalhistas.

O passe de mágica consiste em proceder-se à terceirização hodierna, indispensável no mundo globalizado e automatizado, de forma equilibrada, justa e equitativa, ou seja, sem perpetrar ofensa à regra da isonomia salarial, de assento constitucional.

Este é o grande desafio: não basta apenas garantir o pagamento de direitos trabalhistas, mas sim pagá-los em sua plenitude, sem perpetração de discriminação de qualquer natureza.

Parte da doutrina enfatiza, ainda em detrimento da Súmula n. 331 do TST, que o seu item I firma princípio genérico de que a contratação de trabalhador mediante empresa interposta é ilegal e bem por isso é que o vínculo se forma diretamente com a empresa tomadora de serviço.

A crítica doutrinária é no sentido de que tal afirmativa, contida no verbete sumular, já não mais condiz com o mundo atual.

A interposição de empresa, a *marchandage*, por si só, não seria nula, já que sua nulidade está a depender do caso concreto, pois somente quando fraudulenta e prejudicial ao empregado é que poderá ser reputada nula, conforme avanço pretoriano da Corte de Cassação Francesa.

E obtêmpera a doutrina em apreço: esta deve ser a posição certa. Não se pode rejeitar a intermediação se é lícita e se fez de boa-fé. Rejeitá-la pura e simplesmente é "*parti pris*", ou seja, preconceito.

Além da ilegalidade gratuita, sem nenhum fundamento, a Súmula n. 331 do Colendo TST vai mais longe e afirma que o vínculo se forma diretamente com o tomador de serviço. (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*)

Feita a crítica, segue a defesa da Súmula n. 331 do TST.

A mim me parece que o posicionamento adotado pela Súmula n. 331 do TST, item I, foi sábio e altamente salutar ao empreendedorismo econômico.

Só se impõe veto à terceirização fraudulenta, aquela que se imiscui na atividade-fim da empresa tomadora, mas, em contrapartida, mostra-se amplamente permissiva quanto à existência da terceirização lícita, que é aquela que se imiscui em atividade-meio da empresa tomadora, sem descuidar da responsabilidade subsidiária daquela empresa que efetivamente se beneficia do trabalho intermediado.

Inexiste no item I da Súmula 331 do Colendo TST qualquer ilegalidade gratuita e muito menos ausência de fundamento.

Pelo contrário. O posicionamento adotado pelo Colendo TST tornou lícita a intermediação de mão-de-obra por empresa interposta quando ligada à atividade-meio da empresa tomadora e desde que ausentes, logicamente, a pessoalidade e a subordinação.

Seria uma espécie de *marchandage* tolerada, típica dos tempos modernos, para viabilizar ao empresário meios de competir com sucesso no acirrado mercado de consumo.

A doutrina mais exigente diz mais: que o item I da Súmula n. 331 do TST, além de uma ilegalidade gratuita, sem nenhum fundamento, vai mais longe ainda e afirma que o vínculo jurídico trabalhista se forma diretamente com o tomador de serviço.

A crítica acerba a esse item do verbete sumular redundaria então em um contrato forçado, sem base na lei, e que estaria a contrariar todas as regras de formação da vontade livre, com negação da autonomia privada e da livre iniciativa.

E lança o veneno fatal: ato jurídico forçado, qualquer que seja, é a negação do Direito.

A presunção da vontade livre é pressuposto de todo ordenamento jurídico. (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*)

Novamente em defesa do item I da Súmula n. 331 do Colendo TST, pode dizer-se que a observação cáustica supramencionada só seria válida quando os sujeitos da relação jurídica desfrutam de igual situação econômica.

No direito do trabalho a hipossuficiência do trabalhador proíbe a aplicação irrestrita da autonomia da vontade.

Não há contrato forçado, como pondera a acerba crítica doutrinária, mas sim mero redirecionamento factual do relacionamento jurídico, com lastro no princípio da realidade.

Não há espaço para presunção de vontade livre quando a intermediação prejudica o empregado.

Mesmo aderindo à *marchandage*, por um instinto de sobrevivência, a vontade do trabalhador é anódina, porque, *ultima ratio*, não pode causar-lhe prejuízo. (artigo 468 da CLT)

A doutrina crítica e descrente da eficiência jurídica e prática da Súmula n. 331 do TST ainda faz outros questionamentos.

Diz ela: se a interposição se faz por empresa especializada, está-se dentro dos moldes da Lei n. 6.019/74 e o contrato de trabalho formar-se-á com a empresa fornecedora da mão-de-obra.

Se é realizada por simples intermediação, geralmente feita por agência de colocação, não há impedimento algum. A relação de emprego constituir-se-á com o tomador.

Aqui, como na hipótese anterior, o que rege a situação é a existência ou inexistência de fraude.

E vem a pergunta crucial: se a empresa fornecedora de mão-de-obra é solvente e não há fraude, qual a diferença para o empregado, se trabalha para uma ou outra empresa? (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*)

Em rebate à crítica doutrinária opositora da Súmula n. 331 do TST pode-se dizer que a situação ali retratada não é tão simplista assim.

A solvência da empresa interposta é irrelevante, porque, na intermediação de mão-de-obra feita ao largo da permissão legal, ou seja, ao arrepio da Lei n. 6.019/74, há uma situação de disparidade salarial entre o empregado da empresa fornecedora do serviço e o da empresa tomadora, embora ambos realizem o mesmo serviço.

Há, como dito alhures, flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia salarial.

Quando a intermediação de mão-de-obra é feita nos moldes da Lei n. 6.019/74, seja para atividade-fim ou atividade-meio, a situação do trabalhador terceirizado não é tão prejudicial assim, porque a própria Lei n. 6.019/74 garante ao mesmo o patamar remuneratório da empresa tomadora.

Exatamente por isso é que a jurisprudência teve que traçar parâmetros éticos para evitar a espoliação do trabalhador intermediado, só tolerando esse desnível remuneratório quando a intermediação é feita em atividade-meio da tomadora, sem existência de pessoalidade e subordinação direta.

Esta a baliza traçada pela Súmula n. 331 do TST: quando a intermediação de mão-de-obra é feita nos moldes da Lei n. 6.019/74, como não há prejuízo remuneratório para o trabalhador intermediado e a transposição do serviço é precária e temporária, o trabalho do intermediado pode dar-se tanto em atividade-fim como em atividade-meio da empresa tomadora.

Todavia, quando a intermediação de mão-de-obra é feita, não nos moldes da Lei n. 6.019/74, mediante típico contrato de trabalho temporário, e sim mediante contrato de prestação de serviços entre as empresas fornecedora e tomadora da mão-de-obra, como a duração do contrato é superior a 90 (noventa) dias, o trabalho prestado pelo intermediado só pode relacionar-se com a atividade-meio da empresa tomadora, nunca em sua atividade-fim, sob pena de consagrar-se uma marchandage espúria.

Não fosse traçada essa baliza pretoriana, o trabalhador intermediado seria tratado como mera mercadoria, como coisa, como escravo, sujeito a salários aviltantes, embora realizando o mesmo serviço dos trabalhadores da empresa tomadora, com a agravante ainda de estar desenvolvendo atividade umbilicalmente ligada ao *core business* da empresa tomadora, tudo mediante rígidas condições de aferição de seu rendimento pessoal, logo, com pessoalidade e subordinação.

Esta última situação, a par de configurar fraude trabalhista, vilipendiando a aplicação de preceitos consolidados, desafia igualmente a soberania do Poder Judiciário trabalhista de, mediante a especificidade do caso concreto, decretar a relação de emprego diretamente com a empresa tomadora, com observância irrestrita do artigo 114 da Magna Carta, sendo que tal soberania, como é curial, jamais poderia ser refreada pelo comando subalterno de uma legislação infraconstitucional, sob pena de deitar por terra o Estado Democrático de Direito, alçando-se assim o escopo de lucro capitalista como a razão de ser inabalável e intangível de todas as coisas.

A doutrina favorável à terceirização irrestrita de mão-de-obra pondera que a Súmula n. 331 do TST faz referência à Lei n. 6.019/74 para referendar a intermediação nas hipóteses nela previstas: necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços. E indaga a doutrina mais permissiva: se para essas duas hipóteses a intermediação é permitida, por que não seria também para as demais? (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*)

A resposta a tal indagação é singela.

A Lei n. 6.019/74 permite a terceirização em atividade-fim (necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços), porque essa necessidade da empresa tomadora é tipicamente sazonal, logo, precária e transitória, porque limitada no tempo.

Seu prazo, conforme comando peremptório da Lei n. 6.019/74, não pode ultrapassar 90 (noventa) dias.

Se esse marco temporal for ultrapassado, será a empresa tomadora, com a responsabilidade solidária da empresa fornecedora de trabalho temporário, copartícipe de fraude.

A permissão de terceirização fora da bitola estreita da sazonalidade torna permanente a prestação de serviço, e bem por isso impõe maltrato à legislação consolidada, empecendo sua aplicação, sendo por isso nula *ex radice*. (artigo 9º da CLT)

A generalização irrestrita da terceirização, fora do âmbito específico da Lei n. 6.019/74, ou seja, quando é feita mediante um contrato de prestação de serviços entre a empresa fornecedora e a empresa tomadora, torna possível, por não ter sido ainda regulamentado tal instituto jurídico no Brasil, o vilipêndio ao princípio da

isonomia salarial, porque, mesmo executando o mesmo labor do empregado da tomadora, o trabalhador da empresa fornecedora auferirá salários bem inferiores, a par de ser aliado das melhores condições de trabalho existentes na empresa tomadora, geralmente estratificadas em acordos e convenções coletivas de trabalho e mesmo em sentenças normativas, situação insuportável, máxime quando presentes a pessoalidade e a subordinação direta às ordens e diretrizes da empresa beneficiária da prestação de serviços.

Ou seja, feita abstração da Lei n. 6.019/74, que respeita um patamar remuneratório digno e ético, quando a intermediação de mão-de-obra é feita através de um contrato de prestação de serviços, celebrado entre a empresa fornecedora e a empresa tomadora, o campo mostra-se fértil para a perpetração de fraudes, porque a tônica comum é o desrespeito ou o intencional propósito de evitar a aplicação ao caso concreto da malha tutelar da legislação social.

Em suma: a permissividade ampla e irrestrita da terceirização, como desejada pela doutrina mais arrojada, seria inviável e impraticável, máxime quando perpetrada no âmbito do *core business* da empresa tomadora, porque exigiria obediência irrestrita ao princípio da isonomia salarial, situação angustiante que tornaria inútil e antieconômica a terceirização, diante da impossibilidade de alcançar sua meta primordial, consubstanciada na redução de custos operacionais, dentre eles, logicamente, os encargos trabalhistas.

Torna-se premente a existência de uma lei que regule no Brasil, em termos justos, a terceirização feita mediante contrato de prestação de serviços, quando a atividade do trabalhador estiver ligada à atividade-meio da empresa tomadora, para que se evitem os abusos nefastos da marchandage fraudulenta.¹

¹ Sérgio Pinto Martins faz uma excelente resenha a respeito da situação da terceirização no direito estrangeiro, obtemperando que “[...] há países que proíbem o trabalho temporário, como a Suécia (Lei n. 1.877/80), a Espanha (Decreto-Lei de 1952 e Decreto n. 3.677/70) e a Itália (Leis n. 264/49 e 1.369/60). Outros países permitem a terceirização, estabelecendo regulamentação legal para a questão, como a Bélgica, Dinamarca, Noruega, Países Baixos e a França, cuja Lei de 1972 serviu de inspiração para a nossa Lei n. 6.019/74”. A Argentina coíbe a intermediação de mão-de-obra, admitindo apenas a locação temporária de trabalhadores, prevendo solidariedade entre empresa prestadora de serviços e a tomadora, para efeitos trabalhistas e previdenciários. O art. 29 do Decreto n. 390/76 é incisivo a respeito do assunto:

[...] os trabalhadores que sejam contratados por terceiros com vista a cedê-los a empresas serão considerados empregados diretos de quem se utilize de sua prestação, respondendo as empresas responsáveis pela intermediação de forma solidária frente a encargos trabalhistas e previdenciários.

Na Colômbia a legislação é no sentido de que a terceirização é lícita, desde que a empresa prestadora dos serviços poste-se como a legítima empregadora e não mera intermediária, só havendo solidariedade da empresa tomadora se e quando houver inidoneidade econômica da empresa prestadora. A Itália, como dito, proíbe a terceirização (Lei n. 264/49). A Lei n. 1.369, art. 3º, estabelece que:

[...] os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham que ser

Quando a intermediação é feita em atividade-fim da empresa tomadora, em seu *core business*, mediante pessoalidade e subordinação, não existe espaço para qualquer contemporização, eis que o vínculo de emprego é estabelecido inexoravelmente com a empresa tomadora, sob pena de maltrato aos artigos 9º, 2º, 3º da CLT e artigo 114 da Magna Carta, porque, como já ressaltado alhures, ao se armar a *fattispecie*, se o juiz, mesmo diante da pessoalidade e da subordinação da prestação do trabalho, não puder declarar a relação de emprego com a empresa tomadora, estaria esfacelado o poder do Judiciário de dizer o direito aplicável ao caso concreto.

A doutrina crítica ao teor da Súmula n. 331 do TST pondera ainda que outra grande questão consiste em distinguir atividade-fim de atividade-meio, quando o conceito é posto em função da atividade econômica.

E vai mais além: o fim de toda empresa é o lucro e, para isso, organiza os fatores de produção de tal maneira que, entre o custo e o preço de venda, haja uma margem que se denomina “lucro”. Para atingir esse fim, tudo o mais seria meio...

E arremata: se a discussão for levada para o interior da empresa para, através de raciocínio dedutivo, distinguir entre atividade-meio e atividade-fim, ou entre serviços especializados e genéricos, cairemos nas mesmas perplexidades insolúveis, que não podem ser mensuradas em termos decisórios, a não ser com grande dose de arbítrio e discriminação. (SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*)

Em resposta a tal crítica pode-se dizer que a Súmula n. 331 do TST intensificou realmente a proteção social do trabalhador quando lançado em

executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores que deste dependam, de um salário mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que daqueles dependam, bem como lhes assegurarão condições de trabalho não inferiores às que desfrutam esses seus trabalhadores.

No Japão proíbe-se a terceirização no transporte portuário e na construção. Nos outros setores da economia vige a *Worker Dispatching Law*, de 1985, que seria uma lei do trabalhador subcontratado, com o objetivo de disciplinar a subcontratação. Somente se observados os requisitos da lei de subcontratação é que inexistirá vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços. No México, a rigor, não se permite a terceirização, excepcionando-se as poucas hipóteses estabelecidas na legislação nacional. No Peru a legislação é restritiva da contratação por via indireta. O art. 27 do Decreto-lei n. 2.216 proíbe, de um lado, e limita de outro, a contratação por via indireta para trabalhadores para serviços permanentes, ficando proibida a prestação de serviços em empregos permanentes paga por entidades distintas e estranhas à relação laboral. Observa finalmente o eminente autor citado que a OIT (Organização Internacional do Trabalho) não chega a tratar especificamente do tema terceirização, mas observa-se uma certa permissão nesse sentido. Todavia, a Convenção n. 34, de 1933, e a Convenção n. 96, de 1949, recomendam a supressão progressiva das agências de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos. Estimulam a criação de serviços públicos gratuitos com essa finalidade, o que também faz parte da Convenção n. 88, de 1948, e da Convenção n. 96, de 1968, sendo que esta última convenção foi denunciada pelo Brasil em 1972. (MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. Ed. Atlas, p. 29 usque 37).

atividade-fim da empresa tomadora, concedendo-lhe o mínimo ético possível: a formação da relação de emprego com a empresa que absorve sua mão-de-obra em caráter indeterminado, com pessoalidade e subordinação direta.

Fosse possível romper essa barreira de proteção mínima outorgada ao trabalhador quando inserido em atividade-fim da empresa tomadora, estaria definitivamente ameaçada a existência do direito do trabalho, porque, em termos de empreendedorismo econômico, tudo seria possível em nome da maior eficiência e da lucratividade da empresa, ainda que sob o preço de retirar do trabalhador o mínimo de proteção legal.

E afirmo 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 empreendedorismo econômico legítimo e o espúrio, porque a terceirização de atividade-fim (feita abstração do escopo lucrativo que é objetivo de qualquer empresa) é aferida com base no objeto social da empresa tomadora, de sua atividade tipicamente nuclear 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 assim que o caso concreto seja coberto pela malha protetora da CLT.

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*.

Dito isso, não é crível admitir que as empresas de telecomunicações possam, pela duvidosa dicção do inciso II do art. 94 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, inciso II, sob comento, teria consequências drásticas em um país onde impera soberano o Estado 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 qualquer responsabilidade com os riscos da atividade econômica, já que sua atuação seria 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 desvantagem, às rígidas malhas legais.

Ora, se o Estado, em um regime democrático e de Direito, deve ser fomentador da iniciativa privada, através de 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 alijadas desse 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 nessa 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 Lei Magna.

Ora, se constitucionalmente compete ao Poder Judiciário trabalhista declarar, diante da especificidade do caso concreto, a relação de emprego entre trabalhadores terceirizados no âmbito de atividade-fim das empresas de telefonia, como afastar essa potestade constitucional com fincas na dicção sinuosa do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97, norma que é de natureza infraconstitucional?

Com base nessas considerações, uma vez que a correta inteligibilidade do termo “inerente” insculpido no dispositivo contestado (inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97) pende de apreciação no bojo de reclamação constitucional movida perante o excelso Supremo Tribunal Federal, e para evitar contraste de súmulas regionais com o entendimento que vier a se firmar no Pretório Excelso, o ideal seria que os tribunais regionais trabalhistas se abstivessem de editar súmulas internas regulando a terceirização em atividade-fim das empresas de telefonia, até que o Supremo Tribunal Federal venha a emitir sua decisão sobre o mérito da aludida reclamação.

Caso ocorra o entendimento dos tribunais trabalhistas no sentido de que seria razoável a votação de matéria administrativa relativamente a tal assunto, no âmbito interno de sua jurisprudência, até como meio de angariar subsídios para a escorreita apreciação do tema pela Corte Ápice Nacional, sugiro que o verbete de eventual súmula uniformizadora da jurisprudência interna dos tribunais trabalhistas seja revestido da seguinte redação:

TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. O § 1º DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95, BEM COMO O INCISO II DO ARTIGO 94 DA LEI N. 9.472/97 AUTORIZAM AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES A TERCEIRIZAR AS ATIVIDADES-MEIO, NÃO SE ENQUADRANDO EM TAL CATEGORIA OS CABISTAS, OS INSTALADORES E REPARADORES DE LINHAS E APARELHOS E OS ATENDENTES DO SISTEMA *CALL CENTER*², EIS QUE APROVEITADOS EM ATIVIDADE NUCLEAR PARA O FUNCIONAMENTO DAS EMPRESAS, SOB PENA DE, CRIANDO-SE REGIME DE EXCEÇÃO, NEGAR-SE VIGÊNCIA AOS ARTIGOS 2º, 3º E 9º DA CLT E AO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

² Tenho para mim que uma atividade desenvolvida pela concessionária de telefonia ou de energia elétrica pode ser inerente, ou assim chamada por apresentar relação de mera pertinência com o serviço de telefonia ou de energia elétrica, mas sem integrar, necessariamente, o seu *core business*, ou seja, a sua atividade nuclear, sendo que a utilização desse contexto interpretativo evita que o direito do trabalho seja despojado de seus princípios basilares, quando em jogo interesses tanto do trabalhador como dos empreendedores econômicos, a par de não estorvar a plenitude do exercício da soberania da jurisdição trabalhista, como prevista no artigo 114 da Constituição Federal. Exemplo típico dessa dissociação pode ser feito com o serviço denominado de *call center*. Se a empresa terceiriza o serviço de *call center* com o objetivo de aproximar, através de uma política de *merchandising*, os clientes da empresa, para despertar maior cobiça para os

São essas as considerações que considero relevantes para o fiel exame da tormentosa questão da terceirização em atividade-fim das empresas de telecomunicações, especialmente em face da reclamação n. 10.132-PARANÁ, de relatoria do eminente ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The article has the purpose to make a doctinary, as well as a jurisprudential resource concerning the previous cases law which carried to the origin of the jurisprudential Precedent n. 331 of the Superior Labor Court (TST). The aim was to question how the brazilian judicial system treats the matter concerning worldwide practicing outsourcing. The core subject of the present article consists of an investigation of the real situation in the labor market of the so called

seus produtos, tal atividade é plenamente terceirizável. Se o *call center* apresenta-se, todavia, dissociado dessa política de *merchandising* e objetiva apenas concretizar serviços típicos inerentes (iminentes) ao *core business* das empresas de telefonia ou de energia elétrica, a terceirização é ilícita. Com isso se prova que o termo “inerente” por si só a nada conduz, porque tanto pode demonstrar o exercício de uma atividade principal, ligada ao *core business* empresarial, como também uma atividade tipicamente periférica. Ou seja, a dúvida maior consiste em saber se, em que pese tenha a Lei n. 9.472/97, em seu artigo 60, § 1º, tentado especificar em regime de enunciação cerrada qual seria a atividade-fim das empresas de telecomunicações, a verdade é que a realidade é outra, porque não basta enunciar atividades de forma abstrata e descomprometida para aferir o âmago do objeto social da empresa de telefonia, se se relega ao oblióvio o trabalho humano que envolve tais atividades porque, verdade seja dita, todo e qualquer trabalhador que tem sua energia explorada na consecução daqueles misteres elencados no parágrafo único do artigo 69 da Lei n. 9.472/97, seja mediante contratação direta ou interposta, desenvolve iniludível atividade-fim da empresa beneficiada, devendo, portanto, tal labor ficar à margem de terceirização, por vislumbrarem-se casos típicos de intermediação espúria de mão-de-obra, cujo escopo é malferir o artigo 9º da CLT, obstando a aplicação dos preceitos consolidados tutelares da relação de emprego. É dentro dessa bitola estreita que deve ser interpretado o § 1º do artigo 60 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 telefonia, esteja possibilitando o alcance de tais desideratos, está sim imune à regra de terceirização, porque, consoante explicita a própria lei atrás citada, está a desenvolver atividade-fim de telecomunicação, devendo sua contratação ser assumida de forma direta pela empresa de telefonia, sendo espúria a contratação indireta. Logicamente que, no âmbito de tais atividades, encontra-se o trabalho inarredável e imprescindível dos cabistas e dos instaladores e reparadores de linhas e aparelhos, sem cujo concurso o núcleo da atividade-fim das empresas de telecomunicações não se concretizaria. Já os atendentes do sistema *call center*, como analisado acima, podem ora inserir-se em atividade-meio ou em atividade-fim, dependendo da natureza do trabalho que desenvolvem. O compromisso do aplicador do direito ao aplicar a lei controvertida deve ser sempre no sentido de alcançar o seu exato escopo social. Ou seja, como está enfaticamente previsto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Basta esse grão de sal.

telecommunications and electric energy enterprises and its specific aim is to dissociate the human work required to perform its final and means activities, reporting the necessity to enforce social protection to the worker when his energy is required to achieve the final aim of the economic activities of such enterprises. As a result, it was verified that the constitutional rules which guarantee the judicial principles regarding free enterprise and the capitalist regime of exploitation of the economic market, as they are as well restrained by constitutional principles of equal standards which pursue the dignity of the human being and the improvement of the conditions of work, they actually do not allow that the workers come to be dislodged of the special protection assured by labor laws, no matter which economic activity is pursued by the employers.

Keywords: Labor Law. Outsourcing. Telecommunications and Electric Energy Enterprises. Principle of dignity.