



UNIVERSIDADE
CANDIDO
MENDES
DIPLOMA DE VALOR DESDE 1902



MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**TERCEIRIZAÇÃO, ATIVIDADE-FIM E VÍNCULO DE EMPREGO:
um estudo de caso da jurisprudência do Tribunal Superior do
Trabalho – TST.**

**Brasília
2013**

MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**TERCEIRIZAÇÃO, ATIVIDADE-FIM E VÍNCULO DE EMPREGO:
um estudo de caso da jurisprudência do Tribunal Superior do
Trabalho – TST.**

Trabalho de conclusão de Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, promovido pela ATAME, em parceria com a Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ, como exigência curricular para obtenção do grau de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob orientação do Professor Dr. JOÃO CARLOS MEDEIROS DE ARAGÃO.

**Brasília
2013**

MOISÉS NEPOMUCENO CARVALHO

**TERCEIRIZAÇÃO, ATIVIDADE-FIM E VÍNCULO DE EMPREGO:
um estudo de caso da jurisprudência do Tribunal Superior do
Trabalho – TST.**

**Esta monografia foi julgada e aprovada para obtenção do título de Especialista
em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**

Brasília, 18 de outubro de 2013.

Prof. Dr. João Carlos Medeiros de Aragão
Orientador

O Direito do Trabalho, como todo ramo jurídico, não deve ser estático nem ser congelado. O Direito do Trabalho já está em estreito contato com a vida real e, por conseguinte, é particularmente sensível às exigências do mundo dos fatos.

Américo Plá Rodriguez

R E S U M O

O presente estudo tem o propósito de expor alguns temas centrais do direito do trabalho contemporâneo, especialmente a partir de um olhar crítico sobre as modificações acentuadas que hoje se operam em nossa realidade social. Em uma dimensão mais ampla, examinam-se conceitos, procedimentos e paradoxos da relação de emprego contemporânea, no que tange à terceirização da mão de obra, para subsidiar, a partir desse exame, uma discussão mais específica, relacionada a uma nova configuração na prática de aplicação e interpretação do direito trabalhista no Brasil. Serão duas as vertentes principais: a primeira tem um viés focado em premissas conceituais e procedimentais, já a segunda baseia-se numa perspectiva de aplicação dessas premissas na prática jurídica, mais especificamente no que diz respeito às decisões de nossa Corte Superior Trabalhista. O objetivo é trazer ao debate a complexidade das relações trabalhistas, os desafios e as dificuldades no processo de aplicação do direito e, especialmente, os dilemas que hoje se operam em um cenário de altas transformações na prática laboral brasileira, com o surgimento de novas morfologias de trabalho, como é o caso da terceirização trabalhista.

Palavras-chave: direito do trabalho; terceirização; vínculo de emprego.

A B S T R A C T

The present study is aimed at exposing some key issues on contemporary labour law from a critical viewpoint on marked modifications taking place in society nowadays. In a larger dimension, the concepts, procedures and paradoxes of contemporary employment relationship regarding manpower outsourcing are examined to support a more specific discussion related to the recent legal interpretation and application of labour law in Brazil. The main strands of this discussion are two-fold: the first one is focused on conceptual and procedural premises and the second one is based on a perspective of use of these premises on legal practice, more specifically concerning decisions of Brazilian Superior Labour Court. It is expected a debate about the complexity of labour relations and the difficulties faced in the application of law, and particularly, about the dilemmas that presently exist in a scenario marked by changes in the Brazilian working practices. These changes are due to the emerging of new labour morphologies such as the labour outsourcing.

Keywords: labour law; outsourcing; labour agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	11
1.1 Conceito de terceirização e sua natureza jurídica.....	11
1.2 A terceirização como política empresarial associada ao modelo de produção capitalista.....	15
1.3 Direitos específicos: a CLT e as normas extravagantes.....	18
1.4 A Constituição Federal de 1988: direitos fundamentais sociais e cidadania.....	21
2 TRABALHO TERCEIRIZADO E DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	26
2.1 Requisitos para configuração do trabalho terceirizado: entre a legalidade e a ilegalidade.....	26
2.2 Construção jurisprudencial do conceito e do alcance da terceirização: a análise de um caso emblemático no TST.....	30
3 TRABALHADORES TERCEIRIZADOS E ADEQUAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO.....	43
3.1 Critérios para definição da relação empregatícia a partir da ótica protetiva constitucional e seus reflexos na legislação trabalhista.....	43
3.2 Identificação da modalidade de subordinação da terceirização e a responsabilidade das empresas tomadoras.....	52
3.3 Reconhecimento do vínculo empregatício: um caminho civilizatório?.....	59

CONCLUSÃO..... 67

REFERÊNCIAS..... 69

INTRODUÇÃO

Procura-se com este estudo analisar alguns aspectos envolvidos na terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicação, nesse caso específico as atividades de *call center*, indagando-se se essa forma de contratação tem validade jurídica, à luz dos princípios protetivos do trabalho, subsidiado pelo entendimento da Corte Superior Trabalhista por meio de um julgado paradigmático.

A discussão da terceirização trabalhista e a incidência da Súmula nº 331 do TST, que regula judicialmente essa prática, não é nova, com vários julgados e precedentes pelos quais se reconhece a ilicitude desse procedimento quando se tratar de atividade inerente à área fim de exploração econômica, declarando-se o vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, por representar fraude na relação de trabalho.

A discussão, assim, se mostra como uma das mais importantes destes últimos tempos, pois o que se discute são os limites dessa prática empresarial em atividades cada vez mais frequentes e, também, controvertidas, pois relacionadas com a própria atividade empresarial, ou seja, o que se afigura terceirização ilícita para determinado segmento econômico, pode não o ser para outro, como, aliás, demonstrar-se-á no desenvolvimento deste estudo.

Percebe-se que, do ponto de vista econômico e estrutural, as relações de produção capitalistas são, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais como nas relações de trabalho ora sob análise, a terceirização, contudo, somente o Direito pode autorizar modificações substanciais na natureza, no conteúdo e, principalmente, nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços, rompendo com o padrão celetista e fazendo emergir novas modalidades de contratação.

Assim, repise-se, é apenas o Direito que, em situações excepcionais e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico e juslaboral, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego clássica, a qual, diga-se de passagem, é a que melhor protege o trabalhador, ao reunir e afirmar em sua configuração o arcabouço protetivo laboral.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos, os quais se subdividem em títulos. No primeiro capítulo contextualiza-se a terceirização, identificando seu conceito e natureza jurídica, seu viés de política empresarial e de que forma os diplomas normativos a determinam e reconhecem, finaliza-se com a sua adequação ao texto constitucional.

No segundo capítulo se estabelece a complexa missão de definir a atividade empresarial, como forma de subsidiar a adequação da prática terceirizante com os parâmetros legais de regulação, fazendo-o por meio de um julgado paradigmático do Tribunal Superior do Trabalho – TST sobre o tema, o qual retrata o atual entendimento dessa Corte sobre o que é atividade-fim para efeitos de licitude da terceirização.

Em derradeiro capítulo, estabelece-se o debate acerca da adequação do vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados, traçando-se os critérios para definição da relação empregatícia a partir da ótica protetiva constitucional e seus reflexos na legislação trabalhista. Em um segundo momento, procura-se identificar a modalidade de subordinação da terceirização, um dos elementos fático-jurídicos mais importantes nessa modalidade de contratação, pois atrai a responsabilidade das empresas tomadoras. Por fim, instaura-se uma abordagem de um caminho civilizatório como marco para a prática terceirizante, tendo por suporte os fundamentos de proteção constitucional ao trabalho e diplomas internacionais que promovem o trabalho como instrumento apto à consecução da dignidade humana, da cidadania e da justiça social, pelo que se objetiva a sua não precarização.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.

Pretende-se com este capítulo estudar o fenômeno da terceirização e, aprofundando a análise, demonstrar sua construção extrajurídica, de viés administrativista e de política empresarial, e sua relação com o Direito do Trabalho ou, até mesmo, sua submissão aos princípios que orientam a rede protetiva jus laboral.

Também se fará um esboço da evolução legislativa acerca dessa prática, objetivando uma melhor compreensão dos direitos e garantias dados aos trabalhadores que se enquadram como terceirizados.

Por fim, far-se-á menção aos direitos sociais, os quais ao promoverem a cidadania, tornam-se consectários da dignidade humana e do valor social do trabalho na busca pelo ideal de plena realização do ser humano.

1.1 Conceito de terceirização e sua natureza jurídica.

Para fins meramente didáticos e como forma de introduzir a conceituação do termo que nomina a atividade laboral sob exame, HOUAISS (2009, versão eletrônica) define terceirização como:

forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração.

Destaca também o lexicógrafo que a palavra data de 1991 e que etimologicamente é fruto da junção dos termos *terceirizar* + *-ção*. Como decorrência do neologismo em torno do vocábulo terceiro, a nova palavra foi criada para denominar o fenômeno ora sob análise, em alusão ao setor terciário da economia, composto por serviços em geral, onde se situam as empresas prestadoras de serviços ou terceirizantes, como um *fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente* (DELGADO, 2010, p. 424).

É um conceito que se espalhou pelo mundo enfrentando resistências, principalmente na Europa, e recebendo várias designações como *out-sourcing* nos Estados

Unidos da América; *sous-traitance* ou *extériorisation* em França; *subcontratación* na Espanha; e em Portugal *subcontratação* (CARELLI, 2003, p. 74).

Observa-se, portanto, que é um conceito construído pela Administração de Empresas, fora da cultura do Direito, visando a enfatizar a descentralização empresarial de atividades para um terceiro, estranho à empresa (DELGADO, 2010, p. 424). Mas se existe um terceiro, quem seria o segundo? Esse é um questionamento que aquele conceito não dá resposta, cabe ao Direito, portanto, definir os contornos e possibilidades dessa prática, objetivando o resguardo de direitos.

Na terceirização há uma relação trilateral que envolve o trabalhador, o prestador de serviços - ou empresa terceirizante - e o tomador de serviços, em contraponto à relação bilateral “clássica”, entre empregado e empregador, nos termos dos artigos 2º e 3º Consolidados.

Destaca CASTRO (2000, p. 78) que o termo ora em referência culminou reconhecido para designar os contratos de prestação de serviços entre empresas, acabando por ser assimilado no meio jurídico, como forma de moldar essa moderna técnica administrativa aos princípios protetores do Direito do Trabalho, a fim de não lesar direitos ou cometer injustiças.

Aliás, mencionado autor a conceitua nos seguintes termos:

O vocábulo ‘terceirização’ é utilizado para designar uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal. (CASTRO, 2000, p. 78)

Ressalte-se que terceirização não deve ser confundida com terciarização, como o faz alguns autores, visto ser este um segmento econômico no qual se destaca aquela, por meio dos trabalhos terceirizados, os quais contam, alguns, com respaldo justrabalhistas, como se terá oportunidade de demonstrar.

Afirma DELGADO (2003, p. 139) que *como não existe um conceito jurídico fixado em lei capaz de definir, tecnicamente, o que seja a terceirização de serviços, fez-se necessário apresentar rol exemplificativo com distintas definições doutrinárias corroboradas sobre o tema, para ao final concluir que:*

Na tentativa de unificar os conceitos apreendidos, pode-se compreender a terceirização dos serviços como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (“empresa cliente”) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividades-meio) para empresas terceirizantes (“empresa fornecedora”), pela utilização de mão de obra terceirizada (“empregado

terceirizado”), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas. (DELGADO, 2003, p. 142)

Já MIRAGLIA (2008, p. 122) entende que a terceirização pode ser definida como:

(...) uma forma de organização empresarial que visa a descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal.

Sérgio Pinto Martins destaca que a terceirização *consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa* (MARTINS, 2009, p. 10), para em seguida pontuar que:

Na verdade, os empresários pretendem, na maioria dos casos, a *diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários*, com a utilização da terceirização, podendo ocasionar desemprego no setor, mas não é essa a causa preponderante do desemprego. Existem notícias de que para cada emprego perdido na empresa há criação de três novos na atividade terceirizada. Proporciona, também, a terceirização a possibilidade de o *funcionário trabalhar por conta própria, passando a realizar o sonho do negócio próprio e de ser patrão*. Incrementa, ainda, a produtividade e a qualidade na produção, originando competitividade no mercado, o que pode baratear os preços dos produtos. (MARTINS, 2009, p. 11) Grifou-se.

O ponto de vista defendido pelo autor comporta algumas objeções, afinal, seu conceito já traz em si as incongruências dessa modalidade de contratação, ainda mais pelo fato de se perquirir seus efeitos quando a terceirização se dá nas atividades-fim da empresa tomadora, pois, ao deixar claro que o empresário persegue a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, vislumbra-se um cenário de violação de direitos sociais do obreiro.

Ademais, ao destacar o sonho do negócio próprio, esquece o autor da realização de uma apurada análise da realidade social, na qual o processo de terceirização se dá amplamente dentre aqueles que não têm qualificação profissional e, mesmo quando ocorre dentre aqueles que a tem, pode-se destacar o fenômeno não menos ruinoso da pejetização, fragmentando a classe trabalhadora e impondo um modelo dissociado do respeito aos ditames constitucionais do valor social do trabalho e das garantias justtrabalhistas àqueles que se submetem ao vínculo empregatício.

Nesse sentido, Robert Castel dá conta de uma precarização nas relações de trabalho já no fim do Antigo Regime, ao destacar:

A vagabundagem aparece então menos como uma condição *sui generis*, do que como *o limite de um processo de desfiliação*, alimentado na origem pela precariedade da relação com o trabalho e pela fragilidade das redes de sociabilidade

que são o lote comum de uma parte importante do povo miúdo do campo e da cidade. (CASTEL, 1998, p. 128)

A História é cíclica!

Particularmente, entende-se que o processo de terceirização pode ser definido como a transferência de parte do processo produtivo da empresa principal para outra empresa, que execute atividades com independência administrativa e que opere com capital próprio, objetivando uma reestruturação produtiva e o consequente aumento do lucro.

Já em relação à natureza jurídica dessa modalidade de contratação, pode-se afirmar que ela é de ordem contratualista, ou como esclarece Rubens Ferreira de Castro:

A natureza jurídica da terceirização é contratual, consistindo no acordo de vontades celebrado entre duas empresas, de um lado a contratante, denominada *tomadora*, e de outro lado a contratada, denominada *prestadora*, pelo qual uma prestará serviços especializados de forma continuada à outra, em caráter de parceria. (CASTRO, 2000, p. 83)

Para MARTINS (2009, p. 12) é extremamente difícil a identificação da natureza jurídica dessa modalidade de contratação, pois há a combinação de elementos de vários contratos distintos, mas, mesmo assim, pode-se perceber, pela assertiva final do autor, que ela é de viés contratual.

Adotar-se-á, ante a perspectiva que se pretende com este estudo, o entendimento esposado por DELGADO (2003, p. 140), em que na terceirização há uma relação trilateral de trabalho, pela qual entre a empresa terceirizante e o obreiro terceirizado há uma relação jurídica de trabalho, e entre este e a empresa tomadora uma relação econômica de trabalho.

Oportuna a lição de Márcio Túlio Viana, citado por DELGADO (2003, p. 140), quando afirma que “*ao invés de uma única relação jurídica, envolvendo as partes, temos agora três sujeitos e dois contratos: o interempresário e o de trabalho. O primeiro, entre a empresa fornecedora e a cliente. O segundo, entre a fornecedora e o trabalhador*”.

Ante o exposto, confirma-se a premissa de que a terceirização não é um instituto de Direito, sendo assim, fenômeno jurídico também não o será; é ela, portanto, uma criação de outros ramos do conhecimento, principalmente da Economia e da Administração de Empresas, em uma relação de viés contratual com uma manifestação trilateral de vontades, sendo certo que o desenvolvimento deste estudo se dará fortemente embasado nessa concepção.

1.2 A terceirização como política empresarial associada ao modelo de produção capitalista

Pretende-se, inicialmente, um esforço para resumir em algumas linhas os principais modelos de produção experimentados pelas empresas no decorrer da Idade Contemporânea. Antes da 2ª Grande Guerra as fábricas implantaram o modelo taylorista de produção, o qual, fundado por Frederick Taylor, era baseado no controle do tempo e do rendimento do trabalhador, fixando-o em um ponto específico com metas rígidas a serem cumpridas.

O capitalismo então experimentou sua fase mais exuberante após o fim da 2ª Grande Guerra, associado ao paradigma do Estado de Bem Estar Social, preconizando o protecionismo e o intervencionismo. Isso se deu em razão da necessidade de construção dos países destruídos pela guerra e da massa de necessitados que se colocavam como miseráveis, desempregados e desvalidos.

Desponta, assim, o modelo fordista, acentuando os métodos de Taylor sobre a divisão do trabalho e integrando todas as fases do processo de produção. Ocorreu uma verticalização das empresas, tornando-as pesadas, massivas e onerosas, não por acaso esse modelo foi concebido por Henry Ford em sua empresa automobilística em Detroit, Estados Unidos da América, cuja produção marcou o século XX.

Desnecessário abordar as consequências desses modelos para o trabalhador, mesmo porque se tentarmos fazê-lo, certamente ter-se-ia outro tema para uma monografia, mas é certo que em ambos restou patente a alienação e a exploração da classe obreira, conforme dá conta o filme *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin.

A terceirização, portanto, veio associada ao modelo de produção toyotista, iniciada na década de 70 e amplamente disseminada na cultura empresarial brasileira nos anos 1990, associada a programas de qualidade e produtividade, podendo ser considerada, portanto, como o elemento nuclear desse modelo de produção.

Justificada pela iniciativa empresarial como forma de impulsionar a produção e atender um mercado cada vez mais globalizado é vista como uma estratégia empresarial com foco na competitividade do mercado e como forma de horizontalizar o processo produtivo.

Oportuna a lição de MIRAGLIA (2008, p. 66) ao destacar que:

A horizontalização também recebe o nome de *core business* ou *downsizing*, significando a concentração da empresa em sua 'atividade-fim'. À sua volta, gravitam pequenas empresas que lhes fornecem meios para a realização das atividades acessórias. Daí a formação de uma rede integrada de empresas prestando serviços às outras.

Essa é a perspectiva de ascensão do estado neoliberal, a qual, evidentemente, enfrentou resistência entre as organizações sindicais, ante os impactos por ela causados na estrutura empregatícia e mesmo na própria estrutura dos sindicatos, pulverizando-os, serve de exemplo a situação dos bancários, cujos entes sindicais, fragilizados pela perda gradual de trabalhadores e de sua própria identidade¹, viram aniquiladas sua legitimidade e sua força representativa nas sociedades pós-modernas.

Não é outro, aliás, o posicionamento defendido por DELGADO (2003, pp. 99 e 100) ao asseverar que:

A queda de sindicalização dos empregados agravou-se, inclusive, por causa do surgimento de novos mecanismos de relações interempresariais (como a prática da terceirização, que objetiva o ataque frontal aos sindicatos, pulverizando as categorias), os quais contribuem, fatalmente, para o processo de declínio da consciência de classe dos trabalhadores e decréscimo do número de sindicalizados.

Corroborar com esse entendimento o posicionamento de MIRAGLIA (2008, p. 70) ao acentuar que:

O Direito do Trabalho deve refletir a realidade social de determinada época, pois só assim é capaz de ser instrumento efetivo de justiça social. Desse modo, o ramo justaltrabalhista deve se descentralizar para abranger o maior número possível de trabalhadores excluídos, incorporando as novas técnicas e formas de contratação de mão de obra, a fim de estender-lhes seu manto protetivo.

Já Sérgio Pinto Martins, cuja obra tem um capítulo que aborda justamente a terceirização e a administração de empresas, dá conta de que a necessidade de especialização e de aperfeiçoamento das atividades produtivas é a gênese dessa modalidade no âmbito empresarial, para tanto destaca que:

Vem ser a terceirização uma opção, nas mãos dos empresários, para melhorar o desempenho de sua empresa, agilizando-a. Esta tem de fazer apenas aquilo que é especialidade sua, e não outras atividades. Antigamente a empresa fazia de tudo no processo produtivo, tendo inúmeros setores ou departamentos, ou o processo produtivo ligado a empresas pertencentes ao próprio grupo econômico, mediante um controle unificado da matriz ou da *holding*. Assim, verificou-se a necessidade de delegar tarefas para terceiros, até como forma de gerenciamento da própria empresa,

¹ Nesse sentido, pertinente a leitura da obra *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo* de **Richard Sennett**; tradução Marcos Santarrita, 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2009, 204 pp., na qual o autor faz uma profunda análise sociológica das transformações do mundo do trabalho, argumentando que o ambiente de trabalho moderno não permite que os trabalhadores desenvolvam experiências ou construam uma narrativa coerente para suas vidas, pois dão ênfase aos trabalhos de curto prazo, em execução de projetos e na própria flexibilidade do labor, impedindo, assim, a formação do caráter laboral, pois dependente de virtudes estáveis como a lealdade, a confiança, o comprometimento e a ajuda mútua, as quais estão desaparecendo no novo capitalismo e no modelo de produção que o sustenta.

estabelecendo um sistema de parceria. Nas empresas muito grandes, constatou-se que certas atividades por elas desenvolvidas não tinham muita utilidade. Daí a necessidade de se descartarem das referidas atividades, para que possam fazer apenas aquilo em que se especializaram, não ficando com atividades intermediárias, que não são ligadas a sua atividade principal, e que não lhe dão efetivamente lucro.

Percebe-se uma forte vertente administrativista na colocação do autor, mas dissociado dos princípios protetivos do direito do trabalho, condizentes com a dignidade da pessoa humana e com os valores sociais do trabalho, sendo que o autor ainda faz um esboço das vantagens e desvantagens dessa modalidade de contratação; as áreas ditas como terceirizáveis; e a forma de se implementar a terceirização, inclusive chamando a atenção do empresariado para os cuidados em relação ao plano estratégico.

O autor enxerga o trabalhador apenas como numerário, esquecendo-se do lado perverso do neoliberalismo, nova faceta do Estado Liberal, e de sua principal ferramenta de efetivação, a terceirização, onde o *slogan* político-empresarial é a desregulamentação em prol do Estado Mínimo e do novo regime de acumulação flexível do capital.

Veja o que nos fala CARELLI (2003, p. 51):

A característica principal do novo regime de acumulação, presente em todos os seus aspectos, tanto na parte da produção industrial, gestão comercial ou organização do trabalho (...), é a troca da rigidez pela solução mágica da flexibilidade. Com essa palavra definem-se todos os sonhos do atual capitalismo, que deseja a qualquer custo a flexibilidade de tudo aquilo que o impede ou atrasa a sua obtenção de lucros. Assim, como reação à crise do sistema de acumulação fordista, procurou o capital um processo de reestruturação que perpassava por ajustes socioeconômicos e transformações na produção industrial, com as inovações tecnológicas e novas formas de organização do trabalho, além da expansão dos mercados pelo mundo agora globalizado.

Ou seja, o discurso de justificação é a flexibilização, leia-se desregulamentação, das relações laborais e dos direitos trabalhistas em prol da manutenção do sistema de exploração de um número cada vez mais crescente de *supranumerários*, na expressão cunhada por Robert Castel.

Parece-nos falaciosa a argumentação de competição internacional e de incentivo ao emprego para justificar a tese da flexibilização do Direito do Trabalho, a qual, inclusive, conta a cada dia com mais adeptos; como consignado, flexibilização é aceitável, mas desregulamentação é inadmissível na atual conjuntura, onde o capital não emprega nem mesmo um só trabalhador se não for de sua extrema necessidade e imprescindibilidade (CARELLI, 2003, p. 60).

Por isso que DELGADO (2003, pp. 109 e 110) observa que:

Não obstante as peculiaridades próprias que podem ser percebidas nas ideias de desregulamentação e de flexibilização trabalhista, infere-se que ambas foram elaboradas em sentido inverso à construção do Direito do Trabalho, privilegiando, de certo modo, a ótica dos interesses empresariais, ao passo que o mencionado ramo jurídico foi construído privilegiando a ótica dos interesses do empregado.

A partir de dados oficiais divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, esclarece a autora, ainda, que a terceirização é um mecanismo hábil para o processo de concentração de renda em nosso país (DELGADO, 2003, p. 115).

Parece certo que o aprofundamento e a generalização dessa modalidade de contratação nos últimos tempos a tornaram uma importante ferramenta na desregulamentação do mercado justabalhista, não obstante o fato de que a reiterada omissão normativa do Estado em regulamentar a terceirização trabalhista é também uma válida estratégia nesse sentido, como se pretende demonstrar no próximo título.

1.3 Direitos específicos: a CLT e as normas extravagantes

Vale ratificar que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, regulando expressamente a relação de emprego clássica, não abre espaço para a terceirização, salvo duas exceções que serão abordadas mais à frente, dispondo, em seus arts. 2º e 3º, quem são os sujeitos da relação de emprego.

Nota-se a preocupação no texto Consolidado com a possível desnaturação dessa relação ao estabelecer em seu art. 9º que *serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*, inibindo condutas tendentes a afastar as prescrições cogentes daqueles artigos, ou como observa CARELLI (2003, p. 116):

(...) a Legislação Trabalhista prevê que, se a terceirização for utilizada como intermediação de mão de obra, com objetivo de impedir a formação de vínculo da tomadora de serviços com o trabalhador subcontratado não eventual e subordinado, será a mesma tida como nula, tomando-se o vínculo diretamente com o beneficiado do trabalho.

Nesse panorama, tem-se que foi o Tribunal Superior do Trabalho – TST quem, no início da segunda metade da década de 80, interpretou a terceirização de mão de obra, ao editar a Súmula 256 com a seguinte redação:

Súm. 256 – Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

(Disponível

em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 7/7/2013).

Percebe-se no verbete sumular a referência a dois diplomas normativos que, expressamente, abrem a possibilidade dessa prática, aos quais se somam o art. 455 da CLT, que prescreve a empreitada de obra; o Decreto-lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa; a Lei 5.645 de 10 de dezembro de 1970, que estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais; e a Lei 8.949 de 9 de dezembro de 1994, que acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

Daí porque FERRAZ (2006, p. 245) afirmar que:

Excluídas estas hipóteses, não há, na ordem jurídica do país, preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, serviços considerados essenciais à dinâmica empresarial do tomador de serviços, sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

Não obstante, destacam-se também a Lei 7.290 de 19 de dezembro de 1984, que define a atividade do Transportador Rodoviário Autônomo de Bens; e a Lei 4.886 de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos.

Nessa esteira expositiva, impende destacar que a prática em questão também é vedada pelas normas de Direito Internacional do Trabalho, conforme se extrai da Convenção n.º 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage*, que se caracteriza como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas.

Em razão da crescente disseminação dessa nova forma de relação de trabalho e do ajuizamento de grande quantidade de ações individuais dela decorrentes o verbete em questão, com o passar dos anos e em virtude da ampliação dos temas trazidos ao TST pelos recursos a ele dirigidos, mostrou-se muito restritivo, não admitindo a terceirização a não ser nas hipóteses previstas em lei.

Ou seja, em regra, qualquer atividade de terceirização que não se enquadrasse naquelas exceções mencionadas implicaria, automaticamente, o estabelecimento de uma relação de emprego direta entre o tomador dos serviços e aquele empregado que havia sido

trazido ao seu seio por interposta pessoa, operando-se, de forma plena, a aplicação dos princípios protetivos do direito do trabalho.

Exarou o TST a Súmula 331, com o conseqüente cancelamento da Súmula 256, cuja redação atual se mostra como uma evolução necessária do entendimento a respeito dos limites da terceirização, ante a falta de legislação específica mais detalhada a respeito², cujo teor transcreve-se:

Súm. 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 20/7/2013).

Oportuna a lição de MIRAGLIA (2008, p. 244) ao asseverar que:

Pela breve exposição da evolução normativa sobre a terceirização trabalhista no Brasil, fica fácil e claro concluir que as regulamentações são esparsas e ineficientes diante do cenário atual brasileiro, pois não tratam o fenômeno de maneira global (como seria apropriado, uma vez ter se tornado uma prática globalizada), e sim de um modo simplista, que exclui a maior parte das modalidades terceirizantes presentes hodiernamente.

Para logo em seguida concluir a autora que:

Curiosamente, mas não por acaso, e principalmente no setor privado, a terceirização não recebeu, até hoje, o imprescindível respaldo jurídico para sua utilização. Isso

² Tramita na Câmara dos Deputados o PL 4.330/2004 de autoria do deputado federal Sandro Mabel que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes, o qual se encontra pendente de apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania dessa Casa Legislativa. Para mais detalhes acesse <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>.

porque não é interessante para o capital a regulamentação da prática pautada nos princípios justralhistas. A carência de norma regulamentadora favorece a implementação indiscriminada da terceirização nas empresas com o consequente aviltamento do valor trabalho e rebaixamento do “patamar civilizatório mínimo” assegurado pelo Direito do Trabalho e pela própria Carta Magna de 1988.

Vale mencionar que a Súmula nº 331 do TST, quando aprovada, reconheceu que o fenômeno da terceirização havia se ampliado no campo dos fatos e devia ser controlado jurisprudencialmente com outros limites mais amplos, consagrando contrapesos essenciais para a admissão da extensão da terceirização a outros campos de atividade econômica empresarial e assegurando a observância aos princípios protetivos do Direito do Trabalho, a fim de coibir sua utilização como instrumento hábil à mitigação dos direitos trabalhistas.

1.4 A Constituição Federal de 1988: direitos fundamentais sociais e cidadania

O interesse neste ponto resulta da previsão constitucional de direitos fundamentais do trabalho, os quais vinculam os empregadores ou tomadores do trabalho alheio, expressos no art. 7º e seguintes de nossa Carta Política de 1988.

Far-se-á, assim, um breve exame dessa vinculação e seus desdobramentos para a dogmática constitucional, sendo bastante oportuna, de pronto, a lição de LEDUR (2011, p. 171) ao destacar o seguinte:

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem sido objeto de vários estudos doutrinários no Brasil. O que se verifica do ponto de vista normativo é que a Constituição de 1988, ao incorporar extenso rol de direitos fundamentais do trabalho em seu catálogo, responde, no plano normativo, à evolução da doutrina e da jurisprudência constitucional mais moderna, a qual percebeu uma inflexão quanto ao possível violador dos direitos fundamentais – o Estado –, identificando em corporações e forças econômicas e sociais situadas na sociedade poder capaz de comprometer o exercício de direitos fundamentais nas relações de trabalho e de emprego. A vinculação direta, imediata, dos empregadores ou tomadores de trabalho, portanto, não constitui exceção, mas sim a regra em nossa ordem constitucional porque em geral os direitos assegurados nos contratos de trabalho correspondem àqueles que a Constituição arrola nos arts. 7º a 11.

Tem-se, portanto, que o significado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares deve ser compreendido, em termos de política trabalhista, como instrumento hábil a garantir a liberdade e igualdade dos indivíduos frente às

organizações econômicas e corporativas que ocupem posições dominantes na sociedade contemporânea³.

Nesse sentido SILVA (2011, p. 282) afirma que:

Assim como o constitucionalismo se afirmou em face do Estado absolutista, o constitucionalismo garantista deve se afirmar em face do absolutismo do mercado. Sendo as coerções econômicas e as manifestações de poder do empregador os mecanismos que conduzem a potenciais lesões aos direitos fundamentais, o desenvolvimento do paradigma garantista no âmbito do direito do trabalho buscará conter a privatização dos espaços e das normas de trabalho.

As garantias postas em defesa do trabalho, e acima de tudo do trabalho digno, favorecem a formação de um arcabouço garantista em prol do reconhecimento de que o trabalho ainda exerce grande influência nas relações sociais dos trabalhadores, tanto que Robert Castel, em obra já referenciada, discorre quase que inteiramente sobre as relações de trabalho através dos tempos até os dias atuais, firmando-se mais detidamente no cenário francês, mas perfeitamente aplicável ao panorama brasileiro, haja vista a globalização e disseminação de um modo de produção capitalista que alcança todos os países.

Indo um pouco mais além, o autor esboça as facetas do processo de exclusão por meio do trabalho, indicando o típico caso do desemprego, cujas políticas de inserções tentariam garantir renda mínima às pessoas sem possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, são os denominados “inempregáveis” ou “supranumerários”.

Contudo, tais práticas, dentre elas a terceirização, não se pautam por uma atuação voltada ao reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalho e de seu papel como viabilizador da cidadania, pois despidas de um mínimo de proteção e garantia a um trabalho digno, fazendo com que, ao não se assegurar minimamente o direito ao trabalho, com respeito à integridade física e moral do trabalhador, à contraprestação pecuniária mínima, *e. g.*, possa-se vislumbrar um cenário no qual não haverá dignidade humana que sobreviva, enquanto uma intrínseca condição humana (DELGADO, 2012, p. 6).

No caso específico, a terceirização, qualquer que seja a situação imposta no trabalho que determine a segregação ou discriminação de determinada categoria, no caso os

³ No Brasil, enquanto os valores sociais do trabalho são considerados fundamento do estado democrático de direito (art. 1º, inciso IV, da CF/88) ao lado da “livre iniciativa”, os objetivos da República não poderiam ser mais eloquentes: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF/88, b) garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da CF/88), e c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, da CF/88). Na Itália, *e.g.* determina-se à República que se volte à remoção dos obstáculos da ordem econômica e social que, ao limitar de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política e econômica (art. 3º, da CI), e à promoção de condições que assegurem o efetivo direito de todos os cidadãos ao trabalho (art. 4º, da CI). Dessa forma, os Títulos I e II da Constituição Federal de 1988 guardam certa sintonia com aspectos da Constituição italiana, pelo que, constitucionalmente, a ordem econômica está subordinada ao primado do trabalho e a República deve estar fundada na ordem social.

terceirizados, demonstra a existência de processo de exclusão, ocasionando a quebra do liame social entre os grupos envolvidos, a saber, os trabalhadores efetivos e os terceirizados, fragilizando os laços de solidariedade, indispensáveis que são para a coesão social (CARELLI, 2003, pp. 204 e 205).

Não é outro o posicionamento assumido por SILVA (2011, p. 282), quando assevera que:

O reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais denota uma expansão da dimensão pública das relações laborais. No caso brasileiro, mais que um deslocamento topográfico, a subtração da regulação do trabalho do Capítulo da ordem econômica, promovida pelo constituinte de 1988, e seu deslocamento para o Título II significaria o reconhecimento de que o local de trabalho, no que concerne ao exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, é um espaço público por excelência. A vitalidade de uma concepção mais ampliada de direitos fundamentais pode auxiliar na constituição de sujeitos autônomos e menos submetidos aos constrangimentos do mercado e ao poder empregatício. Em uma sociedade em que o controle do trabalhador se projeta também para o espaço público, em que os limites fáticos ao pleno desenvolvimento da personalidade humana já não estão mais definidos apenas pelos muros físicos das fábricas e da vigilância no local de trabalho, é axial que os mecanismos normativos de emancipação se espriam para outros territórios.

Tanto é assim que LUDER (2011, p. 173), exemplificativamente, ensina que:

O direito de ação “quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho” (art. 7º, XXIX, da CF) consiste em garantia especial que a Constituição atribuiu ao direito de ação em geral assegurado no inciso XXXV do art. 5º. Isso só reforça a importância que o constituinte reservou aos créditos dos trabalhadores, devendo, com maior razão, ser estrita a interpretação a ser conferida à restrição ao direito fundamental em apreço fixada nesse mesmo inciso XXIX mediante a regra da prescrição. Sem excetuar outras garantias previstas no texto constitucional, as ações coletivas, como a substituição processual do art. 8º, III, e bem assim o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção previstos no art. 5º, LXX e LXXI, todos da Constituição, contemplam conjunto de normas voltadas à proteção efetiva dos direitos fundamentais do trabalho.

Cumprido salientar, ainda, ser dever primordial do Estado Democrático de Direito zelar pelos seus cidadãos, garantindo-lhes seus direitos fundamentais, pois só assim tais direitos, dentre os quais o trabalho digno, serão resguardados por meio de políticas públicas eficientes, sob pena de ofensa à própria razão de ser da democracia (MIRAGLIA, 2008, pp. 107 e 108).

Nesse sentido, veja o que fala DELGADO (2012, p. 305):

Ora, no contexto de Estado Democrático de Direito a estipulação do direito fundamental ao trabalho digno corresponde a uma conquista do homem, em contraponto às experiências históricas de espoliação das energias humanas com intuítos econômicos.

Em síntese, quando o Estado Democrático de Direito, em consonância com a Constituição Federal de 1988 enuncia o direito ao trabalho está se referindo, necessariamente, embora de modo implícito, ao direito fundamental ao trabalho digno.

Adverte-nos que “*é claro que a interpretação ora articulada exige do intérprete uma tomada de consciência ao provocar o debate sobre o fundamento de proteção ao trabalho previsto pela Constituição Federal de 1988*” (DELGADO, 2012, p. 305).

Para concluir que:

A partir de sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 direciona o intérprete a compreendê-la como a base de unidade das relações de trabalho no Brasil, ao mesmo tempo em que exige dos juslaboralistas que decidam os casos concretos e fundamentem suas decisões a partir da sólida relação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho. Somente assim, o Direito do Trabalho, refletido eticamente, poderá se afirmar como um dos mais sólidos e democráticos instrumentos para a concretização e vivência da dignidade do ser humano. (DELGADO, 2012, p. 305)

Dessa forma, a função de proteção dos direitos fundamentais, sua irradiação ao ordenamento infraconstitucional e a interpretação desse ordenamento conforme àqueles, tornam-se ferramentas hábeis ao resguardo dos direitos fundamentais do trabalho, como forma de inibir situações de precarização do labor humano, restando intactos os princípios cardeais do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho em face do novo sistema de gestão da força de trabalho, determinando, assim, um “controle civilizatório da terceirização”, na fulcral expressão cunhada por Maurício Godinho Delgado, ao pontuar que dentre os aspectos enunciados como viabilizadores dessa estratégia estão:

(...) garantia de isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados originais da empresa tomadora de serviços, responsabilização do tomador de serviços pelos valores trabalhistas oriundos da prática terceirizante e fixação de vínculo sindical entre o empregado terceirizado e o sindicato da categoria de trabalhadores diretamente vinculados à empresa tomadora de serviços, possível solução para o tema da representação e atuação sindicais suscitado pelo fenômeno terceirizante. (DELGADO, 2012, p. 451)

Vale destacar, igualmente, a lição dada por LEDUR (2011, p. 180) ao esclarecer que:

O reconhecimento, por nossa Constituição, de direitos fundamentais sociais em geral e do trabalho em especial, mantém harmonia com essa evolução, pois justamente visam proporcionar liberdade real que os direitos fundamentais clássicos não asseguraram a todos. Nesse contexto, o núcleo do Direito do Trabalho acabou por transitar da legislação infraconstitucional para a Constituição e seu rol de direitos fundamentais do trabalho. Com isso, além do Estado, também os empregadores e tomadores de trabalho ou serviços passaram a estar vinculados a esses direitos fundamentais.

Percebe-se, ante o até aqui exposto, que a prática da terceirização causa sérios gravames aos trabalhadores, dentre os quais se destacam a quebra do sistema protetivo laboral e a precarização do labor humano, contudo, a exclusão se mostra como a pior faceta dessa prática empresarial, pois o estado de exclusão em que permanecem os terceirizados,

discriminados dentro de seu próprio ambiente de trabalho e segregados do grupo social ao qual pertencem, faz com que esses trabalhadores, aos poucos, percam sua identidade profissional e, junto com ela, a noção de pertencimento à sociedade e de titulares do arcabouço de direitos e garantias que lhes permitem o pleno exercício de uma cidadania ativa e pública.

Não é outra a conclusão a que chega OLIVEIRA (2012, p. 8) ao destacar que:

Em qualquer setor, em qualquer atividade, o jeitinho se impõe. O executivo de terno italiano de grife, o apresentador da televisão e a atriz de um musical não são assalariados. São pessoas jurídicas, PJs, unicamente para que empresas paguem menos impostos. Advogados, dentistas e prestadores de serviços oferecem seus préstimos com ou sem recibo, e esse último é mais barato. **Bancários, telefonistas, vendedores e outras tantas categorias viram suas profissões periclitadas: eles são agora atendentes de *call centers*, terceirizados por grandes empresas.** Grifou-se.

Por todos os ângulos, o que se pretende demonstrar com este estudo, em todos os seus sentidos e implicações, inclusive psicológicas e psicopatológicas, são as rápidas e, não poucas vezes, tumultuadas transformações no mundo do trabalho, que se constituem em objeto fundamental de reflexão, seja para os gurus da produtividade, para os acadêmicos, para os patrões, mas, principalmente, para os empregados terceirizados.

Com isso, encerra-se o primeiro capítulo, pelo qual se traçou um panorama sobre a terceirização; passa-se, adiante, à análise da legalidade desse procedimento e à elucidação do que vem a ser a atividade-fim de uma empresa, objetivando esclarecer até que ponto é lícita a adoção dessa prática pelas empresas, tendo-se em conta a natureza de sua atividade econômica.

2. TRABALHO TERCEIRIZADO E DEFINIÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.

Seguindo o estudo, pretende-se abordar neste capítulo como se dão a construção jurídico-interpretativa da terceirização, condizentes com os princípios protetivos do Direito do Trabalho, e a definição jurisprudencial de seus contornos, objetivando traçar, pela interpretação do arcabouço protetivo, os limites dessa prática.

Para tanto, em um primeiro momento aprofundar-se-á a verificação dos requisitos que legitimam a adoção dessa modalidade de contratação, a fim de que se possa identificar quando a prática torna-se ilícita, pois instrumento de burla da legislação trabalhista, e quando está em conformidade com o legal, o justo e o razoável.

Finalizar-se-á o presente capítulo com a exposição e discussão de decisões nas quais o debate acerca da terceirização e sua licitude movimentaram a Corte Superior trabalhista, na tentativa de se estabelecer marcos objetivos para a regulação dessa prática, haja vista a sua não regulamentação em um texto normativo que discipline sua adoção pelas empresas, não obstante a tramitação de Projeto de Lei específico, como mencionado.

2.1 Requisitos para configuração do trabalho terceirizado: entre a legalidade e a ilegalidade.

O debate acerca da legalidade ou ilegalidade da terceirização é tema recorrente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, afinal, o que se está discutindo nessas situações é se a terceirização está sendo utilizada como instrumento de burla da efetiva e regular aplicação da legislação trabalhista e de sua rede protetiva ao caso concreto, delineando-se, assim, sua licitude ou não.

Para apurar tais circunstâncias, faz-se necessário uma análise casuística, pois o desempenho de determinada atividade em uma empresa pode ser considerada típica de sua atividade finalística ou não, de acordo com a natureza de seu ramo de exploração comercial, assim, tem-se que as atividades de *call center* em empresas de telefonia se afiguram como

atividade-fim, como se demonstrará no título seguinte; já seu desempenho em lojas de departamentos ou bancos, por exemplo, não se afigura como inerente à natureza das atividades-fim destas empresas, configurando-se a licitude da terceirização nesses casos e restando intactas as estipulações cogentes do texto consolidado.

Entende-se por terceirização ilícita, portanto, aquela realizada fora das hipóteses expressamente previstas em lei, e desde que atendidos os requisitos insculpidos nesses diplomas normativos, como no caso de trabalho temporário limitado a três meses, de forma que qualquer outra modalidade de contratação que se valha de um intermediário recebendo parte do salário que seria devido integralmente ao trabalhador deve ser rechaçada.

É o que deixa claro MARTINS FILHO (1993, p. 128) ao destacar que:

A distinção que se faz entre terceirização legal e terceirização ilegal refere-se, pois, à distinção entre prestação de serviços e locação permanente de mão de obra. Se, na prestação do serviço, o componente primordial é a mão de obra e não o equipamento (como no caso de mero fornecimento de digitadores), e essa mão de obra é utilizada quase que exclusivamente pela mesma empresa tomadora de serviço, por vários anos, o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviço, mas o fornecimento de mão de obra mais barata.

Não é outro, aliás, o entendimento do TST, o qual, por meio de um de seus colegiados, decidiu pela isonomia salarial de uma digitadora terceirizada com os empregados da Caixa Econômica Federal – CEF, cuja ementa restou consignada nos seguintes termos:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. BANCO ESTATAL. FRAUDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

1. A contratação de interposta pessoa jurídica, por Banco oficial, para disponibilizar mão de obra intrinsecamente vinculada à atividade bancária (digitadora para trabalhar em agência bancária), em fraude à lei, segundo o Regional, sujeita o beneficiário à responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas, na qualidade de copartícipe de ato ilícito, na forma do art. 942 do Código Civil. Não incide a responsabilidade subsidiária de que cogita a Súmula 331, item IV, pois esta supõe mera culpa "*in eligendo*" ou "*in vigilando*" do ente público pelo simples inadimplemento contratual.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ISONOMIA

2. Conforme entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SbdI-1 do TST, a contratação de empregado, mediante empresa interposta, não enseja a formação de vínculo de emprego com entidade integrante da Administração Pública, mas não impede o reconhecimento de diferenças salariais decorrentes do princípio da isonomia, em virtude da aplicação, por analogia, do art. 12 da Lei nº 6.019/74, desde que presente a igualdade de funções.

3. Recurso de revista não conhecido amplamente.

(RR - 720-46.2010.5.03.0021, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 7/8/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=720&digitoTst=46&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0021>>. Acesso em 23/8/2013.

Percebe-se que o processo de terceirização tem por objetivo a redução dos custos do tomador, mas, no entanto, sob a ótica juslaboral, implica manobra no sentido da redução do salário quando presente seu desvirtuamento, como no caso acima exposto.

Destaque-se a oportuna colocação de MARTINS FILHO (1993, p. 129) ao observar que “*com isso, a empresa que terceiriza determinado setor dispensa os empregados que nele trabalham e que são contratados depois, por menores salários, por uma empresa prestadora de serviços, e voltam a trabalhar para mesma empresa da qual foram dispensados*”.

Guardada as devidas proporções e limitações legais, no caso acima destacado o objetivo da empresa pública é não realizar o certame de seleção de novos empregados, pagando aos terceirizados um salário menor e não se responsabilizando pelos encargos trabalhistas e fiscais, numa clara demonstração de não comprometimento com o interesse público por parte do administrador público, o qual se vale de artifícios para burlar a realização de concurso público destinado à contratação de empregados e furtando-se (ou tentando furtar-se!) da responsabilização trabalhista.

Em outro caso, no qual se discutiu a licitude da terceirização no tocante à natureza da atividade do tomador, o TST reconheceu a manutenção do vínculo de empregada terceirizada com a instituição bancária para a qual prestava serviços, não obstante as atividades desempenhadas pela obreira terem sido consideradas acessórias, mas presente os requisitos da personalidade e subordinação, que reforçam a formação do vínculo empregatício, eis o teor da ementa:

RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O Regional enfrentou todas as questões postas à sua apreciação de modo explícito, e a prestação jurisdicional foi entregue em sua plenitude, embora contrária aos interesses da parte. Incólumes, pois, os arts. 93, IX, da CF, 832 da CLT e 458 do CPC. **Recurso de revista não conhecido. 2. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.** O Regional concluiu que houve fraude na terceirização da atividade fim, reconhecendo o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, em razão da intermediação ilícita de mão de obra. Extraí-se, ainda, da decisão recorrida, a existência de personalidade e subordinação, elementos característicos da relação empregatícia. Assim, a decisão revela sintonia com a Súmula nº 331, I e III, desta Corte.

Recurso de revista não conhecido.

(RR - 137-81.2012.5.03.0024, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 12/6/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 14/6/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=137&digitoTst=81&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0024>>. Acesso em 20/8/2013.

Verifica-se, pois, que a implantação da terceirização é sempre traumática para o trabalhador, o qual, com posterior adaptação, prefere ter assegurado o emprego, ainda que com a redução de seu salário, a estar desempregado, sendo necessária, portanto, a aplicação dos princípios protetivos do Direito do Trabalho à parte hipossuficiente, como forma de inibir e rechaçar condutas tendentes a redirecionar a força produtiva da empresa, com seu consequente aumento de lucro, mas que exige do obreiro um sacrifício exclusivo.

Em época de globalização, o trabalho passa a ser visto como custo no processo de produção e não como forma de inserção do ser humano na sociedade, mostra-se, assim, mais uma faceta desse processo globalizante e suas novas morfologias do trabalho, investindo-se em um discurso de desvalorização do trabalho humano e a consequente mitigação dos direitos trabalhistas.

Não é outra, aliás, a lição de Américo Plá Rodriguez ao afirmar que:

Todo o Direito do Trabalho nasceu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o Direito do Trabalho não teria surgido. Surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 80)

O fato primordial que merece destaque é o de que a rede protetiva juslaboral não foi *dada* ou *ofertada gratuitamente* ao trabalhador, ao contrário, ela é fruto de intensos conflitos entre capital e trabalho no decorrer do desenvolvimento da humanidade, desde as revoluções liberais do século XIX, perpassando pelos momentos embrionários dos movimentos sindicais, pelas manifestações em prol de melhores condições de trabalho e que, em algumas ocasiões, foram repelidas a mão de ferro, ora a mando estatal, ora patronal⁴.

Não obstante, se abriu um terreno fecundo para a estipulação de direitos e garantias sociais e trabalhistas pelos diplomas constitucionais mundo afora, como ocorreu com a Constituição mexicana de 1917, com a Constituição de Weimar em 1919 na Alemanha, com a *Carta del Lavoro* italiana de 1927, pelos quais se passou a reconhecer como legítimas as reivindicações dos movimentos operários que se espalhavam pelo mundo, influenciados pelo contexto político europeu, e como forma de acalmar os ânimos dos trabalhadores mobilizados contra a ordem socioeconômica vigente.

⁴ Nesse ponto, oportuna a indicação do curta-metragem *Os Libertários* (elaborado com material do arquivo Edgard Leueuroth), documentário sobre as greves operárias em São Paulo no começo do século XX bastante ilustrativo das condições de trabalho dos imigrantes na cidade de São Paulo, que chegou a reunir, entre italianos, espanhóis e portugueses, um efetivo de mão de obra de 50 mil operários, e do filme *Germinal* (1993, Direção Claude Barri), abordando a gestação e a maturação dos movimentos grevistas de um grupo de mineiros no norte da França do século XIX contra a exploração de que são vítimas, contudo, ao se levantarem contra o sistema, passam a ser alvos da repressão das autoridades estatais.

Feitas essas considerações finais, passa-se à análise, no título seguinte, do *leading case* que sedimentou a jurisprudência do TST acerca das atividades de *call center*, delineando o entendimento de que o vínculo de empregado que trabalha em atividade-fim de empresa de concessão pública de serviços, no caso do ramo de telefonia, forma-se diretamente com a respectiva concessionária, quando não for possível distinguir ou desvincular as atribuições do obreiro de sua atividade-fim.

2.2 Construção jurisprudencial do conceito e do alcance da terceirização: a análise de um caso emblemático no TST.

Como destacado anteriormente, ater-se-á ao julgamento de um caso bastante instigante que delineou o entendimento recente do TST no tocante ao alcance da terceirização nos ambientes empresariais, qual seja, o processo número E-ED-RR - 2938-13.2010.5.12.0016, julgado pela SBDI-1 em 8/11/2012, cuja ementa restou consignada nos seguintes termos:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ARTIGO 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.

1. O serviço de *call center* é atividade-fim – e não atividade-meio – das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípua e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teleatendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços.

2. Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade fim da concessionária de serviços de telefonia.

3. Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei nº 9.472/97, que regula as concessões e permissões no setor das telecomunicações, são normas de Direito Administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista e não podem ser interpretadas e aplicadas de forma literal e isolada, como se operassem em um vácuo normativo. Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso País, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho – o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador.

4. Assim, não se pode mesmo, ao se interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que tratam da possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de “atividades inerentes” ao serviço, expressão polissêmica e marcadamente imprecisa que pode ser compreendida em várias acepções, concluir pela existência de autorização legal para a terceirização de quaisquer de suas atividades-fim. Isso, em última análise, acabaria por permitir, no limite, que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

5. Ademais, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, não estão eles, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10 e, nem tampouco, violando o artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade das leis em sede de controle difuso, pois não se estará, nesses casos, nem mesmo de forma implícita, deixando de aplicar aqueles dispositivos legais por considerá-los inconstitucionais.

6. A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 09/11/2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10132 MC/PR – Paraná), na qual, em juízo sumário de cognição e em caso idêntico a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, que adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, verifica-se que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, *data venia*, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos idênticos ao presente, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante nº 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infraconstitucionais e nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST pelas quais, ao interpretarem aqueles dispositivos das Leis 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de telecomunicações, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas.

7. O entendimento aqui adotado já foi objeto de reiteradas decisões, por maioria, da mesma SBDI-1 em sua composição completa (E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator designado Ministro Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/05/2009 - DEJT de 16/10/2009; E-RR-134640-23.2008.5.03. 0010,

Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 28/06/2011, DEJT de 10/08/2012).

8. Aliás, esse posicionamento também não foi desautorizado e nem superado pelos elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST na Audiência Pública ocorrida no TST nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, os quais foram de grande valia para a sedimentação do entendimento ora adotado. Os vastos dados estatísticos e sociológicos então apresentados corroboraram as colocações daqueles que consideram que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados e pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a consequente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados.

9. É importante ressaltar, por fim, que decisões como a presente não acarretam o desemprego dos trabalhadores terceirizados, pois não eliminam quaisquer postos de trabalho. Essas apenas declaram que a verdadeira empregadora desses trabalhadores de *call center* é a empresa concessionária tomadora de seus serviços que, por outro lado, continua obrigada a prestar tais serviços ao consumidor em geral – só que, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados.

10. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de seu vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o consequente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados.

Embargos conhecidos e desprovidos.

(E-ED-RR - 2938-13.2010.5.12.0016, Redator Designado Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 8/11/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/3/2013). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-2938-13.2010.5.12.0016&base=acordao&numProcInt=68184&anoProcInt=1999&dataPublicacao=26/03/2013 07:00:00&query=>>>. Acesso em 31/7/2013.

Pela leitura, tem-se que o limite mais importante nesse julgamento foi considerar que a terceirização só será admissível nas atividades-meio, e não nas atividades-fim da empresa tomadora dos serviços, portanto, a terceirização se justifica pela possibilidade de fornecimento de mão de obra especializada por interposta pessoa objetivando um ganho de produtividade e de qualidade técnica na prática das atividades de apoio ou de auxílio à atividade essencial do tomador dos serviços.

Portanto, admitindo-se a terceirização no desenvolvimento das atividades-meio das empresas, estabeleceu-se um limite lastreado pela simples constatação de que, se não se limitar a terceirização apenas às atividades-meio e se admitida para as atividades-fim, chegar-se-ia à possibilidade da existência de uma empresa sem empregados, que desenvolvesse todas as suas atividades apenas por meio de trabalhadores terceirizados!

Explica-se melhor: ter-se-ia uma situação ilógica e antijurídica pela qual uma empresa produziria e/ou prestaria um qualquer bem e/ou serviço sem nenhum empregado próprio, atuando, tão somente, por meio de trabalhadores terceirizados. Dessa forma, seria possível, por exemplo, a existência de um estabelecimento de ensino sem professores dele empregados ou de um empreendimento hospitalar sem médicos ou enfermeiros que não fossem terceirizados.

Sendo assim, tal limite foi alçado à condição de limite lógico e jurídico absoluto, pelo qual não se admite terceirização de atividades-fim, a não ser em casos excepcionais previstos naqueles diplomas mencionados no capítulo anterior como, por exemplo, o trabalho temporário, em que a Lei nº 6.019/74 admite a hipótese, mas, contudo, limitada às estritas possibilidades previstas em seu artigo 2º e ao prazo máximo, com relação a um mesmo empregado, de três meses, excepcionalmente prorrogáveis, nos termos, também, de seu artigo 10.

Em casos como esses, em que normas de redação mais flexível ou aberta devem ser interpretadas e aplicadas, é absolutamente natural que se apresente mais de uma alternativa exegética, devendo-se optar por aquela que melhor reflita os demais princípios e regras igualmente presentes no ordenamento jurídico, que se apliquem ao caso concreto.

É interessante notar como a terceirização e a problemática de seu alcance, permeiam, sobremaneira, a definição e natureza da atividade econômica desempenhada pela empresa tomadora dos serviços, haja vista que esta foi pensada pelos sistemas produtivos como um instrumento econômico capaz de minimizar os custos operacionais decorrentes da contratação de mão de obra.

Como destacado no Capítulo I, vale relembrar que a terceirização é um instrumento que, na verdade, se difundiu por todo o mundo e que, ao longo dos anos, desde a década de 80, data da Súmula nº 256 da Corte Superior trabalhista, já destacada, tem sido visto com cautela justamente pela precarização das condições de trabalho que ocasiona e em função dos próprios princípios constitucionais que resguardam, não só o pleno emprego, mas também a dignidade do labor humano.

Uma das questões que podem ser colocadas, portanto, diz respeito à interpretação dos arts. 25, § 1º, da Lei 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei 9.472/97, ao estabelecerem, respectivamente, que:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a

terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades **inerentes**, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 8/8/2013) Grifou-se.

(...)

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades **inerentes**, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

(Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 8/8/2013) Grifou-se.

A dificuldade reside, portanto, na interpretação da dicção legal no que diz respeito à caracterização de atividades inerentes, que, definitivamente, não se tornou um permissivo legal a ser interpretado no sentido de que se está autorizando a terceirização da atividade-fim da empresa, como almejam alguns.

Essa prática, ressalvado os casos já expostos, remanesce no campo do ilícito, pelo que encerra em si mesma uma conduta aviltante à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, constitucionalmente resguardados.

Vale registrar que a polissemia própria ao vocábulo inerente, o qual assume, igualmente, as seguintes expressões como sinônimas: *dependente, específico, inseparável, ligado, peculiar, próprio* (HOUAISS, 2009, versão eletrônica), mesmo sob o enfoque da interpretação gramatical ou literal, em absoluto conduz àquela que diga respeito ao conceito de atividade-fim.

Mais especificamente, entende-se que o termo não permite a ilação de que se está a tratar de permissivo legal, aberto e generalizado, à terceirização de atividade finalística do mencionado setor, até porque a previsão se situa entre as disposições atinentes a contrato de concessão de serviços públicos, regulamentação conferida por lei, de caráter manifestamente administrativo, como também já foi destacado, e que, em momento algum, explicita a intenção de se aventurar na seara juslaboral, à qual, mesmo assim, sucumbiria diante de uma interpretação coerente com o ordenamento jurídico pátrio de proteção ao trabalho, em ponto específico que será retomado mais à frente.

Nesse sentido de fundamentação, vale destacar trecho do voto do redator designado ao pontuar que:

(...)

Ademais, a Lei nº 8.987/95, referente às concessionárias e permissionárias de serviço público, e a Lei nº 9.472/97, que regula as telecomunicações em geral, tratam exclusivamente, na verdade, da relação entre as empresas concessionárias ou permissionárias e as agências reguladoras e os consumidores, não tendo, em absoluto, a natureza de normas de Direito do Trabalho, nada dispondo a respeito do tema da terceirização trabalhista, cabendo precipuamente a esta Justiça Especializada a análise da compatibilidade entre essas normas infraconstitucionais de Direito Administrativo e os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las, de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas, que, em nosso País, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, terceirizado ou não.

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por força da incidência e da aplicação de outras normas infraconstitucionais (mormente os artigos 2º, 3º e 9º da CLT), não se pode mesmo interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, no sentido de que a autorização por elas dada à empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço significaria uma autorização para as empresas de telecomunicações terceirizarem suas atividades-fim, entendimento que, repita-se, levado às suas últimas consequências, acabaria por permitir que as essas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

(E-ED-RR - 2938-13.2010.5.12.0016, Redator Designado Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 8/11/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/3/2013). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-2938-13.2010.5.12.0016&base=acordao&numProcInt=68184&anoProcInt=1999&dataPublicacao=26/03/2013 07:00:00&query=>>>. Acesso em 31/7/2013.

Ante o até aqui exposto, resta claro que é necessário que se tenha em mente que o ordenamento jurídico constitui uma unidade sistemática, a qual, em seu conjunto de regras e princípios, forma uma totalidade pluralista ordenada em uma relação de coerência, na qual o intérprete da lei, por meio de uma técnica hermenêutica apropriada, elimine eventuais antinomias ou incompatibilidades entre as proposições, tomando como referência o sistema em sua integralidade e descartando qualquer interpretação de forma isolada ou dissociada desse arcabouço normativo, a fim de se estabelecer aquela condizente com os princípios e valores que integram e regem a cultura jurídica laboral.

Para a interpretação das regras, BARROSO & BARCELLOS dão a seguinte lição: “*são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações* (2005, p. 280)”, já em relação aos princípios, eles nos dão conta de que “*contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações* (2005, p. 281)”, deve-se levar em consideração, primeiro, a sua natureza e o seu alcance e, nesse aspecto, esses autores concluem ensinando que:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo-ou-nada (all-or-nothing). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e

automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*. *Princípios* contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que em uma ordem pluralista existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo-ou-nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. É certo que mais recentemente já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo-ou-nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. [...]

Princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação. (BARROSO & BARCELLOS, 2005, pp. 284 e 285)

Aprofundando a questão dos conflitos normativos e dos critérios de hermenêutica jurídica, BARROSO (2006, p. 118), com suporte nos ensinamentos de Robert Alexy e Norberto Bobbio, destaca que:

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral [...].

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. infra) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que possa satisfazer adequadamente à demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterà termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria.[...].

Dessa forma, caso se entenda que as atividades inerentes, termo mencionado em alguns dispositivos legais, principalmente naqueles que disciplinam a atividade das empresas de telecomunicação, principal foco da análise no presente estudo, correspondem, na verdade, às suas atividades-fim, alcançar-se-ia o mesmo resultado antes exposto, qual seja: de que seria possível a uma empresa terceirizar toda e qualquer atividade sua, chegando ao resultado final absurdo de lhe ser possível ter apenas terceirizados, de modo que, em suas atividades essenciais, não haveria empregados próprios, numa interpretação jurídica que leva a um resultado lógico e juridicamente descabido, motivo pelo qual uma interpretação literal ou gramatical de tais dispositivos deve ser necessariamente descartada.

Consigne-se, ainda, ser inteiramente aplicável o entendimento de que algumas normas legais são, essencialmente, de Direito Administrativo, até porque a construção dessa prática terceirizante se deu, justamente, na seara da Administração de Empresas, seja ela adotada por iniciativas públicas ou privadas, como demonstrado.

Tanto o é que o TST, por intermédio de sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1, esposou esse entendimento em um julgado anterior no qual se discutiu o sentido da problemática aqui exposta, não se lhes aplicando às relações de trabalho, ou seja, tais normas não afastam a incidência das regras do Direito do Trabalho e de sua rede protetiva, mais precisamente os insculpidos nos artigos 2º e 3º da CLT, que definem as figuras de empregado e de empregador, restando sua ementa consignada nos seguintes termos:

RECURSO DE EMBARGOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a

terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.

(E-RR - 586341-58.1999.5.18.0001, Redator Designado Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/05/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16/10/2009). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-586341-58.1999.5.18.0001&base=acordao&numProcInt=68184&anoProcInt=1999&dataPublicacao=16/10/2009 07:00:00&query=>>>. Acesso em 31/7/2013.

Não obstante, em outro julgamento no âmbito desse mesmo órgão julgante do TST, ao proferir seu voto o Ministro Lelio Bentes Corrêa pontuou que:

(...) tampouco se pode consagrar à lei interpretação que despreze o conteúdo técnico das expressões escolhidas pelo legislador. Ora, havia uma expressão técnica, caso quisesse o legislador autorizar a terceirização da atividade-fim, que é exatamente a expressão “atividade-fim”; optou o legislador pela expressão “atividades inerentes”, correlatas. Ora, não quis, portanto, significar atividade-fim. Não se pode, por interpretação, chegar a uma conclusão que a própria opção do texto legal, na sua literalidade, não autoriza.

(E-RR - 134640-23.2008.5.03.0010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 28/06/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 10/08/2012). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-134640-23.2008.5.03.0010&base=acordao&numProcInt=820741&anoProcInt=2009&dataPublicacao=10/08/2012 07:00:00&query=>>>. Acesso em 31/7/2013.

Portanto, andou bem a SBDI-1 do TST ao assim decidir, pois nada mais fez que reconhecer na prática da terceirização em atividades finalísticas uma forma de burla dos direitos trabalhistas, deixando o trabalhador à margem de sua real importância no processo produtivo, e dissociada do valor social do trabalho, enquanto instrumento de inserção e formação do próprio ser humano, como consectário da cidadania.

Nesse ponto, vale destacar a atuação do MPT no sentido de inibir essa prática por meio de Ações Cíveis Públicas que requerem a condenação da empresa tomadora ao pagamento de indenização por dano moral coletivo quando constatada a irregularidade do

processo de terceirização de suas atividades, violador da legislação trabalhista e atingindo um número expressivo de trabalhadores, como restou consignado no processo TST-RR 110200-86.2006.5.03.0024, de relatoria do Ministro Fernando Eizo Ono, julgado pela 4ª Turma em 5/6/2013, pelo qual a empresa TIM foi condenada ao pagamento de R\$ 6 milhões de reais, a título de indenização por dano moral coletivo, por terceirização irregular, cuja decisão está pendente de publicação⁵.

Indo mais além, exerceu também a SBDI-1 sua precípua função de dirimir a divergência jurisprudencial até então existente entre as Turmas daquela Corte Superior, no que toca ao alcance do entendimento consagrado na Súmula nº 331, item I, do TST em relação aos serviços de *call center* prestados no âmbito das empresas de telecomunicações, em cotejo com o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e com o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, proclamando a tese predominante a ser observada dali por diante pelos órgãos fracionários turmários dessa Corte, o que de fato ocorreu, veja-se:

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. 1. "A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974)" (Súmula n.º 331, I, desta Corte superior). 2. A colenda SBDI-I deste Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, consagrou entendimento no sentido de que o serviço prestado na área de call center se insere na atividade-fim das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações (E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, redator designado para o acórdão o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 08/11/2012, DEJT de 26/03/2013). 3. Nesse contexto, merece ser mantido o acórdão prolatado pela Corte de origem quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços, em face da caracterização da terceirização ilícita. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. Uma vez reconhecido o direito da reclamante às vantagens asseguradas nos acordos coletivos firmados entre o sindicato profissional e a tomadora dos serviços, em virtude da configuração de terceirização ilícita de mão de obra, não viabiliza o conhecimento do recurso de revista a alegação de afronta aos ditames dos artigos 5º, inciso XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição da República, porquanto inegável a impertinência entre suas disposições e a matéria controvertida submetida ao exame. Agravo de instrumento não provido.

(AIRR-992-23.2012.5.03.0004, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=197562&anoInt=2012>>. Acesso em 23/8/2013.

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE INERENTE - EMPRESA DE TELEFONIA - SERVIÇOS DE CALL CENTER - IMPOSSIBILIDADE (alegação de violação dos artigos 5º, II, e 97 da Constituição Federal, 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, 60, § 1º, e 94, II, da Lei nº 9.472/97, contrariedade à Súmula/TST nº 331 e à Súmula

⁵ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 6/6/2013.

vinculante nº 10 do STF e divergência jurisprudencial). A jurisprudência majoritária da SBDI-1 entende que o artigo 94, II, da Lei nº 9.472/97 não autoriza a terceirização de serviços na atividade-fim das empresas de telefonia, sendo aplicável o entendimento contido nos itens I e III da Súmula/TST nº 331 (com ressalva de entendimento). Recurso de revista não conhecido.

(RR - 71600-34.2009.5.03.0139, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, **2ª Turma**, DEJT 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=151809&anoInt=2010>>. Acesso em 23/8/2013.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. CABIMENTO. ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO. SÚMULA 331 DO TST. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ART. 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97. "CALL CENTER". INSERÇÃO NA ATIVIDADE-FIM EMPRESARIAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. Demonstrada a divergência jurisprudencial, merece processamento o recurso de revista, na via do art. 896, "a", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. 1. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. CABIMENTO. ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO. SÚMULA 331 DO TST. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ART. 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97. "CALL CENTER". INSERÇÃO NA ATIVIDADE-FIM EMPRESARIAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. 1.1. Resultado de bem-vinda evolução jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que veda a "contratação de trabalhadores por empresa interposta", "formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços", ressalvados os casos de trabalho temporário, vigilância, conservação e limpeza, bem como de "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta" (itens I e III). 1.2. O verbete delimita, exaustivamente, os casos em que se tolera terceirização em atividade-fim. 1.3. Em função uniformizadora, a Corte já definiu que o art. 25 da Lei nº 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, veiculam normas de Direito Administrativo, que não podem deixar de receber interpretação ponderada em relação ao Direito do Trabalho (Processo E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator designado Min. Vieira de Mello Filho; Processo E-ED-RR-2938-3.2010.5.12.0016, Redator designado Min. José Roberto Freire Pimenta). 1.4. O cotejo entre esses preceitos de lei, de modo a emprestar-lhes incidência adequada a cada caso concreto, não desafia a Súmula Vinculante nº 10, como, em casos pertinentes, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (Rcl 11329 MC/PB, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 12068 MC/RO, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 14378 MC/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 646831/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 839685/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 828518/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 791247/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; ARE 647479/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ARE 646825/MG, Rel. Min. Luiz Fux). 1.5. É por intermédio do serviço de "call center" que o consumidor se relaciona com a empresa de telecomunicações, solicitando e adquirindo serviços, pleiteando reparos ou formulando reclamações. Trata-se de setor que viabiliza a atividade econômica e, assim, sustenta-a. 1.6. Tal constatação, de pronto, assimila-a à atividade-fim. 1.7. A vida contemporânea já não aceita o conceito monolítico de subordinação jurídica, calcado na submissão do empregado à direta influência do poder diretivo patronal. Com efeito, aderem ao instituto a visão objetiva, caracterizada pelo atrelamento do trabalhador ao escopo empresarial, e a dimensão estrutural, pela qual há "a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços" (Maurício Godinho Delgado). 1.8. Laborando em "call center", a favor da empresa de telecomunicações tomadora de serviços, o empregado se insere na relação jurídica a que aludem os arts. 2º e 3º da CLT, assim se fazendo impositiva a incidência da compreensão da Súmula 331, I, do TST. 1.9. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 449-38.2012.5.24.0003, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, **3ª Turma**, DEJT 23/8/2013). Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=85011&anoInt=2013>>. Acesso em 23/8/2013.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A Corte Regional adotou tese no sentido de que o art. 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações permite a terceirização de serviços na atividade-fim das empresas de telefonia. Demonstrada possível contrariedade à Súmula nº 331, I, do TST. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, observando-se o disposto na Resolução Administrativa nº 928/2003.

II – RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Nos termos do disposto no § 2º do art. 249 do CPC, deixo de analisar a nulidade processual arguida no recurso de revista, tendo em vista a possibilidade de julgamento de mérito em favor da parte a quem aproveitaria a decretação de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A jurisprudência desta Corte é no sentido da ilicitude na terceirização da atividade-fim. Assim, o vínculo de emprego do empregado que trabalha em serviço central de atendimento, junto à empresa de telefonia, faz-se diretamente com a tomadora de serviços, por representar fraude na relação de trabalho, já que se trata de atividade-fim, sendo ilícita a terceirização. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 2534-42.2010.5.18.0000, Relator Ministro Fernando Eizo Ono, **4ª Turma**, DEJT 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=200630&anoInt=2010>>. Acesso em 23/8/2013.

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO DE CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. LEI N.º 9.472/1997. DECISÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA N.º 331, I, DO TST. Nega-se provimento ao agravo quando o agravante não desconstitui os fundamentos contidos na decisão monocrática proferida. Agravo a que se nega provimento. (RR - 640-51.2011.5.03.002, Relator Ministro Emmanoel Pereira, **5ª Turma**, DEJT de 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=86023&anoInt=2012>>. Acesso em 23/8/2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. "CALL CENTER". TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE ATIVIDADE-FIM. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. DESPROVIMENTO. Diante da ausência de violação dos dispositivos indicados, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 2313-09.2011.5.03.0011, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, **6ª Turma**, DEJT de 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=83196&anoInt=2013>>. Acesso em 23/8/2013.

RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA-RECLAMADA – EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO – RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – ATIVIDADE FIM. O art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 dispõe que a concessionária do serviço poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. O dispositivo mencionado não autorizou a intermediação de mão de obra, mas apenas a contratação com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. A contratação permitida é "com terceiros" e não "de terceiros". No caso, a atividade desenvolvida pela reclamante (atendente

de call center) se insere na atividade fim da tomadora dos serviços e a empresa prestadora não foi contratada para executar um serviço autônomo e especializado, mas apenas para fornecer mão de obra ao serviço de telefonia. Logo, verifica-se verdadeira terceirização ilícita de mão de obra, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Incide a Súmula nº 331, I, do TST.

Recurso de revista não conhecido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA-RECLAMADA – RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – ATIVIDADE FIM. Ante a identidade de tese, adoto como razões de decidir os mesmos fundamentos jurídicos estabelecidos no julgamento do recurso de revista da segunda-reclamada.

Agravo de instrumento desprovido.

(ARR - 1272-76.2012.5.03.0106, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, **7ª Turma**, DEJT de 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=90508&anoInt=2013>>. Acesso em 23/8/2013.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS PELAS RECLAMADAS. ANÁLISE CONJUNTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. 1. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE FIM. A Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais, órgão uniformizador de jurisprudência interna corporis desta Corte, no dia 8/11/2012, em sua composição Plena, por intermédio do julgamento do Processo E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, concluiu que o serviço denominado "call center" se relaciona à atividade fim das concessionárias dos serviços de telecomunicações, sendo ilícita a terceirização e imperioso o reconhecimento de vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços. 2. VANTAGENS PREVISTAS NAS NORMAS COLETIVAS SUBSCRITAS PELA TOMADORA. Mantida a declaração do vínculo de emprego entre a reclamante e a tomadora dos serviços, não há como afastar o direito às vantagens previstas nas normas coletivas por esta subscrita. Incólumes os dispositivos invocados. Agravos de instrumento conhecidos e não providos.

(AIRR - 2169-07.2012.5.03.0009, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, **8ª Turma**, DEJT de 23/8/2013). Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=115395&anoInt=2013>>. Acesso em 23/8/2013.

Evidencia-se, portanto, que o serviço de *call center*, no atual entendimento da Corte Superior trabalhista, enquadra-se na atividade-fim das empresas de telecomunicações e que sua terceirização, por via de consequência, é inteiramente ilícita, reconhecendo-se o vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado com a concessionária de serviços de telefonia tomadora de seus serviços, nos exatos moldes do item I da Súmula 331 do TST, cujas consequências serão analisadas a seguir, em derradeiro capítulo.

3. TRABALHADORES TERCEIRIZADOS E ADEQUAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO.

Neste último capítulo, pretende-se analisar as consequências do reconhecimento do vínculo laboral diretamente com o tomador, tendo em vista a declaração da ilicitude da terceirização em atividades finalísticas da empresa.

Abordar-se-á, primeiramente, a construção jurídico-interpretativa da terceirização, condizentes com os princípios protetivos do Direito do Trabalho, a partir do texto constitucional, e a definição jurisprudencial de seus contornos, objetivando traçar, pela interpretação desse arcabouço protetivo, os limites dessa prática.

Posteriormente, far-se-á um necessário aprofundamento da verificação dos requisitos que legitimam a adoção dessa modalidade de contratação, no tocante ao modelo de subordinação que lhe caracteriza, a fim de que se possa identificar quando a prática torna-se ilícita, pois instrumento de burla da legislação trabalhista, atraindo a responsabilidade do tomador, e quando ela está em conformidade com o legal, o justo e o razoável.

Finalizar-se-á o presente capítulo com uma breve exposição sobre as alternativas à terceirização, visto que sua implementação no mundo do trabalho é irreversível, mas a definição de parâmetros para a sua efetividade deve se dar em consonância com os ditames de consecução do trabalho em condições dignas.

3.1 Critérios para definição da relação empregatícia a partir da ótica protetiva constitucional e seus reflexos na legislação trabalhista.

O debate acerca dos fundamentos constitucionais de proteção ao trabalho é recorrente em matéria de direito constitucional, tendo em vista o enquadramento dos direitos sociais no texto da Carta Política de 1988, sendo certo que assumir posição sobre as garantias e os direitos fundamentais do trabalho implica o reconhecimento de pressupostos filosóficos e políticos que, inevitavelmente, circundam seus processos de legitimação a partir da hermenêutica constitucional.

Tal assertiva não poderia ficar indiferente no tocante ao direito do trabalho, visto que erigido a *status* constitucional, ante sua importância nas sociedades contemporâneas e como forma de inserção do ser humano, por meio do trabalho, no espaço sócio-político-econômico ao qual pertença. Afigura-se, assim, a importância deste tópico.

Não obstante a previsão do texto constitucional de 1988, cabe ressaltar que, já em 1949, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, reunida na cidade de Filadélfia, Estados Unidos da América, por ocasião de sua 26ª Sessão, adotou a Declaração referente aos seus fins e objetivos no tocante aos princípios que devem nortear as relações trabalhistas, lançando, assim, as premissas da proteção ao trabalho, a saber:

A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.

(Disponível

em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em 4/9/2013, às 12h18).

Em tempos de novas morfologias do trabalho, faz-se bastante atual o texto da Declaração de Filadélfia, corroborado pela expressa referência constitucional de proteção ao valor social do trabalho, no sentido de que é pela formação do vínculo empregatício que se reconhece e identifica os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, cujo padrão clássico é o que melhor protege o trabalhador, ao passo que se preocupa com o arcabouço de direitos e garantias que regulamentam o labor humano.

Oportuno, aliás, o registro de um julgado do TST que, justamente, partiu dessa premissa, ou seja, a análise do texto infraconstitucional a partir dos princípios constitucionais, veja-se, para tanto, a parte que corrobora esse entendimento:

RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA POR ACIDENTE DE TRABALHO – CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO – COMPATIBILIDADE. Não existe incompatibilidade entre o contrato por prazo determinado, em qualquer de suas modalidades, e a estabilidade decorrente de acidente de trabalho. Como decorrência da teoria do risco social emerge para o empregador a obrigação de garantir a estabilidade ao trabalhador que foi lesionado à custa do incremento do seu processo produtivo, o que implica o reconhecimento do direito à estabilidade de forma ampla, em qualquer contrato de trabalho, independentemente de sua limitação temporal. **O empregado vitimado por acidente de trabalho, numa perspectiva atenta à dignidade da pessoa humana, é**

um indivíduo que se torna vulnerável dentro da sociedade e do mercado de trabalho, e que assume esse ônus em proveito do desenvolvimento de uma dada atividade empresarial, que se beneficiava do seu labor no momento do infortúnio. A proteção constitucional ao valor social do trabalho, no momento do acidente, com enfoque no especial apreço que teve o constituinte pelas questões relativas à saúde e à segurança no trabalho (arts. 7º, XXII e XXIII, 200, VIII, e 225, § 3º, da Carta Constitucional), impõe que a sociedade se responsabilize por aqueles que, no desempenho de uma atividade produtiva, foram lesados em sua integridade física. À luz da proteção constitucional ao trabalho (arts. 1º, IV, e 7º da Constituição Federal), excepciona-se o disposto no art. 472, § 2º, da CLT, não se cogitando da prevalência de uma norma infraconstitucional sobre normas constitucionais de natureza fundamental. Também não seria cabível prestigiar a manifestação volitiva do empregador no momento da celebração do contrato de trabalho, em detrimento da preservação da dignidade e reinserção socioeconômica do trabalhador acidentado, que se traduz no amparo de um risco que afeta toda a sociedade.

(Processo TST-RR - 106000-69.2007.5.09.0562, Rel. Min. VIEIRA DE MELLO FILHO, julgado em 8/5/2013 – 7ª Turma, publicado no DEJT de 17/5/2013.

Disponível

em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=106000&digitoTst=69&anoTst=2007&orgaoTs t=5&tribunalTst=09&varaTst=0562>>. Acesso em: 4/9/2013, às 17h01). Grifou-se.

Observa-se do julgado a diretriz adotada para sanar o conflito de modo a estabelecer a conformação do caso aos fundamentos constitucionais de proteção ao trabalho, retratando, inclusive, o processo de formação da identidade da pessoa humana com a sua ocupação profissional, bem como ao direito fundamental ao trabalho digno, previsto no texto constitucional e delineador da aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, no caso a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação esparsa.

O debate dos autos cingiu-se à discussão sobre a imputação ao empregador, da teoria do risco social, decorrente da obrigação de garantir a estabilidade ao trabalhador que foi lesionado à custa do incremento de seu próprio processo produtivo, o que implica o reconhecimento do direito à estabilidade de forma ampla, em qualquer contrato de trabalho, independentemente de sua limitação temporal.

Constata-se, com isso, a atuação do Estado na defesa dos direitos sociais, entre os quais o direito ao trabalho, em especial, do Tribunal Superior do Trabalho, cuja função, além de uniformizar a jurisprudência, é racionalizar sua atuação e tornar mais eficiente a prestação jurisdicional, tendo por suporte o texto constitucional.

Ademais, por meio desse exame identifica-se de que maneira o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se revela, tendo-se em conta a objetivação do direito do trabalho e a observância de seus fundamentos na solução do caso concreto.

Não obstante, a ausência de uma análise mais aprofundada a respeito do limite da forma de contratação e do poder do empregador sobre o pretendente ao emprego, o qual, em

razão de sua necessidade individual, tende a aceitá-los, não é plena, pois a liberdade para se estipular obrigações ao futuro trabalhador sob o argumento de que suas atribuições estão delineadas por um contrato precário é absolutamente irrelevante, até porque existem garantias ao instituto trabalho objetivadas na constituição e na legislação vigente no país de estrita observância pelas partes.

Ora, no caso em tela é patente que, embora haja expressa disposição contratual por tempo determinado, faz-se necessário um olhar sensível à realidade atual, com as bases legais estabelecidas, mas com a interpretação orientada pelos princípios que justificam e fundamentam o direito do trabalho, inclusive naquilo que afeta o conteúdo essencial da relação de emprego, materializada que está pelo contrato de trabalho, e as garantias institucionais inerentes ao direito objetivado.

Houve, por consequência, a violação aos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente aqueles afetos à dignidade, retratada pela sua integridade física e psíquica, à honra, mas, sobretudo, à sua condição de sujeito-trabalhador, o que atrairia a fruição e o gozo de todo arcabouço protetivo do trabalho, em descompasso com o estipulado no art. 7º da Constituição Federal.

Tendo-se em conta, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶, pode-se afirmar que os particulares, em suas relações de índole privada, podem operar essa limitação de direitos, contudo, a partir do momento que vulneram direitos de outras partes que integram tais relações jurídicas, violam, igualmente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais relacionados ao trabalho, como se pode perceber, reflexamente, pelo julgado citado.

Os direitos fundamentais do trabalho, portanto, têm por objetivo a proteção do próprio trabalho, enquanto garantias institucionais aptas à determinação de seus respectivos núcleos essenciais, pelo que se procura equilibrar poder e valores básicos do ser humano, que, no presente caso, são aqueles condizentes com o trabalho em condições dignas, ou seja, objetiva em diplomas legais, diretrizes e comandos os valores internalizados pelo corpo social, tidos como núcleos essenciais à garantia do pleno emprego, inclusive no tocante à terceirização, cuja prática, como visto, precariza as relações de trabalho.

⁶ Novamente aborda-se a questão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo certo que não há aqui espaço para a discussão desse instigante tema, recomenda-se, na literatura jurídica brasileira, o artigo de **Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes**, intitulado *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. In Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out./dez. 2011.

Hodiernamente, é possível perceber maior efetividade do direito ao trabalho. Essa perspectiva decorre da proteção aos direitos básicos fundamentais, necessários ao exercício da cidadania, cujo imaginário encontra-se integrado ao ideal de preservação e respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, que têm como papel fortalecer e definir direitos, garantias e deveres; bem como ao valor social do trabalho, eleito pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, que objetiva o exercício do direito de liberdade, uma vez que é por meio do trabalho que o ser humano manifesta a sua cidadania e a possibilidade de realizar suas expectativas na construção de sua própria narrativa histórica.

Segundo DELGADO (2010, p. 78):

(...) o Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, porquanto tem a eficácia de regular a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam.

Nesse ponto merece destaque a teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt⁷. Pesa contra esse teórico da ciência jurídica o fato de ter sido o mentor intelectual da legitimação das atrocidades perpetradas pelo Estado Nazista, mas, sobretudo, em razão de seu engajamento na causa nacional-socialista, a ponto de ser considerado um adversário da democracia liberal, ao elaborar uma filosofia do direito louvando o *Führerprinzip* e o povo alemão.

Aliás, em recente seminário promovido pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ do Conselho da Justiça Federal - CJF, intitulado *25 Anos da Constituição Cidadã*, o Professor da Universidade Federal Fluminense, Rogério Dutra dos Santos, resume bem o momento histórico do surgimento dessa teoria ao esclarecer que:

O constitucionalismo antiliberal representa um movimento de forte crítica a questões políticas que estavam tomando conta do mundo ocidental nos anos 1920 e 1930 e que diziam respeito à possibilidade de representação política das classes populares organizadas. (...) essa possibilidade não parecia interessante para as classes dominantes e por essa razão um sem número de juristas começou a criticar essa corrente, inclusive no sentido de impedir a ascensão do comunismo. **E o remédio que veio a se constituir foi a reforma das bases intelectuais do constitucionalismo moderno para blindar a ascensão das classes populares.**

(Disponível

em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111150&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso

em: 22/10/2013, às 13h05). Grifou-se.

⁷ Conforme pontifica ARANHA (2000, p. 25), o estudo da obra intitulada *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* é imprescindível para o aprofundamento da temática ora ventilada, pela qual Carl Schmitt propõe solucionar o papel que os direitos fundamentais devem desempenhar na teoria constitucional, fazendo-o por meio de sua teoria das garantias institucionais.

Para concluir que:

(...) uma onda de ditaduras vai assolar o mundo ocidental na primeira metade do século XX. A ascensão dessa normatividade provocou a reforma da ordem constitucional de diversos países europeus com poder político concentrado. *Essa nova ordem deveria garantir que determinados valores fossem compreendidos como necessários para a sobrevivência dessas comunidades.* Essa teoria da democracia surge com o constitucionalista alemão Carl Schmitt, apregoa a identidade entre governante e governado. Isto é o que dá a legitimidade à ditadura e afasta a necessidade do parlamento.

(Disponível

em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111150&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso em: 22/10/2013, às 13h11)

Contudo, sua teoria transcende esse caráter negativo e avança em direção a uma interpretação condizente com o atual estágio de desenvolvimento de sociedades periféricas e conflituosas de massa, como é o caso brasileiro, nas quais a garantia ao exercício dos direitos e a vedação ao retrocesso social permitem sua invocação, no que toca aos núcleos essenciais dos direitos fundamentais e, indo além, com base na teoria das garantias institucionais, conformar, caso a caso, os avanços e limites em relação à proteção dos direitos e garantias fundamentais ao trabalho e à melhoria da condição social do obreiro.

Ressalta-se, por oportuno, que em momentos de grande desigualdade social o terreno se torna fecundo para o surgimento de líderes carismáticos e populistas na defesa dos interesses da classe oprimida, ou desfavorecida, como, aliás, restou comprovado pela história.

A linha divisória, portanto, é muito tênue.

Não obstante, assume-se esse risco, em prol de um debate mais denso sobre os fundamentos dos Direitos Fundamentais e a necessidade de se reconhecer e conformar seus respectivos núcleos essenciais, como forma de delinear e justificar uma rede protetiva justrabalista, pelo que ARANHA (2000, p. 20) destaca:

Para Schmitt, os direitos fundamentais por excelência seriam, dentro da concepção liberal ainda reinante na época, aqueles direitos reconhecidamente *anteriores e superiores* ao Estado. Não se visualizavam, pois, *bens jurídicos públicos*, porém, *esferas de proteção da liberdade*, as quais resultaram inexoravelmente em *direitos de defesa* próprios do Estado Liberal. Esses não chamavam a atenção para sua *conformação constitucional*, pois suas expressões legais eram tidas somente como *restrições* ao seu conteúdo inatacável e externo àquelas.

Dessa forma, a dinâmica institucional de condensação dos conteúdos jurídicos se dá por meio da dialética de influências recíprocas entre objetividade e subjetividade, pela qual as *garantias institucionais permitem a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais dentro de uma concepção objetiva de determinação de tais direitos, pois a*

instituição estabelece uma relação própria, que funciona como polo atrativo (ARANHA, 2000, p.21).

Observa o autor, também, que:

A teoria das garantias institucionais de Schmitt serviu mesmo para justificar as transformações pontuais de suas manifestações positivas mediante o distanciamento entre direito fundamental enquanto tal e as garantias a ele *conexas e complementares*, promovendo o fortalecimento destas *imagens de detalhamento* dos direitos fundamentais, e justificando sua natureza de *garantia* por protegerem não a si mesmas, mas a existência de seu objeto: a instituição a que se referem (ARANHA, 2000, p. 43).

Para finalizar nos seguintes termos:

A preocupação dos alemães com a proteção objetiva da essência dos direitos fundamentais os fez declarar expressamente a intangibilidade dos *núcleos essenciais*, entretanto a ausência de tal referência não é obstáculo à consideração séria do tema em sistemas jurídicos que não detenham um dispositivo explícito a respeito. A presença, na constituição alemã, de uma proteção especial aos direitos fundamentais do art. 79 da Lei Fundamental de Bonn é entendida como suficiente à cogitação dos núcleos essenciais. Tal dispositivo encontra seu correspondente na inclusão dos direitos fundamentais, pela Constituição Brasileira de 1988, entre as chamadas *cláusulas pétreas* (ARANHA, pp. 46 e 47).

Recorre-se a uma alegoria para melhor explicar o que se está debatendo: os núcleos essenciais dos direitos fundamentais, do trabalho inclusive, são como “pequenas ilhas” em um oceano normativo, as quais sofrem, diuturnamente (pois a fato social é dinâmico), a influência das marés, ora avançando sobre seus limites costeiros, ora recuando, dando-lhes uma maior territorialidade e expandindo seu raio de ocupação. Contudo, tem-se que esse oceano normativo não poderá avançar em demasia sobre essas “ilhas” de direitos fundamentais do trabalho, sob pena de supressão do próprio instituto, a “ilha”.

Pode-se perguntar: mas o que aconteceria, então, em caso de um *tsunami*? Ora, certamente esse evento varreria a “ilha”, o que pode ser equiparado a uma ruptura normativa estrutural (uma revolução, por exemplo), mas, mesmo assim, passado os efeitos desse “desastre” a “ilha” continuaria a existir, deixariam de existir, contudo, os adornos que delineavam sua exuberância, mas, como direito fundamental que é, restaria intacto, ainda, o seu núcleo essencial (numa perspectiva jusnaturalista), embora ausentes seus contornos e adornos, que seriam redefinidos de acordo com a nova ordem constitucional.

Resta pontuar que Carl Schmitt diferenciava as garantias institucionais (*institutionelle Garantien*), aplicáveis à defesa das instituições de direito público, das garantias do instituto (*Institutsgarantien*), aplicáveis às instituições de direito privado, almejando, justamente, a determinação dos respectivos núcleos essenciais nesse complexo

emaranhado de direitos fundamentais, daí resultando a aplicabilidade de sua teoria ao trabalho, enquanto instituto a ser protegido (ARANHA, 2000, p. 27 e 28).

As garantias institucionais existem enquanto encarnações de institutos determinados pelo plexo de relação que os cercam e revelam as fronteiras objetivas nas quais os direitos fundamentais são envolvidos em determinado momento histórico, numa função conformadora desses direitos, mostrando-se bastante apropriada a colocação de DELGADO (2012, p. 6) ao pontuar que:

Reitera-se, uma vez mais, que para se ter dignidade não é preciso necessariamente se terem direitos positivados, visto ser a dignidade uma intrínseca condição humana. De toda forma, reconhece-se que o Estado, pela via normativa, desempenha função singular com vistas à proteção e manutenção da condição de dignidade do homem.

Retomando-se o teor do julgado retro mencionado, percebe-se que a fundamentação do voto se pautou por uma exposição sobre o reconhecimento dessas novas morfologias de trabalho e a afirmação dos princípios protetivos do direito do trabalho, dando uma interpretação fundada na efetividade do direito fundamental ao trabalho digno e em prol do reconhecimento do vínculo de emprego, que, em situações limítrofes como a discutida nesse caso concreto, necessariamente avança sobre a questão da saúde e segurança do trabalhador como elemento determinante na relação empregatícia.

O reconhecimento dessa condicionante, nessa concepção, mostra-se como uma garantia institucional ao trabalho, pois limita a ação do empregador em estabelecer relações jurídicas diversas com empregados dentro dessa *nova sistemática de diversificação das relações jurídicas entre os sujeitos que prestam serviços (trabalhadores) e os que deles necessitam para o desenvolvimento de seus negócios (empresários)*, impondo-se, desta feita a *ampliação dos vínculos de atributividade entre capital e trabalho*⁸, tendo como horizonte os princípios constitucionais que regem as relações trabalhistas, preservando o núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho digno, aplicável, *in totum*, à prática terceirizante.

A teoria das garantias institucionais, portanto, deu-se com a constatação de que os valores constitucionais assumem a forma tanto de direitos subjetivos como de garantias objetivas dos institutos jurídicos, destinadas a guarnecê-los com especial proteção, limitando, inclusive, a atuação do próprio legislador, quiçá, então, das partes.

Transpassada ao direito do trabalho, a teoria mostra-se condizente com a proteção ao trabalho, enquanto instituto apto a fomentar o pleno desenvolvimento social e assegurar,

⁸ Trechos selecionados do acórdão do Processo TST-RR 394500-42.2009.5.09.0018, cuja ementa encontra-se transcrita, na íntegra, mais adiante, onde o relator faz referência às palavras de Otávio Pinto e Silva, utilizadas no presente contexto tendo em vista a pertinência de suas colocações.

por meio de seus direitos fundamentais expressos na Constituição Federal – Título II, Capítulo II - Dos Direitos Sociais – a consecução da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana, como instrumental posto à determinação de seus núcleos essenciais.

Observa-se uma tendência da jurisprudência do TST, tendo por base as premissas até aqui analisadas e discutidas, no sentido de caminhar, mesmo a passos curtos, para uma cristalização de entendimentos/interpretações que convirjam com os fundamentos de proteção ao trabalho expressos no Diploma Maior, submetendo a legislação infraconstitucional aos anseios democráticos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a partir da definição dos núcleos essenciais que conformam o direito fundamental ao trabalho digno.

Nesse sentido e retomando a análise do caso paradigmático objeto deste estudo, faz-se exemplar a objetiva e clara fundamentação expendida em um precedente da SBDI-1 relativo às empresas do ramo de energia elétrica, sobre a necessidade de não se interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95, igualmente aplicável às empresas de telecomunicações, como uma norma que tornaria lícita a terceirização das atividades-fim daquelas concessionárias ou permissionárias, veja-se:

Postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho é a definição do contrato individual de trabalho. Dos arts. 2º e 3º da CLT emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado. Foi deliberado o propósito de se reconhecer a correspondência e a equivalência entre a relação de emprego e o contrato de trabalho, para os efeitos da legislação social, correspondência essa não prevista na escola contratualista italiana, que exige expressa pactuação. Esse elemento distintivo é fundamental. O nosso fundamento do contrato é o acordo tácito, daí porque a relação de emprego constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho. Este conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto o é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho, daí a razão de ser do art. 9º consolidado.

A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.

(...)

Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. Seria a interdisciplinariedade às avessas, pois a norma geral administrativa estaria a rejeitar a norma especial trabalhista e seu instituto fundamental. O instituto que lhe dá feição característica e autonomia científica, pois, no conceito de empregado e empregador, vinculadas as atividades daquele às atividades essenciais e primordiais deste, teríamos uma interposta pessoa, sempre. **Não teríamos mais uma relação bilateral, haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral, em detrimento da legislação social e seus preceitos cogentes.**

(E-RR - 586341-05.1999.5.18.5555, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/05/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16/10/2009) Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-E-RR%20-%20586341-05.1999.5.18.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAvLyAAI&dataPublicacao=16/10/2009&query=>>>. Acesso em: 13/9/2013. Grifou-se.

Resta claro, não obstante se demonstrarem como instrumentos hábeis à dignificação do trabalho e de seu valor social, que a invocação dos atos constitutivos das organizações internacionais de proteção ao trabalho e de direitos humanos é praticamente ausente quando se tem em discussão a proteção ao instituto, como consectário do respeito à pessoa humana e da observância à plataforma constitucional mínima de proteção ao labor.

3.2 Identificação da modalidade de subordinação da terceirização e a responsabilidade das empresas tomadoras.

É pela formação do vínculo empregatício que se reconhece e identifica os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, cujo padrão clássico é o que melhor protege o trabalhador, ao passo que é por meio dele que se reúnem e caracterizam tais elementos, regulamentando de forma eficaz o labor humano.

Tais elementos têm sofrido, ao longo do tempo e tendo em vista o grau de desenvolvimento das sociedades e do próprio trabalho, algumas releituras em seus fundamentos, ampliando-os de maneira a abarcarem um maior número de relações que, hoje em dia, fazem-se presentes na realidade das contratações de mão de obra.

Sob essa perspectiva, esclarece VILHENA (1999, pp. 463 e 464) que:

(...) o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócio, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem. A missão do pesquisador reside em detectar essas alterações, através das quais o conceito jurídico sofreu revisão em suas bases. E foi exatamente o que se deu com a subordinação, que hoje não mais é vista dentro da mesma forma conceitual com que a viram juristas e magistrados de vinte, trinta ou cinquenta anos passados. Debite-se o fenômeno à própria evolução do Direito do Trabalho (com força expansiva constante) ou a incorporação de quaisquer atividades em seu campo de gravitação (o trabalho intelectual, por exemplo), o fato é que a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social a que visam exprimir e equacionar.

Comunga desse entendimento SOUTO MAIOR (2008, pp. 47 e 48), ao pontuar, de forma bastante provocativa, que:

Ora, se houvesse algum modo juridicamente válido para que, de forma generalizada, um autêntico empregado não fosse considerado empregado, essa fórmula serviria a todas as pessoas, o que implicaria dizer que não existiria a relação de emprego. O problema é que no Brasil muitos acham que podem ser mais “espertos” que os outros. Enquanto seu concorrente contrata empregados e os registra, o “esperto” acha que pode – só ele, o concorrente não – admitir trabalhadores para executar os mesmos serviços, mas, por conta de uma mágica qualquer, não os considerar seus empregados e, conseqüentemente, não suportar os custos decorrentes da aplicação do Direito do Trabalho. Claro que isso só pode ser uma doce ilusão, que, ao final, fica bastante amarga.

Ampliam-se, assim, as possibilidades de tutela trabalhista, dando-lhe efetividade aos novos segmentos laborais, e de interpretação jurídica, conformando-a aos direitos fundamentais do trabalho, expressos na Carta Política de 1988, em seu art. 7º, e, indo além, submetendo aos seus princípios as relações de trabalho não empregatícias ou fronteiriças.

Ademais, a extensão da competência da Justiça do Trabalho, inserida pela Emenda Constitucional 45/2004, submete ao crivo dessa justiça especializada, igualmente, as ações oriundas de relação de trabalho, o que motiva a teoria e a prática a repensar os fundamentos e princípios que orientam o ramo justralhista.

Nos últimos anos, por exemplo, foram construídas teorias de expansão sobre a reflexão da possibilidade da existência de relações de emprego com os trabalhadores avulsos, prioritariamente os da zona portuária, mas já se chega a pensar nessas questões em relação aos trabalhadores avulsos de portos secos, denominados “chapa”, ante a similitude de atribuições e a natureza da ocupação.

Tem-se, assim, um terreno fecundo para se repensarem os elementos fático-jurídicos da relação de emprego e sua conseqüente e abalizada extensão para a efetividade da tutela dessa relação de trabalho, abrindo possibilidades de conformação dessas relações a um patamar constitucional mínimo de valorização do trabalho e do próprio trabalhador, que pode ser empregado ou não, inclusive pela própria dicção do texto constitucional, ao estabelecer no *caput* do art. 7º que são *direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social* e passa a elencar os direitos.

Mas quais são as possibilidades dessa nova interpretação?

Maurício Godinho Delgado traça três possibilidades de abertura do Direito do Trabalho⁹, concluindo pela possibilidade de utilização das duas primeiras e abrindo uma terceira via de expansão, baseadas na: i) efetividade do Direito do Trabalho, ou seja, o cumprimento de seus preceitos pelo alargamento da tutela trabalhista, submetendo o caso concreto ao cumprimento da norma; ii) ampliação do processo de interpretação dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, objetivando alcançar as contratações fronteiriças ao padrão clássico ou dúbias, como por exemplo o trabalho em domicílio, a representação comercial, a terceirização trabalhista, dentre outras; e iii) ampliação do Direito do Trabalho para relações não empregatícias, forte na premissa de que todos os trabalhos, de algum modo e em determinada intensidade, promovem a dignidade humana, enquanto instituto apto à consecução da cidadania e da justiça social.

Assim, em observância a essas possibilidades, a dignidade no âmbito trabalhista está abrigada pelo Direito do Trabalho, enquanto direito fundamental, devendo ser assegurada e reconhecida em todas as relações estabelecidas entre trabalhadores e tomadores de seus serviços, num esforço interpretativo e de subsunção da norma ao caso concreto, o que, aliás, tem ocorrido com os trabalhadores avulsos, por exemplo.

Cabe salientar que ampliar as relações de emprego, seja pela via legislativa ou pela via jurídica, significa observar o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que orienta o intérprete, ao estabelecer diretrizes de inclusão e de exclusão, mas, partindo da premissa de que direitos devem ser interpretados de forma ampliativa, abre-se espaço para se perquirir se tais direitos fundamentais são direitos de trabalhadores em geral ou somente de empregados.

Esse dispositivo não apenas lança direitos individuais trabalhistas, mas, também, estabelece direitos de seguridade social, sendo assim, não parece razoável desvincular direitos de trabalhadores e direitos de empregados, pois todos abarcados pelo patamar constitucional mínimo de proteção ao trabalho.

A ampliação dos direitos fundamentais do trabalho para as relações de trabalho oriundas da intermediação de mão de obra não tem por objetivo engessá-las ou inviabilizá-las, mas sim estabelecer um patamar constitucional mínimo de proteção, haja vista que as relações de emprego clássicas já contam com um arcabouço normativo que as asseguram, o que se

⁹ Anotações acadêmicas do autor feitas em sala de aula, por ocasião da disciplina Direito do Trabalho e Dignidade do Ser Humano, ministrada pela Prof.^a Gabriela Neves Delgado, no decorrer da especialização em direito constitucional do trabalho, promovida pela Universidade de Brasília – UnB e em cuja bibliografia indicada ainda não se verificou.

pretende é o reconhecimento de que os direitos fundamentais do trabalho possam ser absorvidos por qualquer relação e não somente por esta última.

O desafio que se propõe para a teoria, e porque não à prática, é, portanto, a extensão dos direitos fundamentais trabalhistas como fundamento constitucional para qualquer relação de trabalho e não apenas para as relações celetistas, com alguns autores radicalizando essa visão, como é o caso de Antônio Álvares da Silva¹⁰, que em suas obras aborda, com perspicácia magisterial, as polêmicas atuais do mundo do trabalho.

A subordinação do trabalhador terceirizado mostra-se como um dos elementos mais complexos nessa modalidade de contratação, pois, como visto, o trabalhador possui uma relação de emprego com o prestador de serviço e uma relação econômica com o tomador de serviço, fazendo com que os elementos que se apresentam no mundo da vida sejam “jurisdicizados” no mundo do direito.

Daí porque Maurício Godinho Delgado se pauta, com propriedade, na concepção de ampliação do conceito de subordinação, propondo que o ponto de identificação desse elemento da relação de emprego seja a própria inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Nas suas palavras: “Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*” (DELGADO, 2006, p. 667).

Cabe destacar que não se devem confundir os requisitos contratuais com os pressupostos, ou elementos fático-jurídicos, da relação de emprego, pois estes asseguram a condição da relação de emprego, já aqueles asseguram a validade dessa relação.

Percebe-se um movimento da jurisprudência no sentido de alargar o conceito de subordinação, senão veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - AVON - EXECUTIVA DE VENDAS – VÍNCULO EMPREGATÍCIO – SUBORDINAÇÃO – REEXAME CONCEITUAL – PONDERAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA – ESSENCIALIDADE NA IDENTIDADE DO TRABALHADOR – ANÁLISE CRITERIOSA DO JULGADOR. O conceito de subordinação tem recebido tratamento especial pela doutrina, na qual se destaca a necessidade de seu reexame, a fim de amparar, nas palavras de Otavio Pinto e Silva, "a diversificação das relações jurídicas entre os sujeitos que prestam serviços (trabalhadores) e os que deles necessitam para o desenvolvimento de seus negócios (empresários)", impondo-se, desta via a "ampliação dos vínculos de atributividade entre capital e trabalho". Nessa

¹⁰ Em relação ao ponto específico deste estudo, recomenda-se a leitura de sua obra *Globalização, Terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal* (São Paulo: Ed. LTr, 2011) pela qual o autor dissecou a Súmula 331 do TST, tendo por suporte as previsões normativas de seu próprio texto e discutindo o seu real alcance, trazendo à baila, ainda, a problemática da terceirização ser regulada por lei ou ser ela entregue à negociação coletiva.

evolução quanto à abordagem do conceito de subordinação, parte-se do conceito de **"subordinação clássica"**; trata-se, com brevidade, a defesa de Otavio Pinto e Silva do conceito de **"parassubordinação"**; passa-se à ampliação conceitual proposta pelo Ministro Maurício Godinho Delgado para análise da terceirização, **"subordinação estrutural"**; e, por fim, destacando a proposta de expansão do direito de trabalho, é examinada a proposta de Lorena Vasconcelos Porto de **"subordinação integrativa"**. **Essa evolução conceitual serve para destacar a necessidade de análise do preenchimento dos elementos definidores do vínculo empregatício, com olhar sensível à realidade atual, com as bases legais estabelecidas, mas com a interpretação orientada pelos princípios que justificam e fundamentam o direito do trabalho. Por outro lado, não se pode desconsiderar o princípio da livre iniciativa, que, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, é fundamento da ordem econômica.** Nesse sentido, com base em elementos dos autos e nas regras de experiência, reconheço que a reclamada, AVON, destaca-se por se dedicar a um segmento de clientes brasileiros que por muito fora negligenciado pelas empresas brasileiras, as mulheres, sobretudo, aquelas com menor poder aquisitivo. A estratégia de marketing empresarial adotada pela AVON, na qual desenvolveu, com qualidade, produtos especialmente para o fenótipo das mulheres brasileiras, preços acessíveis ao público destinado e, para tanto, tendo em vista a rede de distribuição, permitiu a complementação de renda de grande quantidade de trabalhadoras brasileiras: empregadas domésticas, manicures, cabeleireiras, secretárias, donas de casa, entre muitas outras, não merece ser desencorajada. Dessa via, também, a adoção de critérios para decisão judicial sem atenção a um juízo de ponderação pode inviabilizar todo o modelo de negócio desenvolvido pela reclamada e tornar imperiosa a necessidade de revisão do negócio pela oclusão da rede de vendedoras articulada. Entretanto, não parece razoável que empresas, que atendem o varejo, tenham um imenso contingente de vendedores, os quais compõem uma desmesurável força de vendas em relação aos concorrentes, tenham um número mínimo de empregados, aos quais ficam restritos os "privilégios" dos direitos trabalhistas. Com essas ponderações, destaco que, além de se apoiar na nova doutrina, em que os arts. 2º e 3º da CLT têm recebido interpretação fundada na efetividade ao direito fundamental ao trabalho digno, o reconhecimento do vínculo empregatício, em situações limítrofes, como a discutida nos autos, deve abordar a questão da "identidade" do trabalhador como elemento determinante da relação empregatícia. Max Weber, no clássico estudo sociológico "A Ética Protestante e o 'Espírito' do Capitalismo", já destacava o papel central do trabalho como elemento a fornecer a identidade do indivíduo na modernidade. Por tudo isso, defendendo que cabe ao Julgador o papel fundamental de buscar depreender das provas se aquele trabalho desenvolvido, a princípio de forma autônoma, passou, em determinado ponto da relação entre as partes, a representar um papel mais significativo na vida do trabalhador, essencial do ponto de vista de sua identidade. No caso dos autos, foi registrado pela Corte a quo que a reclamante fora contratada como revendedora AVON e, posteriormente, elevada à condição de "Executiva de Vendas", na qual passou a ser responsável pela arrecimação, treinamento e gerenciamento do desempenho das revendedoras que indicava, inclusive recebendo cobranças pela quantidade de vendas que essas vendedoras realizavam. Nessa perspectiva, a intensidade dos trabalhos realizados desempenhou papel significativo para a trabalhadora, sendo certo, ainda, que o vigor dos questionamentos por produtividade levou, inclusive, à formulação de pretensão de indenização por assédio moral, a qual ainda que julgada improcedente revela a centralidade daquela relação na identidade da reclamante. Assim, os elementos destacados pela Corte regional indicam que, efetivamente, houve o correto enquadramento jurídico da questão, esbarrando-se qualquer conclusão de forma diversa na incidência objetiva da Súmula nº 126 desta Corte.

Agravo de instrumento desprovido.

(Processo TST-RR 394500-42.2009.5.09.0018, Rel. Min. VIEIRA DE MELLO FILHO, julgado em 18/12/2012 – 4ª Turma, publicado no DEJT de 1º/2/2013. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta>

=Consultar&conscsjt=&numeroTst=394500&digitoTst=42&anoTst=2009&orgaoTs
t=5&tribunalTst=09&varaTst=0018>. Acesso em: 23/9/2013, às 11h25). Grifou-se.

Percebe-se que o debate se travou em reconhecer o vínculo de emprego a partir da modalidade de subordinação que definia a relação jurídica entre a obreira e o “tomador” de seus serviços, ao destacar que cabe ao julgador o papel fundamental de buscar depreender das provas se aquele trabalho desenvolvido, a princípio de forma autônoma, passou, em determinado ponto da relação entre as partes, a representar um papel mais significativo na vida do trabalhador, essencial do ponto de vista de sua identidade.

É perceptível o equívoco da legislação quando identificou a subordinação com a dependência econômica, esta vai além dos contornos jurídicos da relação de emprego. A subordinação não pode ser compreendida, de forma imediata, como qualificadora da dependência, pois o sentido clássico, ou subjetivo, de subordinação era concebido na relação direta com e pelo comando do empregador, ou seja, visível pelo grau de ordens emanadas pelo empregador ao empregado.

Recorre-se à lição de SOUTO MAIOR (2008, p. 52), a fim de aclarar mais o que se está examinando, quando este pontifica que:

Quanto à dependência econômica, é importante não confundir as coisas. Este aspecto, relevante, mas não determinante da relação de emprego, não deve ser visto a partir da vinculação da pessoa com seu próprio trabalho. Em outras palavras, a característica da dependência não pode ser enunciada pela vinculação que toda pessoa tem com o seu próprio trabalho.

Concluindo que:

De todo modo, como dito, o aspecto da dependência econômica não é decisivo para a configuração da relação de emprego, pois primeiro, a exclusividade não é elemento essencial do vínculo empregatício e assim um trabalhador pode depender economicamente de mais de um contratante, tendo em cada um deles um vínculo de emprego específico; e, segundo, em uma dada relação jurídica o trabalhador pode se vincular sem uma situação de dependência econômica com seu contratante e mesmo assim caracterizar-se a hipótese de uma relação de emprego. (2008, p. 53)

Exemplifica com o caso de juízes que se vinculam a uma determinada instituição de ensino para ministrar aulas, dependência econômica evidentemente não há, pois a remuneração principal do obreiro, o seu salário, não é oriunda de suas atribuições magisteriais, mas nem por isso resta desconfigurada a subordinação jurídica deles com as respectivas instituições, esta, sim, elemento essencial do vínculo empregatício.

Saliente-se, por oportuno, que a subordinação jurídica se distingue da sujeição pessoal na medida em que as ordens do empregador se limitam aos contornos da relação de

emprego, do contrato de trabalho firmado entre as partes. Subordinação e poder empregatício são, assim, faces da mesma moeda, afinal, alguém obedece porque alguém comanda.

Desloca-se, mas não se desconsidera, o grau de intensidade das ordens quando o empregado se integra aos fins do empreendimento, numa tentativa de se ampliar os contornos da subordinação para alcançar a proteção de outras relações fronteiriças ao Direito do Trabalho, como é o caso da terceirização, modalidade de contratação pela qual o obreiro se integra à estrutura do empreendimento, independentemente de receber ou não ordens diretas do tomador de seus serviços, na medida em que o trabalhador acolhe a direção dada pelo tomador de serviços, como já salientado.

Feitas essas considerações, observa-se uma tentativa, no marco da relação trabalhista, de ampliação do conceito de subordinação jurídica, como contraponto às tentativas de precarização das relações de emprego, por meio da desregulamentação desse elemento, como, aliás, pode-se perceber com a parassubordinação¹¹.

Surgida na Itália, a parassubordinação é uma tentativa de desregulamentação das relações de trabalho, pela qual, trabalhadores que mantêm um feixe de poderes inerentes à ideia de autonomia, mantêm a subordinação, mas, ao mesmo tempo, apresentam na relação de trabalho feixes de autonomia.

O pensamento predominante é o de que os trabalhadores não estão sob o manto protetivo do Direito do Trabalho e seu arcabouço normativo, afinal, todas as vezes que surge uma oportunidade para a caracterização da parassubordinação, abre-se espaço à desregulamentação do labor humano, ou seja, é um modo de precarização.

O Direito do Trabalho, assim, avança por novos rumos, seja pelas modificações da vida social, seja pelas reformas legislativas, seja pela forma de se trabalhar, de maneira que a própria regulamentação do trabalho vai evoluindo e se modificando, contudo, nem sempre as modificações são para uma situação melhor, mas permanece a esperança de que o trabalho humano seja valorizado como um dos bens mais preciosos das relações sociais, merecendo seu estudo uma análise casuística e profunda, propiciando uma visão abrangente dos diversos fenômenos relacionados ao Direito do Trabalho.

¹¹ Lorena Vasconcelos Porto faz uma profunda análise dessa modalidade de subordinação em sua obra *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária* (São Paulo: Ed. LTr, 2009), pela qual a autora avalia se de fato a presença de feixes de autonomia numa prestação de serviços tem a possibilidade de desnaturar a relação jurídica de emprego. Se há predominância da intensidade de ordens, de subordinação integrativa e objetiva, mesmo que havendo algum feixe de autonomia do obreiro, não se deve admitir a desregulamentação da relação de emprego por meio da figura da parassubordinação, enquanto instrumento hábil à precarização do trabalho.

No momento em que novos ventos sopram para a Justiça do Trabalho, reforçada institucionalmente pelo aumento de sua competência material, conforme determinado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a expansão do debate científico proporcionada pela visão de diferentes experiências acaba por se tornar um instrumento imprescindível para a (re)constitucionalização do Direito do Trabalho.

3.3 Reconhecimento do vínculo empregatício: um caminho civilizatório?

Para delinear um caminho civilizatório, faz-se imprescindível, ante o até aqui exposto, atentar-se não só para a interdisciplinaridade do Direito do Trabalho, em que a norma especial trabalhista, pelo critério da especialidade, afasta a aplicação da norma geral, mas, sobretudo, é necessário levar-se em consideração que a colisão e a interação entre as normas dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e as dos artigos 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 trazem embutido nítido conflito entre princípios norteadores de ramos jurídicos distintos, cuja interpretação, pautada na ponderação e no sopesamento dos princípios e dos valores envolvidos, não pode propiciar a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho – o princípio da proteção da parte hipossuficiente – e as próprias figuras do empregado e do empregador.

Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de *call center* no âmbito das empresas de telecomunicação caracterize atividade-meio, afinal, quanto a esses serviços, de acordo com a enciclopédia digital Wikipédia, uma central de atendimento *é composta por estruturas físicas e de pessoal, que têm por objetivo centralizar o recebimento de ligações telefônicas, distribuindo-as automaticamente aos atendentes e possibilitando o atendimento aos usuários finais, realização de pesquisas de mercado por telefone, vendas, retenção e outros serviços por telefone, Web, Chat ou e-mail* (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Central_de_atendimento. Acesso em 20/9/2013, às 11h11).

O aumento desse serviço nos últimos anos está associado à observância e aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, que determinou que as empresas disponibilizassem Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), ou canais similares, os quais foram regulamentados pelo Decreto 6.523, de 31 de julho de 2008, a fim

de dar efetividade aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, norteadores do direito do consumidor.

Diante da exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial nas concessionárias de serviço de telefonia para possibilitar o bom desenvolvimento de sua atividade. É por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor solicita serviços de manutenção de sua linha telefônica nos casos de mau funcionamento, obtém informações acerca dos serviços oferecidos pela empresa e faz reclamações, dentre tantos outros requerimentos decorrentes do serviço público de telefonia prestado pela concessionária. Vale ressaltar que, muitas vezes, o reparo de determinado defeito relatado pelo consumidor é feito por intermédio do próprio atendimento por telefone ou por quaisquer outros meios de comunicação utilizados.

Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telecomunicação, pois a boa prestação desse serviço, assegurada no CDC, passa, necessariamente, pelo atendimento a seus usuários feito por meio das centrais de atendimento e seus atendentes, em sua maioria, terceirizados.

Não por acaso e por ocasião da votação do PL 4330-A/2004, que tenta regulamentar a prática da terceirização, os ministros do TST vieram a público, numa postura inédita na história daquela Corte, para reafirmarem o seu repúdio e total discordância com essa iniciativa legislativa, cujo pronunciamento, tendo em vista sua pertinência temática com o objeto deste estudo, transcreve-se na íntegra:

Excelentíssimo Senhor deputado Décio Lima.
Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

A sociedade civil, por meio de suas instituições, e os órgãos e instituições do Estado, especializados no exame das questões e matérias trabalhistas, foram chamados a opinar sobre o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que trata da terceirização no Direito brasileiro.

Em vista desse chamamento, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, infra-assinados, com a experiência de várias décadas na análise de milhares de processos relativos à terceirização trabalhista, vêm, respeitosamente, apresentar suas ponderações acerca do referido Projeto de Lei:

I. O PL autoriza a generalização plena e irrefreável da terceirização na economia e na sociedade brasileiras, no âmbito privado e no âmbito público, podendo atingir quaisquer segmentos econômicos ou profissionais, quaisquer atividades ou funções, desde que a empresa terceirizada seja especializada.

II. O PL negligencia e abandona os limites à terceirização já sedimentados no Direito brasileiro, que consagra a terceirização em quatro hipóteses:

- 1- Contratação de trabalhadores por empresa de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.06.1974);
- 2- Contratação de serviços de vigilância (Lei n 7.102, de 20.06.1983);
- 3- Contratação de serviços de conservação e limpeza;
- 4- Contratação de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexista a personalidade e a subordinação direta;

III. A diretriz acolhida pelo PL nº 4.330-A/2004, ao permitir a generalização da terceirização para toda a economia e a sociedade, certamente provocará gravíssima lesão social de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários no País, com a potencialidade de provocar a migração massiva de milhões de trabalhadores hoje enquadrados como efetivos das empresas e instituições tomadoras de serviços em direção a um novo enquadramento, como trabalhadores terceirizados, deflagrando impressionante redução de valores, direitos e garantias trabalhistas e sociais.

Neste sentido, o Projeto de Lei esvazia o conceito constitucional e legal de categoria, permitindo transformar a grande maioria de trabalhadores simplesmente em 'prestadores de serviços' e não mais 'bancários', 'metalúrgicos', 'comerciários', etc. Como se sabe que os direitos e garantias dos trabalhadores terceirizados são manifestamente inferiores aos dos empregados efetivos, principalmente pelos níveis de remuneração e contratação significativamente mais modestos, o resultado será o profundo e rápido rebaixamento do valor social do trabalho na vida econômica e social brasileira, envolvendo potencialmente milhões de pessoas.

IV. O rebaixamento dramático da remuneração contratual de milhões de concidadãos, além de comprometer o bem estar individual e social de seres humanos e famílias brasileiras, afetarà fortemente, de maneira negativa, o mercado interno de trabalho e de consumo, comprometendo um dos principais elementos de destaque no desenvolvimento do País. Com o decréscimo significativo da renda do trabalho ficará comprometida a pujança do mercado interno no Brasil.

V. Essa redução geral e grave da renda do trabalhador brasileiro – injustificável, a todos os títulos – irá provocar também, obviamente, severo problema fiscal para o Estado, ao diminuir, de modo substantivo, a arrecadação previdenciária e tributária no Brasil.

A repercussão fiscal negativa será acentuada pelo fato de o PL provocar o esvaziamento, via terceirização potencializada, das grandes empresas brasileiras, que irão transferir seus antigos empregados para milhares de pequenas e médias empresas – todas especializadas, naturalmente -, que serão as agentes do novo processo de terceirização generalizado.

Esvaziadas de trabalhadores as grandes empresas – responsáveis por parte relevante da arrecadação tributária no Brasil -, o déficit fiscal tornar-se-á também incontrolável e dramático, já que se sabe que as micro, pequenas e médias empresas possuem muito mais proteções e incentivos fiscais do que as grandes empresas. A perda fiscal do Estado brasileiro será, conseqüentemente, por mais uma razão, também impressionante. Dessa maneira, a política trabalhista extremada proposta pelo PL 4.330-A/2004, aprofundando, generalizando e descontrolando a terceirização no País, não apenas reduzirá acentuadamente a renda de dezenas de milhões de trabalhadores brasileiros, como também reduzirá, de maneira inapelável, a arrecadação previdenciária e fiscal da União no País.

VI. A generalização e o aprofundamento da terceirização trabalhista, estimulados pelo Projeto de Lei, provocarão também sobrecarga adicional e significativa ao Sistema Único de Saúde (SUS), já fortemente sobrecarregado. É que os trabalhadores terceirizados são vítimas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais/profissionais em proporção muito superior aos empregados efetivos das empresas tomadoras de serviços. Com a explosão da terceirização – caso aprovado o PL nº 4.330-A/2004 -, automaticamente irão se multiplicar as demandas perante o SUS e o INSS.

São essas as ponderações que apresentamos a Vossa Excelência a respeito do Projeto de Lei nº 4.330-A/2004, que trata da 'Terceirização'.

Respeitosamente,

Seguem as assinaturas dos ministros Antônio José de Barros Levenhagen; João Oreste Dalazen; Emmanoel Pereira; Lelio Bentes Corrêa; Aloysio Silva Corrêa da Veiga; Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; Maria de Assis Calsing; Fernando Eizo Ono; Márcio Eurico Vitral Amaro; Walmir Oliveira da Costa; Maurício Godinho Delgado; Kátia Magalhães Arruda; Augusto César Leite de Carvalho; José Roberto Freire Pimenta; Delaíde Alves

Miranda Arantes; Hugo Carlos Scheuermann; Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão.
(Disponível em: http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=222985&id_secao=8). Acesso em: 5/9/2013,15h19)

Esse pronunciamento da Justiça do Trabalho, a qual nem sempre favoreceu os interesses dos assalariados, por meio de 19 ministros que compõem a mais alta Corte Trabalhista, no tocante ao PL 4330-A/2004, revela muito mais firmeza, ciência, sabedoria e coragem do que as próprias centrais sindicais e alguns líderes de partidos políticos que dizem representar a classe trabalhadora, mas parecem meio perdidos nas brumas ilusórias da conciliação de classes.

Os movimentos para impedir a aprovação do projeto de lei de autoria do deputado Sandro Mabel (GO) inclui uma campanha nacional por sua rejeição e integra as principais pautas trabalhistas propagadas atualmente, inclusive, nas recentes manifestações de rua promovidas Brasil afora.

Em Audiência Pública realizada pelo TST em 2011¹², a primeira de sua história, debateu-se a questão ora sob análise, permitindo a oitiva de especialistas e integrantes da sociedade civil com o objetivo de obter subsídios e esclarecimentos acerca das questões fáticas, técnicas, científicas, econômicas e sociais relativas à subcontratação de mão de obra por meio de interposta pessoa.

Pôde-se perceber que aqueles que defendem a terceirização se baseiam em duas teses principais, a saber: i) a legalidade e a conveniência da terceirização das atividades-fim das empresas tomadoras de serviços, e ii) a sua legitimidade, ante a possibilidade de se atingir maior eficiência e produtividade, gerando-se, conseqüentemente, mais riqueza e mais empregos.

Ambas as premissas foram desconstruídas por valiosos dados estatísticos e sociológicos apresentados por aqueles que entendem que a terceirização da atividade-fim é, necessariamente, um fator de precarização do trabalho, como um prelúdio do pronunciamento do TST mencionado alhures.

O acórdão paradigmático fez algumas considerações importantes sobre as colocações e exposições feitas no decorrer desse evento, vejam-se algumas:

O professor Dr. Anselmo Luiz dos Santos, do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da UNICAMP, foi claro ao afirmar que não há estímulo à produtividade na terceirização, mas sim o contrário, já que a

¹² O material de subsídio a este estudo está disponível no sítio do Tribunal Superior do Trabalho, acessível pelo endereço http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php.

redução do custo do trabalho decorreria, inevitavelmente, da **diminuição da proteção legal dos direitos materiais dos trabalhadores terceirizados**, e não da elevação do investimento e da inovação tecnológica, tendo sustentado, ainda, que o sucesso competitivo de uma empresa depende mais do ambiente econômico do que da redução do custo do fator trabalho.

Na mesma linha, Clemente Ganz Lucio, Diretor Técnico do DIEESE, defendeu, textualmente, que a produtividade espúria decorrente da adoção do processo de terceirização se dá uma única vez, enquanto a produtividade sistêmica (que considera a eficiência de toda a produção, e não apenas de determinada fase, e depende dos diversos e interdependentes fatores e variáveis que definem e estruturam o processo produtivo) gera processo real de renda e emprego. Destacou, ainda, a **dificuldade de enquadramento da atividade da empresa prestadora de serviço a um determinado setor econômico, e, conseqüentemente, de enquadramento sindical do empregado terceirizado**, tendo indicado, como forma de enfrentamento do problema, que o enquadramento sindical do trabalhador terceirizado seja o mesmo do empregado da empresa tomadora.

Por outro lado, o Prof. Sávio Machado Cavalcante, representante do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações – SINTTEL/PI, referiu-se a pesquisas em que se demonstrou a diminuição na contratação direta de empregados e o **aumento vertiginoso do número de terceirizações entre os anos de 1994 e 2007 na área de telecomunicações, chegando-se a situações em que, em alguns Estados da federação, somente 25% dos trabalhadores do setor passaram a ser contratados diretamente como seus empregados, pelas empresas concessionárias.**

Especificamente quanto aos trabalhadores da área de *call center*, o citado palestrante demonstrou que, **dos 400 mil empregados envolvidos nessa atividade em 2011, somente 203 mil eram empregados diretos das empresas de telecomunicações, sendo os demais terceirizados** (o que serve para demonstrar, por outro lado, que a mesma função nessas empresas tem sido desempenhada, simultaneamente, e na mesma empresa tomadora, por seus próprios empregados e por trabalhadores terceirizados).

(...)

O professor Sávio destacou, ainda, a **pulverização da ação do sindicato profissional e seu conseqüente enfraquecimento, bem como a diminuição de forma global dos salários pagos no setor**, já que os baixos salários pagos aos empregados terceirizados acabaram “contaminando” os salários dos trabalhadores diretos, que também foram reduzidos, não obstante sua maior qualificação.

Por fim, o Sr. Flávio Rodrigues, Presidente do Sindicato dos Telefônicos do Rio Grande do Sul – SINTTEL/RS, relatou a **ausência de verdadeira independência administrativa das empresas intermediadoras de mão de obra no setor de telecomunicações, já que as operadoras e tomadoras dos serviços dos trabalhadores terceirizados passaram a intervir na sua gestão**, tendo controle sobre as contratações, os recolhimentos das parcelas salariais e de tributos, a dispensa dos terceirizados que, de alguma forma, impossibilitam o atingimento de metas, o que, a seu ver, demonstraria que, na prática, a efetiva gestão direta dos trabalhadores terceirizados pelas tomadoras de seus serviços.

(E-ED-RR - 2938-13.2010.5.12.0016, Redator Designado Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 8/11/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/3/2013). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-2938-13.2010.5.12.0016&base=acordao&numProcInt=68184&anoProcInt=1999&dataPublicacao=26/03/2013 07:00:00&query=>>>. Acesso em 13/9/2013. Grifou-se

Esse conjunto de informações esclarece e elucida alguns pontos debatidos na Audiência Pública na qual se discutiu a terceirização de mão de obra, sendo forçoso

reconhecer a necessidade de manter a vedação de terceirização das atividades-fim das empresas, ante a flagrante demonstração de que essa forma de relação trabalhista, muito frequentemente, fere os princípios cardeais do Direito do Trabalho e seus fundamentos de proteção.

Permanece íntegro, portanto, um claro limite para a intermediação do trabalho subordinado, com vistas a impedir, para muito além da precarização das condições de trabalho, a mercantilização do labor humano, conforme preconizado na Declaração de Filadélfia da OIT de 1926, possibilitando o aumento da produtividade às expensas exclusivas do obreiro.

Levando-se em conta a finalidade da terceirização, a qual, repisa-se, é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais, por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, continua vedada toda e qualquer terceirização das atividades-fim das empresas, conforme entendimento majoritário da Corte Superior trabalhista, sedimentado nos itens I e III da Súmula nº 331 daquele Tribunal, cuja observância vincula e define as atividades das empresas concessionárias ou permissionárias do ramo de telecomunicações.

Dessa forma, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado por obreiro terceirizado no âmbito de empresas de telecomunicações, torna-se necessário o reconhecimento e a existência de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de telecomunicações que se valha de mão de obra interposta, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST.

Cabe destacar que, em observância ao patamar constitucional mínimo de proteção ao trabalho, é indispensável repelir o argumento de que tal entendimento, ao invés, prejudica tais trabalhadores, ao acarretar o desemprego desta massa de detentores de um “quase-pleno-emprego” que, nos últimos anos, não tem cessado de crescer, mais em razão do cenário de recessão econômica do que em razão do cumprimento da legislação pertinente.

O uso desse argumento contra aqueles que apenas já se limitaram em seus direitos, objetivando sua (re)colocação no mercado de trabalho, torna-se, em si mesma, condenável, ao passo que, no futuro, limita o próprio exercício do direito constitucional de ação, na medida em que os verdadeiros empregadores desses trabalhadores terceirizados nas atividades-fim das empresas do setor de telecomunicações são essas últimas, e não as empresas fornecedoras dessa mão de obra, cujo reconhecimento do vínculo de emprego, restabelece seus direitos trabalhistas sonogados em virtude dessa terceirização ilícita.

Afinal, como as empresas do setor de telecomunicações, por força da legislação que protege os usuários e consumidores dos serviços por elas prestados, necessitam disponibilizar, de forma contínua e permanente, por meio de seus respectivos *call centers*, esse canal de relacionamento, obrigam-se a fazê-lo sem abrir mão de nenhum dos numerosos postos de trabalho hoje ocupados pelos terceirizados, os quais, a partir desse entendimento, o farão exclusivamente na forma da legislação trabalhista, ou seja, por meio de seus próprios empregados, restabelecendo os princípios norteadores e os limites da terceirização pelas empresas.

Daí a conclusão do acórdão ao estabelecer que:

Assim, evidenciado que o serviço de *call center* se enquadra na atividade-fim das empresas de telecomunicações e que sua terceirização, por via de consequência, é inteiramente ilícita, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, do vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o consequente pagamento, pela verdadeira empregadora e por sua litisconsorte, coautora desse ato ilícito, de todos os direitos trabalhistas assegurados pela primeira a seus demais empregados, exatamente como já procedeu a Sexta Turma desta Corte, em sua decisão embargada.

(E-ED-RR - 2938-13.2010.5.12.0016, Redator Designado Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 8/11/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/3/2013). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-2938-13.2010.5.12.0016&base=acordao&numProcInt=68184&anoProcInt=1999&dataPublicacao=26/03/2013 07:00:00&query=>>>. Acesso em 13/9/2013.

O entendimento consagrado vai ao encontro do que já se estipulou em vários documentos internacionais, como declarações e tratados de direitos humanos e da OIT, pelos quais se estabelece o caráter digno do trabalho e sua importância para o pleno exercício da cidadania e como instrumento de promoção da justiça social, para tanto, cite-se excerto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1948, que preceitua que:

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

(Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em: 13/9/2013, às 11h44).

Ademais, a OIT estipula em sua Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que:

(...)
todos os Membros, mesmo que não tenham ratificado as convenções em questão, têm o dever, que resulta simplesmente de pertencerem à Organização, de respeitar, promover e realizar, de boa fé e de acordo com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.
(Disponível em: <http://www.ilo.org>) Acesso em: 13/9/2013, às 12h15)

Portanto, tem-se que a rede protetiva do Direito do Trabalho, enquanto princípios de estrita observância pelas partes envolvidas, garante a integridade do instituto, apto que é a fomentar o pleno desenvolvimento social, e assegura, por meio de seus direitos fundamentais expressos na Constituição Federal – Título II, Capítulo II - Dos Direitos Sociais – a consecução da cidadania, o respeito à dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social, estabelecendo-se, assim, um caminho civilizatório para a prática da terceirização.

CONCLUSÃO

Chegado ao fim, o presente estudo confirma a premissa de que a terceirização não é um instituto de Direito, sendo assim, fenômeno jurídico também não o será; é ela, portanto, uma criação de outros ramos do conhecimento, principalmente da Economia e da Administração de Empresas, em uma relação de viés contratual com uma manifestação trilateral de vontades.

O aprofundamento e a generalização da terceirização, nos últimos tempos, a tornaram uma importante ferramenta na desregulamentação das relações justas trabalhistas, não obstante o fato de que a reiterada omissão normativa do Estado em regulamentar a terceirização trabalhista é também uma válida estratégia nesse sentido.

A prática da terceirização causa sérios gravames aos trabalhadores, dentre os quais se destacam a quebra do sistema protetivo laboral e a precarização do labor humano, contudo, a exclusão se mostra como a pior faceta dessa prática empresarial, pois o estado de exclusão em que permanecem os terceirizados, discriminados dentro de seu próprio ambiente de trabalho e segregados do grupo social ao qual pertencem, faz com que esses trabalhadores, aos poucos, percam sua identidade profissional e, junto com ela, a noção de pertencimento à sociedade e de titulares do arcabouço de direitos e garantias que lhes permitem o pleno exercício de uma cidadania ativa e pública.

A implantação da terceirização é sempre traumática para o trabalhador, o qual, com posterior adaptação, prefere ter assegurado o emprego, ainda que com a redução de seu salário, a estar desempregado, sendo necessária, portanto, a aplicação dos princípios protetivos do Direito do Trabalho à parte hipossuficiente, como forma de inibir e rechaçar condutas tendentes a redirecionar a força produtiva da empresa, com seu consequente aumento de lucro, mas que exige do obreiro um sacrifício exclusivo.

O serviço de *call center*, no atual entendimento da Corte Superior trabalhista, enquadra-se na atividade-fim das empresas de telecomunicações, portanto, sua terceirização é inteiramente ilícita, forçando o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado com a concessionária de serviços de telefonia tomadora de seus serviços, nos exatos moldes do item I da Súmula 331 do TST.

Observa-se uma tendência da jurisprudência do TST, tendo por base as premissas até aqui analisadas e discutidas, no sentido de caminhar, mesmo a passos curtos, para uma cristalização de entendimentos/interpretações que convirjam com os fundamentos de proteção

ao trabalho expressos no Diploma Maior, submetendo a legislação infraconstitucional aos anseios democráticos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a partir da definição dos núcleos essenciais que conformam o direito fundamental ao trabalho digno.

O Direito do Trabalho avança por novos rumos, seja pelas modificações da vida social, seja pelas reformas legislativas, seja pela forma de se trabalhar, de maneira que a própria regulamentação do trabalho vai evoluindo e se modificando, contudo, nem sempre as modificações são para uma situação melhor, mas permanece a esperança de que o trabalho humano seja valorizado como um dos bens mais preciosos das relações sociais, merecendo seu estudo uma análise casuística e profunda, propiciando uma visão abrangente dos diversos fenômenos relacionados ao Direito do Trabalho.

Por fim, conclui-se que permanece íntegro um claro limite para a intermediação do trabalho subordinado, objetivando impedir a precarização e a mercantilização do labor humano, possibilitando sua valorização como instrumento de justiça social, ainda mais se tendo em conta a finalidade da terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais, por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, vedada toda e qualquer terceirização das atividades de *call center* por parte das empresas de telecomunicação, pois inseridas no contexto finalístico dessas, nos exatos termos da redação da Súmula nº 331/TST, principalmente no tocante a seus itens I e III.

REFERÊNCIAS:

ARANHA, Márcio Iório. Apostila de natureza acadêmica, distribuída aos pós-graduandos em Direito Constitucional do Trabalho, como material de apoio da disciplina *Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional*, com trecho atualizado extraído do livro **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª ed., 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: SILVA, Virgílio Afonso da [organizador]. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 271 a 316.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na relação de trabalho**. In: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2006, Ano 70, nº 6.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 9ª ed., 2010.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Houaiss Eletrônico – Versão monousuário 2009.3**. Instituto Antônio Houaiss. *Sine loco*: produzido e distribuído por Editora Objetiva Ltda, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Terceirização legal e ilegal**. In Revista Síntese Trabalhista, Ano V - Nº 54 - dezembro de 1993, pp. 127 a 129.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**, tradução de Wagner Giglio, 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II**. São Paulo: Ed. LTr, 2008.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e pressupostos**, 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

Legislação

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho** / [compilação de] Armando Casimiro Costa, Iriany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins, 39ª ed. São Paulo: Ed. LTr, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Obra coletiva de autora da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 41ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei N.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12.9.1990.

BRASIL. Presidência da República. **Lei N.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Publicada no DOU de 14.2.1995 e republicada no DOU de 28.9.1998.

BRASIL. Presidência da República. **Lei N.º 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Publicada no DOU de 17.7.1997.

Sítios na internet

<www.ltrdigital.com.br>

<www.mj.gov.br>

<www.planalto.gov.br>

< www.pt.wikipedia.org>

<www.tst.jus.br>