

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

Júlio Bernardo do Carmo*

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 nº 10.132-Paraná, onde 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 nº 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).

E assim é efetivamente, porque em havendo indiscrepante relação de sinonímia entre os termos empregados na legislação controvertida (Lei nº 9.372/97), ou seja, se *inerente* guarda efetiva relação de sinonímia com *acessoriedade* e *complementariedade*, 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 art. 94, inciso II, da Lei nº 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.

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

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 porque o art. 94, inciso II, da Lei nº 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 art. 60 da lei contestada.

Logicamente, não compete ao Tribunal Pleno dos tribunais trabalhistas antecipar-se ao exame meritório da Medida Cautelar nº 10.132-MC-PR, que entendeu relevante a arguição de suposto maltrato ao teor da Súmula Vinculante nº 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, isto 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 esta 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 nº 331 do TST foi editada antes da Lei nº 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 nº 331 do TST anterior à vigência da Lei nº 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 nº 331 do TST, tão vergastada pelas empresas de telefonia, diante da intencional potestade que se quis imprimir à fria letra do art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97.

Em defesa da Súmula nº 331 do TST, pode-se dizer que a Lei nº 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 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 331/TST, ao enumerar determinadas atividades-meio, como e.g., a contratação de serviço de vigilância e de conservação e limpeza (Lei nº 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, coparticipe 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 nº 331 do TST, há segmento doutrinário obtemperando que o art. 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 desta 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 nº 200/67, a Lei nº 5.645/70 e a Lei nº 9962/00, sendo que enfoque especial teve a Lei nº 5.645/70, já que no § 3º de seu art. 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, nos termos do art. 1º do DL nº 200/67”.

Como essa descentralização era objetivada no âmbito do regime de empreitada e subempreitada, a doutrina em apreço pondera que, por força do art. 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 nº 331 do TST estriba-se em sua completa desnecessidade, já que o art. 455 da CLT, permitindo ação contra o empregador principal, evitou discussão estéril e desnecessária para saber quem, na realidade, era o empregador, já que a tônica da responsabilização pelo trabalho prestado recaí sobre aqueles que dele se beneficiaram.

A doutrina marginada assevera que esta 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 Silva. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. Ed. RTM).

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

Esta 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 delas 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 esta 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.

DOCTRINA

Parte da doutrina enfatiza, ainda em detrimento da Súmula nº 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 obtempera 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 nº 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 nº 331 do TST.

A mim me parece que o posicionamento adotado pela Súmula nº 331 do TST, inciso 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 descurar da responsabilidade subsidiária daquela empresa que efetivamente se beneficia do trabalho intermediado.

Inexiste no item I da Súmula nº 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 nº 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 este 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 da Súmula nº 331, item I, 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 (art. 468 da CLT).

A doutrina crítica e descrente da eficiência jurídica e prática da Súmula nº 331 do TST ainda faz outros questionamentos.

Diz ela: se a interposição se faz por empresa especializada, está-se dentro dos moldes da Lei nº 6.019/74 e o contrato de trabalho se formará 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 se constituirá 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 nº 331/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 nº 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 nº 6.019/74, seja para atividade-fim ou atividade-meio, a situação do trabalhador terceirizado não é tão prejudicial assim, porque a própria Lei nº 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 este 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 nº 331 do TST: quando a intermediação de mão de obra é feita nos moldes da Lei nº 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 nº 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 esta 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 art. 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 nº 331 do TST faz referência à Lei nº 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 estas 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 nº 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 esta necessidade da empresa tomadora é tipicamente sazonal, logo, precária e transitória, porque limitada no tempo.

Seu prazo, conforme comando peremptório da Lei nº 6.019/74, não pode ultrapassar 90 (noventa) dias.

Se este 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* (art. 9º da CLT).

A generalização irrestrita da terceirização, fora do âmbito específico da Lei nº 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 regulamentada 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 alijado 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 presente a pessoalidade e a subordinação direta às ordens e diretrizes da empresa beneficiária da prestação de serviços.

Ou seja, feita abstração da Lei nº 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 regulamente 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 nº 1.877/80), a Espanha (DL de 1952 e Decreto nº 3.677/70) e a Itália (Leis ns. 264/1949 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 nº 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 nº 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 nº 264/49). A Lei nº 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 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 desfrutem 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

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 arts. 9º, 2º, 3º da CLT e art. 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 nº 331/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 isto, 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 este 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 nº 331 do TST intensificou realmente a proteção social do trabalhador quando lançado em 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 esta 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

restritiva da contratação por via indireta. O art. 27 do Decreto-Lei nº 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 neste sentido. Todavia, a Convenção nº 34, de 1933, e a Convenção nº 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 nº 88, de 1948, e da Convenção nº 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).

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 art. 94, item II, da Lei nº 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 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 adrede 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 alijada 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 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 arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, e o que é pior, a própria soberania jurisdicional insculpida no art. 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 esta potestade constitucional com fincas na dicção sinuosa do art. 94, inciso II, da Lei nº 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 (art. 94, II, da Lei nº 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 revestida da seguinte redação:

“Terceirização em atividade-fim. Empresas de telecomunicações. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 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

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 deste contexto interpretativo evita que o Direito do Trabalho seja despedido de seus princípios basilares, quando em jogo interesses tanto do trabalhador como dos

funcionamento das empresas, sob pena de, criando-se regime de exceção, negar-se vigência aos arts. 2º, 3º e 9º da CLT e ao art. 114 da Constituição da República.”

São estas as considerações que julgo relevantes para o fiel exame da tormentosa questão da terceirização em atividade-fim das empresas de telecomunicações, especialmente em face da Reclamação nº 10.132-PARANÁ, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal.

empreendedores econômicos, a par de não estorvar a plenitude do exercício da soberania da jurisdição trabalhista, como prevista no art. 114 da Constituição Federal. Exemplo típico desta dissociação pode ser feita 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 *marchandising*, os clientes da empresa, para despertar maior cobiça para os seus produtos, tal atividade é plenamente terceirizável. Se o *call center* apresenta-se, todavia, dissociado desta política de *marchandising* e objetiva apenas concretizar serviços típicos inerentes (imanescentes) 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 nº 9.472/97, em seu art. 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 obívio 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 § 1º do art. 69 da Lei nº 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 vislumbrar-se casos típicos de intermediação espúria de mão de obra, cujo escopo é malferir o art. 9º da CLT, obstando a aplicação dos preceitos consolidados tutelares da relação de emprego. É dentro desta bitola estreita que deve ser interpretado o art. 60, § 1º, da Lei nº 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 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 art. 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 este grão de sal.