



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUSTAVO LEONY LYRA RIOS

**A (IM) POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA
ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

Salvador
2013

GUSTAVO LEONY LYRA RIOS

**A (IM) POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA
ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Antonio Carlos

Salvador
2013

ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nesta data do mês de junho do ano de dois mil e treze, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/Bahia, reuniu-se a banca examinadora para aferição da monografia de final de curso abaixo identificada. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes passaram a arguir o aluno. A banca examinadora atribuiu ao graduando as seguintes notas:

Aluno: GUSTAVO LEONY LYRA RIOS

Monografia: A (im) possibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações

Membros da Banca

1. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura: _____

2. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura: _____

3. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura: _____

Observações:

A

Minha avó Terezinha e aos meus pais, Hélio e Maria Tereza, que me ensinaram através dos seus exemplos o meu compromisso com a ética e com a justiça social.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado força nas horas que mais necessitava.

Ao Prof. Antônio Carlos pela atenção e ajuda.

A Prof^a. Ana Thereza pelo auxílio na formatação do trabalho em relação as normas da ABNT.

A Laura Lira e André Gomes, pesquisadores do Grupo de Estudo em Direito das Telecomunicações – GETEL – da Universidade de Brasília, pela atenção e essencial ajuda.

A toda minha família, pelo apoio e incentivo.

A Leila, um agradecimento mais que especial, por toda sua dedicação, com amor e carinho, nas noites perdidas na elaboração deste trabalho.

Aos professores Cláudio Brandão e Valton Pessoa, pelos ensinamentos nas disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Aos meus amigos que me ouviram e discutiram comigo sobre o objeto do trabalho e fizeram com que eu o enriquecesse ainda mais.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, pela paciência e boa vontade.

A todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação acadêmica e para a realização deste trabalho.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você diz, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-las.”

Voltaire

RESUMO

O Presente estudo tem a finalidade de demonstrar a possibilidade ou a impossibilidade da terceirização da atividade-fim nas empresas de telecomunicações. A doutrina e a jurisprudência ainda não possuem um posicionamento unânime em razão do tema. Esse assunto vem gerando atualmente muita polêmica nos tribunais trabalhistas diante da imprecisão do significado da palavra inerente contida no art. 94, II, da Lei 9.472/97. Para alguns doutrinadores e Ministros do TST, o termo “atividade inerente” significa como algo essencial e com isso, entendem que a Lei Geral de Telecomunicações excepcionou a Súmula 331 do TST e permitiu que as empresas de telefonia pudessem terceirizar suas atividades-fim. Em contrapartida, a outra parte da doutrina e dos Ministros do TST entende o significado do termo “atividade inerente” como sendo sinônima de complementariedade, e diante disso, as empresas de telecomunicações teriam que respeitar a vedação contida expressamente na Súmula 331, do TST, que afirma ser somente possível a terceirização de atividades-meio das empresas, desde que não tenha subordinação e pessoalidade. Aborda-se como se deu o início da Reclamação Constitucional nº 10.132- Paraná e suas últimas atualizações no STF. Busca ainda demonstrar a questão da impossibilidade da terceirização dos serviços de call center pelas empresas de telefonia. Objetiva-se demonstrar os argumentos utilizados por cada um dos defensores e no final verificar qual seria o melhor entendimento a ser adotado pelos tribunais trabalhistas.

Palavras-chave: Terceirização na empresa de telecomunicações. Serviços de call center. Reclamação Constitucional nº 10.132- Paraná. Súmula 331 do TST.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO DIREITO DO TRABALHO	13
2.1 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO	13
2.2 REQUISITOS ESSENCIAIS DO EMPREGADO	17
2.2.1 Pessoaalidade	18
2.2.2 Habitualidade ou não-eventualidade	19
2.2.3 Onerosidade	20
2.2.4 Subordinação	21
3 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO	25
3.1 AS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA PRODUÇÃO NO SISTEMA CAPITALISTA	25
3.1.1 Taylorismo	25
3.1.2 Fordismo	28
3.1.3 Toyotismo	30
3.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO	35
3.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	43
3.4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL	45
4 SERVIÇO PÚBLICO	61
4.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	61
4.2 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	63
4.2.1 Competência	63
4.2.2 Regulamentação	66
4.2.3 Controle	66
4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SERVIÇO PÚBLICO	67
4.3.1 princípio da continuidade do serviço público	68
4.3.2 princípio da modicidade	68
4.3.3 princípio da eficiência	70
4.4 FORMAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	70

5. (IM) POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES	73
5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	73
5.2 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N° 10.132	76
5.3 POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES	86
5.4 IMPOSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES	95
5.4.1 Os serviços de call center	106
6 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema “A (Im) Possibilidade da Terceirização das Atividades-fim nas Empresas de Telecomunicações” e pretende demonstrar os argumentos pró e contra utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira em defesa da possibilidade ou impossibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações, com enfoque nas empresas de telefonia, e ao final do trabalho, verificar qual seria o melhor entendimento a ser adotado pelos tribunais trabalhistas.

Através dos fatores da globalização, das alterações na organização da produção e nos métodos utilizados na gestão da mão-de-obra, na busca incessante pelo lucro e na acirrada competitividade entre as empresas no mercado, as relações individuais de trabalho sofreram bastantes modificações ao longo do tempo. Relacionando esses fatores com a crise econômica mundial, o mercado interno dos países se tornou muito frágil e para que as empresas pudessem sobreviver e competir com o mercado internacional, era necessário desenvolver uma técnica de produção que envolvesse o binômio: aumento de produtividade com os menores custos na fabricação dos produtos. E para que isso fosse possível, foi necessário flexibilizar e retirar alguns direitos dos trabalhadores.

A terceirização entra nesse cenário de competitividade empresarial como uma solução de dirimir os custos das empresas e diminuir os encargos trabalhistas advindo da relação de emprego, melhorando com isso a qualidade do produto ou do serviço e transferindo para terceiros, atividades não essenciais, para que se possa somente preocupar-se com sua atividade principal.

O fenômeno da terceirização surge como uma técnica de organização empresarial, que visa o fomento da competitividade empresarial, através da transferência de determinadas atividades tidas como acessórias para que sejam executadas por uma empresa especializada, com intuito de concentrar todas suas forças na sua atividade principal.

A tomadora, diante do objetivo de melhorar a qualidade dos seus produtos, aumentar a sua produtividade e especializar os seus serviços, contrata uma empresa (prestadora de serviços) para lhe prestar serviços ligados as suas

atividades secundárias, com o fim de poder ater-se apenas a sua atividade principal. O trabalhador que realiza esses serviços ligados as atividades-meio da empresa tomadora, não firma vínculo empregatício com esta, desde que, inexista a personalidade e a subordinação.

Surge em 1997, a Lei Geral de Telecomunicações que determina no seu art. 94, inciso II, que as empresas de telecomunicações, que atuam em regime de concessão, podem contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Toda a problemática da possibilidade ou não da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações reside na imprecisão do significado da palavra “inerente”. Os posicionamentos da doutrina e dos Ministros do TST não são unânime em face do significado da palavra ‘inerente’, utilizada no art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97.

Quem é a favor da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações entende a palavra ‘inerente’ como sendo algo relacionado à essencialidade, que sem ela não seria possível existir determinada atividade. Ou seja, o art. 94, II, da Lei nº 9.472/97, estaria excepcionando a Súmula 331 do TST e autorizando expressamente a terceirização da atividade-fim dessas empresas de telefonia, para que se possa ter uma maior eficiência na prestação dos seus serviços e conseqüentemente, gerar a universalização da prestação dos serviços e a modicidade das tarifas. Afirmam ainda que, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade deste inciso, essas empresas estão autorizadas a terceirizarem suas atividades-fim.

Já a doutrina contrária entende o significado da palavra inerente como sendo sinônimo de complementariedade, e por isso, não seria razoável aceitar que, diante de uma má interpretação dada pelos Tribunais Trabalhistas sobre o significado desse termo, fosse autorizada a terceirização das atividades-fim das empresas de telefonia. Essa autorização estaria incorrendo em afronta a Súmula 331 do TST, que preconiza a vedação da terceirização de serviços nas atividades-fim das empresas. Afirmam ainda que, as atividades dos serviços de call center, que tem como objetivo fazer a intermediação da comunicação entre os clientes e a empresa, estariam inseridos na atividade-fim da empresa de telecomunicações.

Com a privatização do setor de telefonia e o advento da Lei Geral de Telecomunicações as leis trabalhistas foram flexibilizadas ao extremo para proporcionar a terceirização legal no setor, porém suas atividades-fim também foram terceirizadas. Ou seja, as empresas de telefonia usaram do duvidoso significado da palavra 'inerente' inserido no art. 94, II, daquela lei e passaram a praticar uma terceirização desenfreada, sem observância a nenhum preceito constitucional, a nenhum princípio trabalhista e nem ao comando da Súmula 331 do TST.

Então os tribunais trabalhistas devem interpretar a lei de acordo com os princípios informadores do direito material do trabalho, que são também de cunho constitucional, tais como, a dignidade do trabalhador, isonomia salarial para quem exerce funções iguais, etc. Esses princípios tem prevalência sobre a letra fria das legislações infraconstitucionais, tal como, a Lei Geral de Telecomunicações.

Dessa forma, torna-se relevante juridicamente esse trabalho, uma vez que envolve uma grande divergência entre os tribunais trabalhistas acerca da impossibilidade ou possibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações. Além disso, a terceirização é um assunto em constante discussão no TST, chegando a ter mais de cinco mil recursos pendente de julgamento pelo próprio tribunal e outros milhares de processos em andamento na Justiça do Trabalhista.

Trata-se de um tema que é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de uma Lei específica, restando apenas como fundamento para decidir os conflitos à Súmula 331 do TST. Inclusive o próprio Tribunal Superior do Trabalho promoveu a sua primeira audiência pública, para que pudessem ser esclarecidas as dúvidas pertinentes sobre o assunto.

A partir do exposto, chegou-se ao seguinte problema da pesquisa: será que a imprecisão do significado palavra inerente, contida no art. 94, II, da Lei 9.472/97 autoriza as empresas de telecomunicações a terceirizarem suas atividades-fim ou não? Elas devem respeitar o comando da Súmula 331 do TST, que autoriza somente a terceirização das atividades-meio das empresas, ou elas estão excepcionadas?

Para desenvolver essa monografia foram realizadas pesquisas em livros, revistas, artigos, no site do Tribunal Superior do Trabalho, dissertações, tanto no âmbito trabalhista, quanto no âmbito administrativo, estabelecendo um confronto entre os

dados e informações colhidas, utilizando-se, portanto, uma metodologia de análise doutrinária e jurisprudencial.

O primeiro capítulo do desenvolvimento pretende analisar todo o histórico do direito do trabalho e explicar os requisitos essenciais de uma relação de emprego para que possamos caracterizar se aquela terceirização foi fraudulenta ou não.

O segundo capítulo do desenvolvimento pretende demonstrar uma análise de toda a evolução das formas de produção do trabalho, o surgimento e evolução da terceirização, pontuando a Lei 7.102/83, como sendo a primeira legislação brasileira a versar sobre a terceirização no setor privado. Será feito também uma distinção da figura do trabalho temporário, que é uma verdadeira intermediação de mão de obra, com o fenômeno da terceirização de serviços. Por fim, será descrito toda a evolução jurisprudencial da terceirização, no qual vai ser feita uma análise das súmulas 239, 256, 257 e 331 do TST. Dentro do estudo da súmula 331 do TST, será explicada a diferença de atividade-meio e atividade-fim, terceirização lícita e ilícita e o fato da mudança da responsabilização subsidiária da administração pública.

O terceiro capítulo versa sobre o conceito de serviço público, os seus princípios aplicáveis e as formas de execução do serviço público.

O capítulo final envolve a problemática do tema proposto por este trabalho. Inicia-se apresentando uma noção geral sobre concessão de serviço público. Em seguida, descreve-se como se originou a reclamação constitucional nº10.132- Paraná, apontando a visão dos Ministros do TST diante da problemática e a questão da afronta à súmula vinculante nº 10 do STF. Por fim, será mostrado a visão da doutrina e da jurisprudência trabalhista diante da (im) possibilidade da terceirização na atividade-fim das empresas de telecomunicações e a questão da impossibilidade da terceirização dos serviços de call center.

Diante do tema proposto, o trabalho monográfico objetiva, especificamente, analisar o posicionamento e os argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência trabalhistas sobre o tema, e também demonstrar a impossibilidade da terceirização dos serviços de call center pelas empresas de telecomunicações, para somente ao final do trabalho, poder-se concluir qual seria o melhor entendimento a ser adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O sentido etimológico da palavra trabalho vem do latim *Tripalium*, que significa instrumento de tortura composto de três paus. Por muito tempo a idéia de trabalho era ligado ao sofrimento e a penalidade, somente com os ideais da igreja o trabalho passa a ser visto como uma forma desvalorização do homem.

Na antiguidade, a concepção do trabalho era relacionada a um sentido material, no qual era associado à mercadoria. Essa visão foi campo fértil e propício para o surgimento do trabalho escravo. Este por si era tido como um objeto que pertenciam aos grandes senhores detentores do capital, que os comercializavam e submetiam condições sub-humanas.

O escravo enquadrava-se como objetivo de direito de propriedade, não como sujeito de direito, razão pelo qual se torna inviável falar-se de um direito do trabalho enquanto existia o trabalho escravo (BARROS, 2009).

Nesse caso, não se poderia falar em direito trabalho, porque nessa época, os escravos não eram detentores de nenhum direito e não eram tidos como pessoa, mas como objeto de domínio dos senhores. Dentro desse marco, existiam também os trabalhadores livres que prestavam seus serviços de forma autônoma, como era o caso dos artesãos.

Diante dessa ótica do trabalho prestado por homens livres, surge a chamada *locatio conductio*, que é uma forma de organização do trabalho, pelo qual eles condicionavam a sua força como fonte de energia para o trabalho ou a prestação de um serviço em troca de pagamento.

A *locatio conductio* pode ser distribuída de três formas: a *locatio conductio rei*, no qual as pessoas se comprometiam a dispor o uso de uma coisa, através de determinado pagamento. A doutrina costuma comparar essa pratica com a figura do arrendamento. Na *locatio conductio operarum*, existia a locação de um serviço que era prestado por uma das partes, mediante o pagamento pré-estabelecido. Na

locatio conductio operis, verifica-se a realização da entrega de uma obra, mediante uma remuneração. Essa prática se assemelha com a figura da empreitada (DELGADO, M, 2012).

Em seguida, passa-se para a época da idade média, onde se encontrava a figura da servidão. Nessa fase, os senhores feudais disponibilizavam suas terras protegidas para que, os servos pudessem plantar e colher os alimentos, em troca tinham que lhe entregar uma porcentagem da sua produção como forma de pagamento. A situação dos servos era semelhante aos dos escravos, retirando-se o seu caráter de coisa e a idéia de prisioneiro, para passar a ser reconhecido como pessoas livres.

Saindo do feudalismo, passa-se para as corporações de ofício que acabaram por desencadear o êxodo rural dos servos que saíram dos feudos para as grandes cidades. As corporações eram grupos de produtores que exerciam suas atividades de forma organizada e detinham o controle de grande parte do mercado.

Existiam três graus nas corporações de ofício: o mestre, aprendizes e companheiros. O primeiro era o proprietário das oficinas e que já tinham passado pelo exame da prova da obra-mestra, essa era uma prova onde os companheiros faziam para poderem passar a serem classificados como mestre. Os aprendizes eram menores entre 12 ou 14 anos que recebiam os ensinamentos das técnicas de produção pelo mestre, mediante elevadas taxas pagas pelos seus pais, eles só passavam para classe de companheiros, se dominassem as técnicas que lhe foram ensinadas. Os companheiros eram pessoas que trabalhavam dentro das corporações de ofício mediante o pagamento de salário (BARROS, 2009).

No dizer de Sergio Pinto Martins (2009, p.4) “As corporações de ofício tinham como características: (a) estabelecer uma estrutura hierárquica; (b) regular a capacidade produtiva; (c) regulamentar a técnica de produção”.

Com a revolução francesa, as corporações de ofício foram eliminadas e criaram-se os primeiros direitos econômicos e sociais do trabalhador, sendo o principal o direito do indivíduo ao trabalho. Essa revolução não ficou adstrita à Europa, difundiu-se no mundo ocidental, levando consigo os ideais de igualdade e liberdade como dogmas e máximas a serem respeitados e seguidos por todos.

A revolução industrial é o marco econômico mais importante para o direito do trabalho, pois foi um fenômeno de mecanização dos meios de produção, ou seja,

promoveu a introdução das máquinas substituindo o trabalho artesanal no processo de elaboração de mercadorias.

Sergio Pinto Martins em breve síntese diz que (2009, p.5):

A revolução industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada.

Com a industrialização da economia, os trabalhadores começaram a ser contratados por grandes indústrias, para trabalhar recebendo, em troca do dispêndio de suas energias, o pagamento de um salário. Então, migra-se de uma economia agrária, onde as pessoas trabalhavam em grandes propriedades rurais e não mantinham nenhuma ligação com os outros trabalhadores, para uma economia industrializada, onde esses trabalhadores passaram a se concentrar em um espaço físico menor.

Diante da aglomeração de trabalhadores em um pequeno espaço, fez nascer, o que hoje em dia denominamos de consciência coletiva. Ou seja, os trabalhadores começaram a refletir como eram importantes para o funcionamento das indústrias, pois se eles parassem de manusearem as máquinas, os empregadores não teriam como faturar nenhum dinheiro com o negócio. A partir dessa conscientização, eles começaram a reivindicar melhorias nas condições de trabalho e de salário para a classe operária.

Nos dizeres de Jose Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.37):

A estruturação do proletariado como classe, em lugar de simples aglomerado de proletários, veio da formação dessa consciência e proporcionou a criação de instrumentos de autodefesa coletiva, dos quais o mais poderoso e, por isso mesmo comentado, é a greve.

Em razão do poder de interferência dos trabalhadores na atividade industrial, surge a necessidade da criação de um direito voltado especificamente para eles, que é a parte mais necessitada da relação jurídica. Assim, o Estado sai da inércia e passa a ser mais intervencionista, com o objetivo de assegurar o bem-estar social e melhorias nas condições de trabalho.

Diante dessa intervenção estatal, surgem diversas leis de cunho protecionista ao trabalhador. Uma das primeiras leis criadas com esse objetivo foi a lei de Peel, que tinha por finalidade a redução da jornada de trabalho das crianças aprendizes, para até 12 horas por dia. Depois dela, iniciou-se uma onda de criação de direitos e

melhorias das condições de trabalho em todo o mundo. O trabalhador passa a ser protegido e reconhecido pelo Estado.

A igreja católica criou a encíclica *rerum novarum*, que estabeleceu limites da intervenção estatal na relação entre o empregado e o patrão, sendo esta de grande valor para os ensinamentos da igreja e para as diretrizes relacionadas ao trabalho.

Nas belas palavras de Jose Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.31):

A entrada em cena da Igreja Católica foi tão vigorosa que hoje, é indicada como um dos marcos da evolução universal do Direito do Trabalho. Seu veículo foi a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, centrada na questão social, em seu todo e nos grandes problemas despertados pela necessidade de dignificação humana do trabalhador, em particular. Trata-se de documento de leitura indispensável ao estudioso do Direito do Trabalho, porquanto propõe o debate de temas que lhe são fundamentais, como os relativos ao repouso do trabalhador, à retribuição de seu trabalho e à formulação de regras protetivas de sua pessoa, constituindo um conjunto apto a elevar a relação jurídica do trabalho ao nível de dignidade social e espiritual que dever ter como objeto final, em última análise.

O direito do trabalho surge em um ambiente determinado pela desigualdade social e econômica dos trabalhadores em face aos seus patrões. Para diminuir essa disparidade entre as partes, o Estado passa a intervir na relação jurídica através de leis de força cogente, que não poderiam sofrer nenhum tipo de disponibilidade. A intervenção estatal foi importante, pois retirou aquele foco do liberalismo, em que não havia interferência estatal, impondo regras às fabricas.

Outro grande marco histórico foi a criação do tratado de Versalhes, que se deu com o fim da primeira grande guerra mundial. Esse tratado trouxe uma série de recomendações quanto à utilização demasiada do homem pelo homem, tais como: a não permissão de que o trabalho fosse visto como mercadoria, o direito de trabalhar no máximo oito horas diárias para trabalhadores que desempenhavam as mesmas funções e repouso semana. Ou seja, criou várias recomendações a serem observadas nas relações de trabalho.

Dois autores espanhóis Granizo e Rothvoss dividiram em quatro fases o desenvolvimento do direito do trabalho. A primeira fase é chamada de formação, e começa por volta de 1802 a 1848, é aqui que se encontra a criação de leis voltadas para a redução da violência e exploração dos menores e das mulheres. Essa fase se inicia com a criação da lei de Peel'sact. A segunda fase, denominada de intensificação, se dá por volta de 1848 a 1890, onde se encontra os manifestos comunistas de Marx e Engels, a criação do primeiro seguro social no governo de

Brismarck, instauração da liberdade de associação e o surgimento do ministério público. Na terceira fase, chamada de consolidação, entre 1890 a 1919, verifica-se a conferência de Berlim, que debruçou sobre a questão dos direitos trabalhistas e a publicação da encíclica papal *rerum novarum*, que falava sobre a questão da dignidade social do trabalhador e o aumento do salário. A quarta e última fase é a da autonomia (1919 até hoje), que se caracteriza pela criação da OIT e pela constituição alemã de Weimar, onde se deu a constitucionalização do direito do trabalho (BARROS, 2009).

2.2 REQUISITOS ESSENCIAIS DO EMPREGADO

Pode-se conceituar o empregado através do art. 3º da CLT, no qual se delimita quatro elementos essenciais para a sua caracterização.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Ou seja, o empregado seria uma pessoa física, que presta atividades pessoalmente, de forma onerosa, não eventual e subordinada a um empregador, que assumirá o risco da atividade. Nessa linha de pensamento encontra-se como defensores Alice Monteiro de Barros (2009) e José Augusto Rodrigues Pinto (2007).

Importante destacar que alguns autores como Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005), Mauricio Godinho Delgado (2012) e Sergio Pinto Martins (2009), colocam, além dos requisitos já citados, um quinto, que é o fato de ser uma pessoa física. Então, para eles são cinco elementos essenciais para a definição da relação de emprego.

A utilização de quatro ou cinco elementos para definir o empregado não traz muitas consequências no estudo do tema, pois para aqueles que utilizam quatro elementos, a pessoa física já estaria englobada no requisito da personalidade.

A relação de emprego deriva da conjugação de tais elementos inarredáveis, onde a falta de um deles não configuraria a mencionada relação (DELGADO, M, 2012).

2.2.1 Pessoaalidade

O art. 3º da CLT diz: “considera-se empregado toda pessoa física [...]”. Nesse caso, o legislador quis estabelecer que a figura do empregado deverá ser necessariamente pessoa física. Ou seja, não poderá haver contrato de emprego celebrado entre pessoas jurídicas.

A pessoaalidade é uma característica que se infere da expressão “... assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, inscrita no art. 2º, da CLT. Esta característica é imprescindível para identificar a relação trabalhista, e significa que o serviço deve ser prestado sempre pela mesma pessoa da relação contratual (POLONIO, 2000).

Quando se contrata alguém como empregado, não se contrata meramente pelo serviço que presta, e sim, pelas qualidades pessoais que lhe diferenciam dos outros trabalhadores.

Então, a contratação do empregado é sempre *intuitu personae*, é sempre personalíssima. A pessoa é contratada porque se mostrou qualificada para desempenhar aquela atividade. Então, o empregado não tem essa possibilidade de se fazer substituir por quem ele queira. As substituições dele só podem ser determinadas pelo próprio empregador e de forma excepcional. É a ele quem cabe selecionar uma pessoa para a substituição temporária ou definitiva, pois a contratação se dá em razão da pessoa, e não em relação ao serviço.

Importante dizer que diante do seu caráter *intuitu personae*, a morte do empregado não transmitirá a prestação do serviço aos seus herdeiros e sim a dissolução automática do contrato de emprego.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 286):

Enfatize-se por fim, que a pessoaalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador, ao contrário, prevalece aspecto oposto, já que vigorante no Direito do Trabalho a diretriz da despersonalização da figura do empregador.

Então, retirando os exemplos que permitem na substituição do empregado, como: substituição consentida pelo empregador, substituições autorizadas por lei, etc, este não pode se fazer substituir por outra pessoa, podendo ter descaracterizado o seu vínculo empregatício, por falta do pressuposto pessoaalidade.

2.2.2 Habitualidade ou não-eventualidade

Entende-se por habitualidade, a prestação de forma contínua dos serviços de determinado empregado. A prestação contínua não significa que o empregado deverá trabalhar todos os dias, ele poderá exercer sua atividade em dias alternados, ou seja, mesmo que o trabalho seja prestado de forma descontínua, haverá a natureza da não-eventualidade. Pode-se verificar prestação de serviço descontínuo e habitual, como, por exemplo, nos contratos dos professores que dão aula duas ou três vezes na semana, sempre nos mesmos dias e horários, estabelecidos pelas faculdades.

Nas palavras de Wilson Alves Polonio (2000, p.24):

A eventualidade significa que, vez ou outra, alguém presta serviços para um tomador, não implicando periodicidade definida e, de regra, são serviços não relacionados ao objeto social da contratante, pois, *contrario sensu*, a periodicidade deveria ocorrer para o atendimento desse objeto social. A caracterização da natureza não eventual da prestação de serviços, portanto, pode ser identificada tendo em vista o objeto social da contratante. Por outro lado, a mera repetição periódica de tarefas, sem a presença da subordinação, pagamento de salário etc., não reveste a relação com a natureza trabalhista.

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, não se exaure em uma única prestação. Com isso, não se tornará empregado, o trabalhador que se faz contratar esporadicamente, em favor de outrem. É preciso que esta atividade se dê de modo contínuo.

Pode-se atribuir dois significados a palavra permanência no direito do trabalho. Uma se relaciona ao tempo de duração do contrato de trabalho, que se faz presente no princípio da continuidade da relação de emprego e o outro relacionado ao próprio momento, em que, estabeleceu-se a relação jurídica do empregado com o empregador (DELGADO, M, 2012).

Vale frisar que, o trabalhador eventual que presta serviço de natureza esporádica, tal como, aquela pessoa que é chamado a concretizar funções que não estejam ligadas aos fins normais da empresa, não será considerado pelo ordenamento jurídico como empregado.

Segundo o autor Mauricio Godinho Delgado (2009, p.273):

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto

período determinado) não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida pela Lei n. 5.859-72 (Lei do trabalho Domestico), que se refere a serviços de natureza continua.

Diante disso, a habitualidade requer a observância de dois fatores. Primeiro, o fator tempo, que faz com que a necessidade do serviço não seja eventual e sim continuada, de trato sucessivo, devendo prolongar-se no tempo. E o segundo elemento a ser conjugado, é a essencialidade daquele serviço para o desenvolvimento da atividade empresarial.

2.2.3 Onerosidade

A relação de emprego no Brasil é predominantemente de cunho econômico. O empregador retribui ao seu empregado, através de um salário, toda a energia gasta por ele no desempenho de suas funções. Por isso, que não se admite a figura do empregado que exerça uma atividade a título gratuito. Como por exemplo o trabalho voluntário, no qual, a pessoa presta serviços a instituições sem fins lucrativos. Mas, a gratuidade deve ser inerente à natureza do serviço que será prestado pela pessoa física.

O empregador, em contrapartida ao trabalho prestado pelo empregado, paga-lhe um salário, que será o fator de subsistência deste. Portanto, onde for admitido o trabalho de forma gratuita, não haverá a caracterização do empregado como prestador de serviços (PINTO, 2007).

A CLT estabelece como natureza do contrato de trabalho a onerosidade, não se concebendo a existência de contrato de trabalho gratuito.

O salário poderá ser pago em dinheiro ou *in natura*, como dispõe o art. 9º da Lei 5.889, de 1973, em face do salário mínimo do rurícola.

Art. 9º Salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo:

- a) até o limite de 20% (vinte por cento) pela ocupação da morada;
- b) até o limite de 25% (vinte por cento) pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região;
- c) adiantamentos em dinheiro.

A onerosidade tem que ser analisada sob o plano objetivo e o plano subjetivo. No plano objetivo, a onerosidade se manifesta pelo simples pagamento do salário, feito pelo empregador ao seu empregado. Já no plano subjetivo, a onerosidade se manifesta pela intenção econômica das partes, de modo especial pelo trabalhador (DELGADO, M, 2012).

Conclui-se, a relação de emprego se dará sempre de forma onerosa. Assim, não se pode conceber que uma freira, que presta serviços religiosos em um hospital, possa futuramente entrar em juízo com uma ação, alegando reconhecimento de vínculo empregatício, pois, faltaria o elemento onerosidade.

2.2.4 Subordinação

O último elemento essencial para a caracterização do conceito de empregado e, sem dúvida nenhuma o mais importante de todos, é a subordinação. Essa subordinação, tal qual a do empregado com o empregador, não vai existir em outras figuras trabalhistas (trabalhador autônomo, eventual e avulso). A subordinação é o estado de obediência de uma pessoa a outra de hierarquia superior. Então, o empregado é subordinado ao empregador, pois se submete a prestar um serviço decorrente de um contrato de trabalho.

A respeito do tema, o autor José Cairo Jr, diz que (2009, p. 203):

A subordinação está sempre presente na relação de emprego, algumas vezes mais intensa, outras de modo menos intenso. Quanto mais o empregado sobre na escala hierárquica da empresa, ou, quanto mais técnico ou intelectual o trabalho, normalmente a subordinação fica mais tênue, frágil. Contrariamente, quando o empregado exerce uma função subalterna, de baixa hierarquia na empresa, quando é revestido do cargo de confiança para função efetiva, a subordinação se intensifica.

Um bom exemplo disso se dá quando o empregado é promovido para o cargo de gerente da empresa, no qual, terá a sua subordinação mais enfraquecida, por ser um cargo baseado na confiança.

O empregador detém consigo, o chamado poder de direção, que nada mais é do que, um instrumento que ele se vale para poder administrar a sua empresa. O poder de direção se divide em poder hierárquico, disciplinar e diretivo. O primeiro significa a forma que o empregador tem de estruturar as funções e os patamares dos cargos

na sua empresa. O segundo é a capacidade do empregador de aplicar sanções aos seus empregados. O terceiro traduz na capacidade de dar ordens aos seus empregados para um bom funcionamento da atividade empresarial (DELGADO, M, 2012).

Existem diversas situações jurídicas que se assemelham e se não fosse o elemento distintivo da subordinação, poderia levar a erro o operador do direito. São elas: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas, trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada), representantes comerciais regidos por legislação própria etc. Concluindo que todas essas relações jurídicas firmadas, que tem aparentemente o caráter autônomo, estariam descaracterizadas pelo fato da existência do elemento subordinação entre as partes pactuantes (DELGADO, M, 2012).

Os doutrinadores fazem uma divisão das terminologias que são usadas para explicar o fenômeno da subordinação em: a) técnica, b) econômica, c) social e d) jurídica.

A) Subordinação técnica

Funda-se no fato de que o empregador irá orientar tecnicamente os seus trabalhadores. É ele que detém os conhecimentos técnicos usados no desenvolvimento da sua atividade. Com isso, o empregado dependeria desses conhecimentos para poder trabalhar.

É evidente que essa subordinação técnica não pode ser considerada um requisito para que se tenha configurado a subordinação, pois, hoje em dia, os trabalhadores estão cada vez mais especializados.

Nos dizeres de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.72) “Essa tese também não é considerada plenamente aceitável pela doutrina, pois existem hipóteses em que o empregador é que depende tecnicamente dos empregados, dados os conhecimentos destes”.

José Cairo Jr. explica que (2009, p.204):

A subordinação está sempre presente na relação de emprego, algumas vezes mais intensa, outras de modo menos intenso. Quanto mais o empregado sobe na escala hierárquica da empresa, ou, quanto mais técnico ou intelectual o trabalho, normalmente a subordinação fica mais tênue, frágil. Contrariamente, quando o empregado exerce uma função subalterna, de baixa hierarquia na empresa, quando é revestido do cargo de confiança para função efetiva, a subordinação se intensifica.

É muito comum que as empresas contratem pessoas altamente qualificadas para poderem trabalhar em áreas que necessitam de certos conhecimentos específicos, como por exemplo, programação de computadores. Nesse caso, não se verifica uma subordinação técnica, pois é o empregado que detém o saber técnico para desempenhar aquela atividade. Mas, mesmo assim, resta configurada a presença do elemento subordinação na relação de emprego desses trabalhadores.

B) Subordinação econômica

Ela deriva da circunstância de que o empregado, para a sua sobrevivência, necessita do salário pago pelo empregador. De fato, a maioria dos trabalhadores depende economicamente de seus empregadores, porém, existem casos em que, o empregado é muito rico e não necessita daquele emprego para sobreviver, como por exemplos, os jogadores de futebol. Nesses casos, não se verifica uma dependência econômica entre as partes.

Na mesma linha de raciocínio, Alice Monteiro de Barros explica que (2009, p. 267):

Embora o empregado dependa em geral, do salário para viver, o critério é falho, porque se baseia em um elemento extrajurídico. Poderá ocorrer de o empregado possuir capacidade econômica financeira e não necessitar de seu contrato de trabalho para sobreviver.

Esse critério de dependência econômica não consegue acompanhar a realidade de todas as relações de emprego existente. Isso ocorre, porque, há casos que o empregado pode ter mais de um emprego, ter outras fontes de renda, uma aplicação financeira em um banco ou até mesmo, já ser uma pessoa bastante rica.

C) Subordinação Social

Ela se assemelha aos critérios utilizados para explicar a subordinação econômica. Um dos defensores dessa terminologia foi o doutrinador Jean Savatier, que explicava que o trabalhador dependia socialmente do seu empregador, porque era ele que disponibilizava as ferramentas necessárias, para o desenvolvimento das atividades, além de, cobrir eventuais riscos que pudesse advir do exercício normal da atividade.

Essa terminologia não tem uma fundamentação própria, valendo-se de questões ideológicas, e, além disso, não conseguia demonstrar a essência da subordinação do empregado ao empregador (PINTO, 2007).

D) Subordinação jurídica

Essa terminologia é a mais aceita dentre os doutrinadores. Ela explica que, o empregado é subordinado ao empregador, porque existe um contrato de trabalho entre eles, que permite ao empregador interferir na esfera laboral da atividade desempenhada por seu empregado.

A subordinação jurídica é um estado de dependência real, no qual o empregador, dar ordens para o seu empregado, que tem obrigação de se submeter a essas ordens.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 282):

A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria² social característica da moderna sociedade capitalista. A subordinação jurídica é o pólo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica.

Nos dizeres de José Cairo Jr, (2009, p. 204):

A questão já está pacificada. A subordinação jurídica é que está presente na relação de emprego, seja porque ela decorre de lei (art.2 e 3 da CLT) seja porque cabe ao empregador dirigir a prestação de serviços e, portanto, o contrato.

Ou seja, o empregado obedece às ordens emanadas pelo seu patrão, devido à formalização de um negócio jurídico, o qual é regido pela Lei.

3 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

3.1 AS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA PRODUÇÃO NO SISTEMA CAPITALISTA

Para que se possa entender o surgimento da terceirização, é necessário que se tome como ponto de partida o processo histórico da evolução do sistema capitalista, no tocante as formas de produção usadas na relação entre empregado e empregador durante o período que se compreendeu da segunda metade do século XIX até a primeira metade do século XX.

Estas surgem no momento em que as fábricas precisavam realizar mudanças no seu modo de produção, pois com a industrialização, as empresas passaram a ter as mesmas ferramentas de trabalho, o que dificultava que uma se sobressaísse mais que outra, devido a uma homonização da produção.

Nas belas palavras de Karl Marx em seu livro o Capital, (1982, p. 57):

A produção capitalista começa quando o mesmo capital individual ocupa simultaneamente um grande numero de operários, quando o processo de trabalho estende seu campo de ação e fornece produtos em grande quantidade. A atividade de um número maior de operários, trabalhando ao mesmo tempo e no mesmo lugar (ou, se quisermos, no mesmo campo de trabalho), sob as ordens do mesmo capitalista, visando à produção da mesma espécie de mercadorias, constitui o ponto de partida histórico e formal da produção capitalista.

Diante do fenômeno do sistema capitalista, da corrida incessante ao lucro, as empresas necessitavam de uma válvula de escape para que pudessem se destacar no mercado. E é nesse contexto que se desenvolve os sistemas do Taylorismo, Fordismo e Toyotismo.

3.1.1 Taylorismo

Frederick Winslow Taylor foi o criador de um sistema de organização de tarefas muito utilizado pelos donos das fabricas, o qual se denominou de taylorismo. Ele percebeu através de um estudo feito dentro da fábrica onde trabalhava que o potencial produtivo de um trabalhador não condizia com a sua verdadeira produtividade dentro da empresa. O motivo para que isso acontecesse, era porque o

trabalhador perdia muito tempo desenvolvendo outras atividades, que não tinham relação com a produção da mercadoria.

Outra coisa que ele percebeu foi que com o tempo, o empregado desenvolvia um aperfeiçoamento das técnicas usadas na produção e acabavam ficando mais ágeis no trabalho, fazendo com que o tempo gasto para a produção das mercadorias diminuísse. Diante disso, os trabalhadores sabiam o tempo mínimo necessário para aquela mercadoria ficasse pronta e se utilizavam desse conhecimento para fazer um controle do seu trabalho e para defender seus interesses contra a exploração feita pelo seu empregador.

Taylor era contra a forma de organização que existia na época, pois quem detinha os modos de produções eram os trabalhadores, que quase nunca davam o seu máximo. A indústria ficava a mercê da sua boa vontade para que tivesse um aumento em sua produção. Para aumentar a produtividade, os empregadores se utilizavam de benefícios, como forma de incentivo aos empregados.

Ele acaba criando uma forma de produção, na qual o controle da técnica de trabalho que os empregados detinham, passa a ser usado para obter um aumento na produção em um curto espaço de tempo, gerando assim, maior lucratividade para empresa. Ou seja, era uma forma da administração aumentar a mais-valia do trabalho, que significa aumentar a disparidade entre a remuneração paga e o valor do trabalho produzido.

Nos dizeres de Geraldo Augusto Pinto (2010, p.26):

Refletindo sobre como acabar com a proteção do tempo de trabalho, chegou à conclusão de que se subdividisse ao extremo diferentes atividades em tarefas tão simples quanto esboços de gestos, passando então a medir a duração de cada movimento com um cronometro, o resultado seria a determinação do tempo real gasto para se realizar cada operação.

Criou-se subdivisões desde as atividades operacionais de produção até as gerenciais da empresa. Isso fez com que, cada trabalhador exercesse funções básicas dentro da linha de produção da empresa, não necessitando de conhecimento específico para a sua realização e a administração ficaria responsável pelo controle das técnicas de produção. Os operários transformaram-se em uma espécie de engrenagem de uma máquina. A consequência dessas subdivisões de tarefas para o trabalhador, foi em relação a diminuição de sua autonomia nas

fabricas e o aumento do grau de subordinação perante a administração que acabava controlando totalmente o modo de realização do seu trabalho.

Pode-se dividir o movimento taylorista em três momentos. No primeiro momento, Taylor cria o chamado Piece – rate system (sistema de pagamento por peça), no qual a administração da empresa estabeleceria um valor para cada peça que fosse produzida. Isso fez com que, o empregado trabalhasse o suficiente para poder receber um salário digno. Ainda nesse momento, surge o estudo sistemático do tempo e o sistema de administração de tarefa. No primeiro, é proposta a divisão de cada elemento que era necessário para a realização da tarefa e os cronometravam, permitindo-se uma racionalização dos movimentos. No segundo, colocava-se todo o controle da produção nas mãos da administração. No segundo momento, ele desloca o objetivo do sistema de administração de tarefas para a melhoria das técnicas utilizadas no desenvolvimento das mercadorias e criam princípios da administração do trabalho. Esses princípios tinham como finalidade a harmonização dos empregados em relação a administração, no aumento do salário e nos menores gastos na produção. No terceiro momento, ocorre a proposição de divisão de autoridade e responsabilidade dentro da empresa, onde se cria um departamento de planejamento fora do ambiente fabril e a distinção entre técnicas e princípios (MARTINS, F. 2005).

Nas palavras de Taylor (TAYLOR, 1970 apud PINTO, 2010, p. 34):

Na administração científica, a iniciativa do trabalhador (que é seu esforço, sua boa vontade, seu engenho) obtém-se com absoluta uniformidade e em grau muito maior do que é possível sob o antigo sistema; e em acréscimo a esta vantagem referente ao homem, os gerentes assumem novos encargos e responsabilidades jamais imaginados no passado. A gerencia é atribuída, por exemplo, a função de reunir todos os conhecimentos tradicionais que no passado possuíram os trabalhadores e então classificá-los, tabulá-los, reduzi-los a normas, leis, ou formulas grandemente úteis ao operário para execução de seu trabalho diário.

A forma como Taylor propôs uma divisão de trabalho, fez com que, aqueles trabalhadores que detinham as técnicas para a produção das mercadorias, passassem a ser meros empregados, que acabavam exercendo uma única função sem importância, em face da cadeia produtiva como um todo. Diante disso, o empregado já não sabia mais o que e pra que estava produzindo aquela mercadoria. Ele faz uma separação do trabalho intelectual usado no processo produtivo e do trabalho somente manual.

Como nesse sistema os empregados não precisavam de conhecimentos para produzir as mercadorias, então, qualquer trabalhador que viesse a se adoentar, seria facilmente substituído por outro. Ou seja, Taylor só tinha interesse no trabalho manual dos empregados.

O fundador do socialismo científico Karl Marx em seu livro *o Capital*, (1982, p.113-114):

Toda produção capitalista, enquanto cria não somente valor, mas ainda mais-valia, tem essa característica: o operário não domina as condições de trabalho, é dominado por elas; mas essa mudança de papéis não se torna real e efetiva, do ponto de vista técnico, senão com o emprego de máquinas. Transformado em autômato, o meio de trabalho, durante o processo de trabalho, apresenta-se diante do operário sob forma de capital e trabalho morto, que domina e explora a força de trabalho viva.

A característica principal do sistema de organização, está na especialização de todo o aparato funcional da fábrica. Essa especialização consiste em um planejamento de tudo o que ocorre na indústria, desde as ferramentas que são usadas até os movimentos que são realizados pelos operários. Era um sistema voltado para o estudo do tempo. Todas as informações eram passadas através de ordens pré-estabelecidas pela administração.

3.1.2 Fordismo

O fordismo foi um sistema criado por Henry Ford, que tinha como objetivo principal estabelecer a produção em massa de produtos do ramo automobilístico de forma padronizada. Ele tinha em mente que, se a indústria fabricasse os produtos de forma padronizada e em uma grande escala, os custos seriam menores. Diante do lucro advindo desta redução, o empregador poderia melhorar os salários dos seus empregados, tornando-os capazes de adquirir os produtos por eles fabricados. Com isso, o veículo automotor passaria a ser uma mercadoria comum entre as pessoas.

Importante dizer que, Ford foi influenciado pelo sistema taylorista, no qual se tinha um planejamento de tudo o que acontecia na empresa e uma divisão de funções básicas entre os trabalhadores.

Segundo Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 42):

A novidade introduzida por Ford, com a linha de produção em série, foi a colocação do objeto de trabalho no mecanismo automático que percorresse todas as fases produtivas, sucessivamente, desde a primeira transformação da matéria-prima bruta até o estágio final (como o acabamento do produto, por exemplo). Ao longo dessa linha, as diversas atividades de trabalho aplicadas à transformação das matérias-primas ou insumos, foram distribuídas entre vários operários fixos em seus postos, após terem sido suas intervenções subdivididas em tarefas cujo grau de complexidade foi elevado ao extremo da simplicidade.

Percebe-se que Ford aprimorou o sistema taylorista, pois introduziu uma esteira mecânica que transportava os produtos utilizados na fabricação, suprimindo aquele tempo gasto pelos trabalhadores, responsáveis pelo carregamento das ferramentas de trabalho. Assim, todos os movimentos dos empregados agregavam valor a fabricação dos produtos.

Nesse sistema, a atividade dos operários seria repetida durante todo o dia, levando a uma alienação psicológica e física, que, por sua vez, fazia com que ele não identificasse a importância do seu trabalho para a criação do produto final.

Enquanto que o sistema taylorista controlava o tempo de trabalho dos seus empregados pela cronometragem, o sistema fordista controlava o tempo de trabalho através do controle de velocidade das esteiras transportadoras, que acabava impondo o ritmo de produção que os empregadores esperavam.

Sintetizando a idéia principal do sistema fordista, pode-se dizer que este sistema pretendia elevar a especialização do trabalho a uma simplicidade tão grande, que o operário acabaria tornando-se um “apêndice da máquina”. Ou seja, o empregado acaba fazendo movimentos repetidos, de forma idêntica e em um curto espaço de tempo, de forma que, qualquer pessoa, sem a mínima experiência na área, poderia desempenhar a sua função (PINTO, G. 2010).

Os trabalhadores seriam como uma enorme máquina formada por peças humanas que trabalhavam dia e noite, sem precisar utilizar-se da sua mente na produção das mercadorias.

Então, no sistema fordista o trabalhador tem uma maior subordinação do que no sistema taylorista, pois ele é controlado fisicamente e mentalmente pelo empregador, desde a entrada da matéria-prima até ao produto final produzido pela indústria. O trabalhador não possuía autonomia no seu modo de trabalhar, pois era controlado por uma esteira, que transportava os produtos no ritmo ditado pelo dono

da fábrica, e através de um único gesto, desempenhava a função que lhe foi passada.

A qualidade pessoal do trabalhador não era importante nesse sistema, diante do nível de simplificação do trabalho realizado pelo operário, que não precisava que conhecimentos específicos. Isso permitia uma substituição rápida dos trabalhadores, sem que fosse causado nenhum prejuízo em termos de qualidade e produtividade para a empresa.

Rodrigo de Lacerda Carelli afirma que (2003, p. 41):

Com o fordismo, entretanto, cresceram os poderes das entidades sindicais, crescimento este ocasionado pela reunião de um grande número de trabalhadores em um mesmo *locus*, a fábrica, além do que a existência clara de profissões diferenciadas facilitava a união e coesão dos trabalhadores em sindicatos de categoria. (...) os capitalistas aceitaram este crescimento de poder dos sindicatos, a fim de darem sustentação ao próprio modo fordista da produção. Tudo ia bem, desde que os trabalhadores mantivessem somente a luta por melhorias salariais, deixando de lado as condições de trabalho mais onerosas, como segurança e saúde no trabalho.

Nos dizeres de Fernando Antonio Galvão Martins (2005, p.191):

Ford, através de inovações, deixou a concorrência muito mais furiosa, onde em 1914, adotou o regime de oito horas diário e duplicou o valor do salário para cinco dólares por dia, medida que não foi vista com muita simpatia por seus concorrentes. Entretanto, ele achava que seus operários poderiam comprar o produto que fabricavam o que foi bem difícil de acontecer.

O sistema fordista concretizou um grande processo, no qual os trabalhadores tinham uma maior subordinação na realização do seu trabalho, fazendo com que se retirasse o seu *status* de ser humano, em face ao aumento incessante do lucro pelos empregadores.

3.1.3 Toyotismo

O sistema toyotista surgiu em um cenário de expansão econômica muito lenta em comparação ao sistema taylorista/fordista, que se desenvolveu em um contexto de expansão econômica muito intensa. Ele se baseia em cinco elementos fundamentais: autonomação, polivalência, Kanban, celularização e Just-in-time.

A autonomação é um sistema introduzido na produção, que fazia com que as máquinas parassem de funcionar automaticamente, em caso de um eventual defeito detectado no percurso da produção, isso permitia que se pudesse averiguar e

solucionar o erro detectado. Esse sistema acabava por diminuir os defeitos no produto final da produção, já que, independentemente da supervisão direta de um homem, a própria máquina encontrava o defeito. Além disso, também diminuiu o número de operários no manuseamento das máquinas, reduzindo a um só trabalhador.

No sistema taylorista/fordista, as máquinas e os operários eram divididos em departamentos específicos, o trabalhador de um departamento não sabia exercer a função do outro, que trabalhava em departamento diferente. Já no sistema toyotista, as máquinas de diferentes funções são agrupadas em um só espaço na fábrica, fazendo com que os trabalhadores de funções distintas se misturassem em um mesmo local.

Nas palavras de Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 76):

Na medida em que Ohno foi conseguindo fundi-las em poucos postos de trabalho, estes adquiriram o aspecto de uma “multifuncionalidade”, o que exigiu somarem-se neles todas as atividades antes subdivididas em várias funções, exigindo-se, portanto, dos trabalhadores aí empregados, a responsabilidade por sua execução dentro da mesma jornada. Cumprida essa fusão de várias funções e atividades, designou-se “multifuncionais”, ou “polivalentes”, aos trabalhadores por elas responsáveis.

Ou seja, antes os trabalhadores realizavam funções divididas e agora ele reúne todas as funções em um único empregado, tornando-os polivalentes. O objetivo era possibilitar aos trabalhadores o aprendizado de outras técnicas para que pudessem desenvolver outras capacidades, que seriam utilizadas para o aumento da produção.

A organização de produção no sistema taylorista/fordista era composta pela especialização de todas as funções e atividades dentro do ambiente fabril. Isso acabava por igualar os trabalhadores qualificados aos trabalhadores sem qualificação, pois o conhecimento técnico não era necessário nesse sistema. O modelo toyotista segue um caminho diferente, pois tem como pressuposto a chamada “desespecialização” e polivalência dos trabalhadores. Então, os trabalhadores passam a ser mais qualificados e também a se responsabilizarem pela produção.

Diante da multifuncionalidade do trabalhador, o qual ganha uma maior autonomia na forma de produção do seu trabalho, e da horizontalização do sistema produtivo da empresa, houve uma diminuição considerável da subordinação dos empregados perante os seus empregadores.

Esse sistema também incorporou na sua produção um método americano, que se baseava na reposição rápida das mercadorias nas prateleiras, após estas serem compradas pelos consumidores.

Benjamin Coriat (CORIAT, 1994 apud PINTO, G, 2010, p. 78) explica como se dava esse processo dentro da produção automobilística, da seguinte forma:

Considerando o fluxo contínuo da produção, cada trabalhador de um posto se abasteceria, quando necessário, das peças do posto anterior ao seu, de modo que a fabricação de peças desse último apenas ocorreria em função da demanda ou alimentação daquele – nem mais, nem menos. Para isso, paralelamente ao desenrolar do fluxo da produção, estabeleceu-se um fluxo inverso de informações, onde cada posto posterior emitia uma instrução destinada ao posto imediatamente anterior, de maneira que aí se mantivesse em produção, em dado momento, somente a quantidade de peças exatamente necessária.

Para melhorar esse método, foi criado um dispositivo mecânico que conduzia as caixas no sentido inverso da produção (ou seja, dos postos posteriores aos anteriores), contendo cartazes (que em japonês significa KANBAN), com informações sobre a necessidade de quanto o posto posterior precisava para abastecer suas peças. De outro lado, ocorria a circulação de caixas no sentido normal do fluxo (dos postos anteriores aos posteriores), cheias de peças que foram necessitadas por esses postos (PINTO, G, 2010).

O sistema Kanban foi de suma importância, porque permitiu a descentralização de funções e do controle da fabricação, que eram anteriormente concentradas nos departamentos especializados, para passar a ser exercidos nos postos de trabalhos.

Em suma, trata-se de um sistema de informação e transporte interno utilizado para permitir que a empresa soubesse qual peça estava sendo utilizada para a produção e qual precisava ser recomposta no estoque.

As novas formas de organização de produção implementadas por esse sistema fez surgir uma necessidade de mudança no espaço de trabalho dentro da fábrica. Essa mudança foi denominada de celularização e tem como finalidade a organização dos postos de trabalho em conjuntos abertos, com intuito de concentrar em cada posto uma determinada etapa do processo de produção. Essa forma de organização foi fundamental para o aumento no fluxo de produção dos trabalhadores.

Assevera Geraldo Augusto Pinto que (2010, p. 80):

Cada um desses conjuntos de postos de trabalho foi denominado “celular de produção” e constituem-se de equipes de trabalhadores, que podem

alternar-se em seus postos conforme o volume de produção pedido ou metas de qualidade exigidas ou outro motivo. [...]. Nesse sentido, as células podem contar com um líder dentre os seus trabalhadores, que pode ser eleito ou não pela célula (dependendo da cultura gerencial da empresa), ao qual se atribui a função de assegurar o funcionamento perfeito dos postos bem como a comunicação entre as células e a administração da empresa.

Essa nova organização de produção desencadeou em uma realocação das máquinas em razão dos trabalhadores, na racionalização das funções de cada trabalhador dentro do processo de produção, na sincronização de todas as operações que são realizadas, na diminuição da formação de estoque em cada máquina e na diminuição do tempo do processo produtivo.

O toyotismo usou o sistema de Kanban que era utilizado dentro da fábrica para aplicar nas relações externas, entre a empresa e sua fornecedora, de modo que, a produção das mercadorias, somente era realizada, através de encomendas que já tinham tido a sua venda finalizada. Ou seja, só se produzia com base na demanda dos consumidores. Esse foi um fator que levou a fábrica a trabalhar com o modo de vendas a pronta entrega, reduzindo os índices de mercadorias nos estoques.

O sistema se baseia no tripé encomenda-produção-entrega, denominado de Just-in-time. Entende-se o Just-in-time como sendo a produção do que somente seja necessário (seguindo o critério do cliente), na quantidade necessária (ou seja, nem mais, pois se deve diminuir o estoque e nem menos pra não faltar) e no momento necessário (nem antes, para que não crie-se um estoque e nem depois) (PINTO, G. 2010).

Fernando Antonio Galvão Martins explica o significado de Just-in-time (2005, p.192):

O Just in time, sendo que esta expressão significava bem na hora, no momento certo ou na hora certa. Esse método procura reduzir ao mínimo, o tempo de fabricação e o volume de estoques. O princípio é estabelecer um fluxo contínuo de materiais, sincronizado com a programação do processo produtivo, para minimizar a necessidade de estoques.

Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 84) sintetiza de forma clara a diferença do sistema taylorista/fordista para o sistema toyotista de produção flexível:

Em termos objetivos, no sistema taylorista/fordista, a capacidade produtiva era fixada ao nível do trabalhador em seu posto e, dada a rigidez da hierarquia na divisão do trabalho, a solução para picos de variações nada demanda era a manutenção de estoques, sujeitando a força de trabalho a altos níveis de rotatividade e os produtos à estandardização. No sistema toyotista, a autonomia, a polivalência e a organização celular permitiram que a capacidade produtiva dos postos de trabalho passasse a ser flexível, absorvendo variações quantitativas e qualitativas na demanda dos produtos,

sem manutenção de estoques e contando com um número idealmente fixo de trabalhadores, dos quais podem ser exigidas jornadas flexíveis, com aumento significativo de horas extras.

Ricardo de Lacerda Carelli (2004, p 58-59) ao caracterizar o sistema toyotista, afirma que:

O toyotismo se baseia no aumento do recurso à subcontratação, com o nível salarial 30 a 50% mais baixo, as horas extras ainda mais freqüentes, e evidentemente sem nenhuma menção à melhoria das condições de trabalho, à humanização das relações sociais e à parceria com os sindicatos. É cada vez mais forte a pressão das montadoras sobre seus fornecedores para que rebaixem os preços de vendas das autopeças, reduzindo os custos, acelerando os prazos de fornecimento, elevando a qualidade dos produtos.

Para que o sistema toyotista, voltado à produção flexível, pudesse ser implantado nos países, era necessário que ocorresse uma mudança nas suas legislações trabalhistas, pois esse sistema acabava levando à diminuição dos direitos trabalhistas e ao colapso do movimento sindical, por meio do aumento do número de contratações de caráter temporário, nos momentos de pico de demanda da empresa e nas mudanças das normas relativas aos salários dos trabalhadores.

Thomas Gounet (1999, p. 26-28) se baseia em seis características principais para explicar o fenômeno do toyotismo:

- a) A produção é puxada pela demanda e o crescimento, pelo fluxo. A empresa só produz o que é vendido e o consumo condiciona toda a organização da produção. O consumo padronizado e em massa não serve à economia japonesa, e sim o consumo em menor escala de produtos adequados aos diferentes tipos de consumidor.
- b) O combate a todo desperdício, estimulado pela carência de espaço no Japão e pela necessidade de rentabilidade. Por isso, o objetivo supremo é a máxima fluidez da produção.
- c) A flexibilidade do aparato produtivo e a conseqüente flexibilização da organização do trabalho. Não há mais a lógica taylorista/fordista de um homem para cada máquina; um mesmo trabalhador pode operar mais de uma máquina, e se precisar de ajuda, deve chamar o colega. Por um lado, o trabalho passa a ser de equipe; por outro, o trabalhador precisa ser polivalente.
- d) O Kanban como forma de organização concreta da produção. O kanban é uma placa que indica a peça ou elemento a qual está ligada, permitindo que a empresa saiba quando deve reconstituir o estoque dessa peça ou elemento. É um método rápido, fácil e essencial para uma organização produtiva baseada na demanda.
- e) A produção de muitos modelos, cada um em série reduzida. Há uma mudança constante de máquinas, pois novos modelos precisam ser produzidos. Para isso, reduz-se o tempo de adaptação da máquina.
- f) A subcontratação de fornecedores de autopeças. A empresa passa a estabelecer relações de subcontratação com outras empresas que vão

compor a linha de produção. Os fornecedores mantêm o padrão toyotista de trabalho, e as condições de trabalho são ainda mais precárias nas subcontratadas.

Então, além de toda a sua sistemática de organização de produção, o sistema toyotista também se baseou na subcontratação de outras empresas que realizavam as atividades acessórias, tal como o fornecimento de autopeças. Dessa forma, a indústria passa a ter todos os esforços voltados para a atividade-fim.

Neste cenário de competitividade e transformação dos sistemas de produção, surge um esboço do que mais adiante seria a terceirização.

3.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

O primeiro indício do surgimento da terceirização foi nos Estados Unidos, durante o período da II Guerra Mundial. Nesse contexto, as indústrias de armamento precisaram aumentar a sua produção em razão da crescente demanda do mercado e, com isso, passaram a delegar algumas atividades a terceiros.

Ao debruçar-se em face da matéria, Angélica de Mello Ferreira afirma que (1994, p. 43):

A contratação do trabalho de terceiros, nos moldes atuais, começou a surgir um pouco antes da II Guerra Mundial, nos Estados Unidos. As indústrias bélicas tinham como desafio concentrar-se no desenvolvimento da produção de armamentos a serem usados contra as forças do Eixo, e passaram a delegar algumas atividades de suporte a empresas prestadoras de serviços mediante contratação. E se firmou como uma importante técnica de administração a partir da década de 50. Isso ocorreu devido ao desenvolvimento acelerado da indústria.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta a respeito do tema, explica que (1997, p.181-182):

Não há consenso quanto à origem desse fenômeno. Alguns autores asseveram que surgiu antes da 2ª. Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, enquanto outros declaram que o fato ocorreu durante esse evento, quando as empresas produtoras de armas, diante do aumento da demanda, tiveram que delegar suas atribuições a terceiros.

Vanita Maria Fagundes Peralva ao falar sobre a origem da terceirização diz (1994, p.89):

A prática de contratar terceiros surgiu nos Estados Unidos, antes da II Guerra Mundial, tendo se consolidado como técnica de administração empresarial a partir da década de cinquenta, face ao desenvolvimento da indústria.

As atividades prestadas por terceiros antes da II Guerra Mundial não pode ser interpretadas como indícios de terceirização, pois só depois desse acontecimento que a terceirização passa interferir na sociedade e na economia em geral (CASTRO, 2000).

Fatores relacionados à crise econômica mundial tornou o mercado interno muito frágil, de forma que, para as empresas competirem no mercado internacional, precisariam desenvolver uma técnica que juntasse dois elementos: o aumento da produtividade e os menores custos na fabricação dos produtos. Passam, então, a utilizar da terceirização nos seus serviços.

A terceirização é um fenômeno recente no direito do trabalho, assumindo uma grande importância no contexto jurídico brasileiro apenas nos últimos 25 anos.

No Brasil, o surgimento do fenômeno da terceirização tem início em 1950, através das multinacionais, principalmente as indústrias automobilísticas, que utilizavam a contratação de terceiros para a produção de peças para os automóveis e só se preocupando com a simples montagem final do veículo.

Nas décadas de 1960 e 1970, a terceirização ganhou forças e o legislador, diante da omissão dada pela CLT em face do tema, passou a se preocupar com a sua regulamentação no ordenamento.

Lívia Mendes Moreira Miraglia explica que (2008, p.143):

As primeiras manifestações normativas se deram com os Decretos-lei 1.212 e 1.216, datados do ano de 1966, que cuidavam da regulamentação dos serviços bancários prestados por empresa interposta. Dois anos mais tarde, editou-se o decreto-lei 756, sobre a regulamentação do funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra. No ano seguinte, em 1969, surgiu o decreto-lei 1.034, que impôs a adoção de medidas de segurança para funcionamento de empresa de segurança bancária.

Como as primeiras manifestações legais acerca do tema relacionavam-se somente ao setor bancário, os demais setores da economia passaram a terceirizar os seus serviços da forma que bem entendiam, pois partiam do princípio de que tudo aquilo que a lei não proibisse era permitido.

No setor público, a primeira referência normativa que tratava da terceirização foi, no ano de 1967, com o Decreto-Lei de n. 200/67, que disciplinava sobre a descentralização das tarefas meramente executivas.

O Art.10 do decreto-lei de n. 200/67 prevê:

art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Diante desse artigo, percebe-se que a Administração Pública estava desobrigada em relação às tarefas meramente executivas, podendo se valer da execução indireta destas por empresas interpostas, ou seja, mediante terceirização. Porém, surgiram dúvidas em relação à possibilidade da abrangência dessa terceirização em outras atividades da administração pública.

Logo após, foi criada a Lei nº 5.645 de 1970 que acabou com essas dúvidas, pois enumerava as atividades passíveis de execução por empresas interpostas na esfera da Administração Pública.

O art. 3 da lei 5.645/ 70 dispõe:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Ao trazer a expressão “outras assemelhadas”, o parágrafo único do Art. 3 da lei 5.645/70 deixa claro que esse rol de atividade é meramente exemplificativo. É importante dizer que todas essas atividades citadas no parágrafo único, estão relacionadas as atividades-meio da administração pública.

Mauricio Godinho Delgado leciona a respeito (2012, p. 436):

Em fins da década de 1960 e início dos 1970 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se) Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o decreto lei n 200/67 (art 10) e a lei n 5.645/70.

Então, os primeiros diplomas a tratarem do fenômeno da terceirização estavam ligados ao âmbito da administração pública, proporcionando a chamada descentralização administrativa, através da contratação de serviços por empresas

interpostas para a realização de atividades relacionadas com transporte, conservação, limpeza etc.

Muitos autores afirmam que as primeiras leis que trataram sobre a terceirização no setor privado foram a lei nº 6.019/74 e a lei nº 7.102/83, e terminam por confundir os institutos do trabalho temporário com o da terceirização, tais como:

Livia Mendes Moreira Miraglia afirma que (2008, p. 144):

Paralelamente, editaram-se normas a respeito da terceirização na economia privada, tais como as Leis n. 6.019, de 1974, e n. 7.102, de 1983. A primeira tratava do contrato de trabalho temporário. A lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto n. 89.056/83, normatizou a terceirização nos serviços de vigilância bancária e transporte de valores, em caráter permanente.

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 440):

A regulação normativa da terceirização no mercado privado ocorreu, inicialmente, através de dois modelos restritos de contratação: o trabalho temporário (Lei n.6.019, de 1974) e o trabalho de vigilância bancária (lei n. 7.102, de 1983).

Sergio Pinto Martins (1997, p.136) afirma que “é lícita a terceirização feita para o trabalho temporário (lei n. 6.019/74), desde que não sejam excedidos os três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora”.

José Martins Catharino (1996. p. 43):

De recente institucionalização é a “terceirização temporária”, pela Lei n. 6.019, de 03.01.74, prevista em duas hipóteses: para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço.

Alguns estudiosos afirmam que a instalação da terceirização no Brasil se deu com a edição da Lei nº 6.019/74, mas essa forma de contratação somente teve seu nascimento com a edição da Lei n. 7.102/83, que regulamenta a profissão de vigilante e institui a verdadeira terceirização. A Lei n. 6.019/74 institui apenas o trabalho temporário, parente da terceirização (GONÇALVES, 2005).

Pode-se verificar esse entendimento também nas palavras de Maria das Graças Valença (1994, p. 77):

Por vezes confunde-se ainda a terceirização com a locação de mão-de-obra efetivada, consistindo esta no fornecimento de mão-de-obra nos moldes em tese da Lei n. 6.019/74, para preencher cargos ou funções vagas que em atividades-fim ou meio, mas sem se considerar a transitoriedade das necessidades, conforme as hipóteses previstas na citada lei e sem que se observe o prazo de 90 dias, ilegal, portanto.

Na mesma linha de pensamento segue o professor Rodrigo de Lacerda Carelli (informação verbal), quando afirmou na audiência pública sobre a terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, que:

Colocar intermediação de mão de obra com terceirização é um grave erro. E isso está claro na Súmula 331 do TST, no seu inciso primeiro quando fala do fornecimento de mão de obra, dizendo que, é proibido, só com exceção do trabalho temporário que é fornecimento de mão de obra e que não é terceirização. Tecnicamente uma terceirização é a entrega de uma atividade específica pra ser realizada por empresas especializadas de forma autônoma. Isso é uma terceirização. Você mantém seu co-business e vai entregar determinadas atividades que outras empresas melhor realizarão. O grande problema é que isso é raro de acontecer.

A lei 6.019/74 trata sobre a contratação de trabalho temporário. Este por fim, visa suprir o acréscimo extraordinário de demanda, ou a necessidade de substituição do pessoal efetivo de uma empresa.

O trabalhador temporário é empregado da empresa de trabalho temporário, mas presta serviços no estabelecimento do tomador, sendo o vínculo jurídico estabelecido com a empresa de trabalho temporário, e não com o tomador dos serviços.

É o que afirma Sergio Pinto Martins (2009, p, 148):

Não é, portanto, empregado da empresa tomadora dos serviços. Continuando, porém, a prestação de serviços do trabalhador para a empresa tomadora por mais de três meses, o vínculo de emprego forma-se diretamente com a última.

Na mesma linha de pensamento, Wilson Alves Polonio aduz que (2000, p. 28):

É importante lembrar que inexistente vinculação contratual entre as empresas tomadoras de serviço e os trabalhadores temporários. Estes celebram o contrato de trabalho com as empresas de serviço temporário, exclusivamente. Assim, as empresas tomadoras de serviço não assumem obrigações contratuais com os referidos trabalhadores. Todavia, no caso de insolvência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora é também responsável pelos recolhimentos das contribuições previdenciárias, pela remuneração do trabalhador e por sua indenização por dispensa sem justa causa, referentes ao período em que o trabalhador esteve sob suas ordens, tendo em vista a responsabilidade solidária prevista no art. 16 da Lei n. 6.019/74.

Então, a contratação de um trabalhador temporário pela empresa tomadora do serviço não caracteriza vínculo empregatício, pois a característica desse contrato de trabalho temporário tem por fim a não transferência ao contratante de nenhuma responsabilidade em relação ao serviço prestado.

Importante dizer que o art. 2º da lei nº 6.019/74 delimita as situações que são permitidas a contratação dos trabalhadores temporários:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Então, só se poderá contratar quando for para atender necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora, que são os casos de substituição por férias, licença-maternidade, outra licença previdenciária, etc, ou quando se tratar de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora, que é a hipótese do aumento excepcional de vendas por causa de datas comemorativas ou pela excessiva demanda, etc.

É claro que, se desaparecer o fator da excepcionalidade que deu causa a contratação daquele trabalhador temporário nas duas hipóteses, restará configurado o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. É o que está descrito na súmula 331, I, do TST.

No conceito de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p. 82):

O trabalhador temporário é aquele prestado pelas empresas de locação de mão-de-obra- temporária, quando são solicitadas por outra empresa que necessitar, por prazo curto, de determinado tipo de serviço profissional. Nesse caso, o cliente solicita mão-de-obra à empresa de trabalho temporário. O cliente, também chamado tomador dos serviços, paga um preço à empresa de trabalho temporário. Esta possui uma relação de trabalhadores cadastrados. Remete-os para atender à solicitação do cliente.

Sergio Pinto Martins conceitua sendo (2009, p. 147):

O trabalhador temporário é pessoa física contratada “por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outras empresas” (art. 16 do decreto n. 73.841/74).

Na mesma linha de raciocínio, o autor Wilson Alves Polonio afirma que (2000, p. 27):

Esse tipo de relação contratual, nos termos da Lei n.6.019/74, é aquele em que o trabalhador presta seus serviços em caráter de transitoriedade, tendo em vista o acúmulo de serviços nas operações da contratante (empresa tomadora de serviço), em determinadas épocas do ano, motivados por afastamento de seus empregados por férias, licença etc., ou para o atendimento de algum projeto excepcional que possa requerer maior número de mão-de-obra a ele alocada.

Então, existe uma empresa que precisa de pessoas para substituição do pessoal efetivo ou no caso de aumento extraordinário de demanda, e ao invés, de contratar essas pessoas diretamente, a empresa o faz através de uma empresa de trabalho temporário. Se não houver a contratação nesse formato, pode correr o risco de a empresa tomadora contratar o trabalhador temporário como empregado efetivo. E a

conseqüência desse risco, seria a obrigação de pagar o empregado temporário nos mesmos moldes que teria que pagar a um empregado efetivo.

O art. 4º, da Lei 6.019/74 conceitua a empresa de trabalho temporário como:

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Já a Lei nº 7.102/83, dispõe sobre o serviço de transporte de valores, vigilância patrimonial e pessoal, autorizando o uso dessas atividades pelo estabelecimento financeiro (tomadora de serviços), através de uma empresa especializada na prestação desses serviços (prestadora de serviços). Nesse caso, não há dúvida que se trata de terceirização, de uma prestação de serviços autônomos.

Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 144) aduz que “a lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto n. 89.056/83, normatizou a terceirização nos serviços de vigilância bancária e transporte de valores, em caráter permanente”.

Logo após, surgem as leis de nº 8.863/94 e 9.017/95, que ampliaram a terceirização dos serviços de vigilância patrimonial, retirando a limitação somente ao setor bancário, para abarcar qualquer setor econômico.

Diante disso, não se pode confundir a terceirização constatada na Lei nº 7.102/83 com a contratação de trabalho temporário da Lei nº 6.019/74. Pois, a terceirização presta serviços em caráter permanente e não tem uma legislação que trate sobre o assunto. Já a contratação de trabalho temporário é regulada pela Lei nº 6.019/74, que permite a contratação excepcional de trabalhadores de caráter temporário, não superior a três meses e com requisitos específicos, através de uma empresa de locação de mão-de-obra temporária.

Alice Monteiro de Barros afirma que (2009, p. 447):

O trabalhador que se submete a esse tipo de contrato é empregado, porém da empresa de trabalho temporário; seu contrato com ela também deve ser escrito. O contrato de trabalho temporário será nulo se não se destinar a serviço transitório, de substituição de pessoal ou a acréscimo extraordinário de serviço. A nulidade acarreta vínculo empregatício direto com a tomadora (art. 3 da CLT).

O empregado temporário sempre celebra relação de emprego com a empresa de trabalho temporário, atendendo à ausência temporária do pessoal efetivo e o acréscimo extraordinário de demanda por um prazo máximo de noventa dias.

A empresa tomadora de serviços, por sua vez, pode ter tanto empregados temporário, como também a locação permanente de serviços. Sendo este último, alvo específico do fenômeno da terceirização, que não está adstrita ao tempo, já que não tem um tempo de duração limitado, possuindo um caráter permanente.

Com isso, fica claro a importância de não confundir empregado temporário com a locação permanente de serviços. Quando a empresa precisa locar serviços permanentes, não estando atrelado ao tempo e sem formar vínculo empregatício, está diante da figura da terceirização. Diferentemente, é o que ocorre com o empregado temporário, que além de ter o seu labor limitado no tempo, pode ser contratado para realizar serviços relacionados à atividade-fim da empresa tomadora.

Isso é o que o autor Rodrigo de Lacerda Carelli explica ao discorrer que (2003, p. 120):

Desta forma, verifica-se que tratam de coisas distintas as duas últimas leis citadas. Uma, a de trabalho temporário, trata claramente de colocação de pessoal para trabalhar com personalidade e subordinação à empresa contratante, enquanto que a de serviços de vigilância não trata de colocação de trabalhadores a serviço da contratante, e sim da realização de serviço que será realizado autonomamente, segundo a independência organizacional da prestadora de serviços.

A confusão entre os conceitos de trabalho temporário e trabalho terceirizado fez com que as empresas passassem a realizar contratações diretas de mão-de-obra, sob a roupagem de contrato de prestação de serviço por uma terceirizada.

O Juiz Euclides Aleides Rocha do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região afirma em seu artigo (1995, p. 54-55):

Enquanto na prestação de serviços por empresa, esta se constitui e atua economicamente no sentido de fornecer a quem a contrata uma atividade ou serviço especializado, contando com seu próprio quadro de pessoal, com estrutura e estabelecimentos próprios, no *leasing* ou fornecimento de pessoal faz-se simples intermediação, onde o trabalhador passa a ser objeto do contrato, locando-se sua atividade mediante uma paga ajustada com o intermediário, “atravessador de mão-de-obra”, “gato”, “testa-de-ferro” ou “marchandeur”. Nenhuma transformação se dá ao trabalho, por mínima inclusão de bens, produtos, insumos ou serviços que exijam alguma especialização. O trabalho, singularmente considerado, é o próprio móvel da intermediação.

Em suma, a lei de trabalho temporário permite a intermediação de mão-de-obra, ou seja, o emprego temporário, e não a terceirização de serviços. Já a lei 7.102/83, prever a possibilidade de prestação de serviços autônomos, ou seja, locação permanente de serviços por uma empresa especializada. Esse processo é denominado de terceirização.

3.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Diante do fenômeno da globalização, das alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão-de-obra, na busca incessante pelo lucro e na acirrada competitividade entre as empresas no mercado, as relações individuais de trabalho se transformaram.

A terceirização entra no cenário de competitividade empresarial como uma solução de dirimir os custos, aliviar as empresas dos encargos advindos da formação do vínculo empregatício, melhorando, em tese, a qualidade do produto ou do serviço e transferindo para outra empresa atividades não essenciais, a fim de que possa preocupar-se somente com sua atividade principal.

O conceito de terceirização surge no âmbito da administração de empresas, sendo considerada uma técnica de organização empresarial, que visa o fomento da competitividade empresarial, através da transferência de atividades tidas como acessórias para que sejam executadas por uma empresa especializada, com intuito de focar na produção de sua atividade essencial.

Segundo Wilson Alves Polonio (2000, p.97) afirma que “a terceirização pode ser definida como um processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa”.

Para Mauricio Godinho Delgado explica que (2012, p. 435):

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 92) “A terceirização apresenta-se, assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da grande empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas”.

Na mesma linha, Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p.75):

A terceirização não é um fenômeno pertencente ao direito do trabalho. Não é nem mesmo um instituto de Direito, sendo na realidade pertencente a outras áreas do conhecimento, como a Economia e a Administração de

Empresas. Tal entendimento é imprescindível para a compreensão do presente trabalho, pois se parte dessa premissa para a sua conclusão.

A empresa por meio da terceirização contrata uma empresa (prestadora de serviços) para prestarem serviços ligados as suas atividades secundarias, atendo-se à sua atividade principal. O trabalhador, que realiza o serviço junto à empresa tomadora de serviços, não firma vínculo empregatício com esta, desde que inexistente a personalidade e a subordinação.

Para Júlio Bernardo do Carmo (2011, p.67):

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

Antes da terceirização, o modelo clássico de um contrato de trabalho era tido exclusivamente como bilateral, composto por um empregado que prestava serviços de natureza econômica diretamente ao empregador, que poderia ser pessoa física ou pessoa jurídica, com o qual possuía vínculo empregatício. Depois do fenômeno da terceirização, o modelo do contrato de trabalho pode ser também trilateral, no qual o empregado presta serviço a uma empresa tomadora, porém tem sua relação de emprego estabelecida com a empresa prestadora do serviço, e não com a empresa tomadora.

Alice Monteiro De Barros explica que (2009, p. 452):

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundarias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.

Mauricio Godinho Delgado em belas palavras afirma (2012, p. 435):

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

José Alberto Couto Maciel afirma que (2008, p.137):

A terceirização define-se como a contratação feita por uma empresa de serviços, de trabalho a ser prestado por uma pessoa física (profissional autônomo), ou pessoa jurídica, empresa especializada para realizar determinado serviço que não relacionado às atividades-fim da contratante, sem a existência dos elementos que caracterizam a relação de emprego, como subordinação, habitualidade, horário, pessoalidade e salário. Admite-se a terceirização em serviços especiais, tais como os de vigilância, conservação e limpeza, e em outras atividades vinculadas à atividade-meio do tomador de serviços.

Diante desses conceitos, verifica-se que a terceirização promove o processo de descentralização das atividades acessórias de uma empresa, sendo essas exercidas por outra empresa prestadora de serviços, para que as empresas fiquem com sua atenção voltada para o exercício do seu objeto social. Isso reflete em uma fragmentação dos processos produtivos e no repasse de funções acessórias da empresa.

Nesse sentido, o fenômeno da terceirização pode ser vista como uma “horizontalização” da atividade econômica, na qual as empresas transferem para outras pequenas empresas satélites parte das suas funções que exerciam, concentrando-se, assim, na sua atividade-fim.

Dessa forma, a finalidade da terceirização seria o repasse de serviços ou atividades para determinadas empresas especializadas, por exemplo, nas áreas de apoio básico à produção como conservação e limpeza, vigilância, etc., que detenham melhores condições técnicas para realizá-las.

3.4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

O estudo da terceirização na jurisprudência trabalhista será analisado em consonância com as orientações das súmulas: 239, 256, 257 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho que abordam este tema.

A primeira produção jurisprudencial sobre a terceirização foi a Súmula 239, do TST, aprovada por intermédio da Resolução Administrativa do TST de nº 15/85, publicada no Diário da justiça da União em 9 de dezembro de 1985. Ela consta com a seguinte redação:

TST Enunciado nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985
Bancário - Empresa de Processamento de Dados - Mesmo Grupo Econômico

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJsnºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998).

A criação da súmula 239, do TST, se deu em razão das constantes fraudes que existiam no setor bancário, no qual, os bancos criavam uma empresa totalmente subordinada a eles, com o único objetivo de prestação de serviços de processamento de dados. Essa prática visava conseguir trabalhadores que prestassem serviços em jornada de 8 horas diárias e não a jornada reduzida de 6 horas diárias como prevê a legislação especial dos bancários. Ou seja, os empregados da empresa que prestavam serviços de processamento de dados aos bancos, não se submetiam as normas da legislação especial dos bancários, incidindo assim, as regras gerais aos empregados regidos pela CLT, qual seja, a jornada máxima de 8 horas diárias e 44 horas semanais, salvo as disposições específicas existentes na própria CLT.

Não é possível, nessas situações, observar a autonomia jurídico-econômica que a lei exigia para a empresa prestadora dos serviços de processamento de dados. Com isso, a empresa prestadora de serviço fazia parte do mesmo grupo econômico da empresa tomadora e ambas as empresas restavam solidariamente responsáveis pelos créditos trabalhistas dos empregados (MIRAGLIA, 2008).

Então os empregados que trabalhavam em empresa de processamento de dados, do mesmo grupo econômico do banco, no qual prestava serviços quase que exclusivamente, eram tidos como bancário, visto que a atividade de processamento de dados na atividade bancária, como nos caixas, terminais de consulta etc., eram de necessidade permanente.

No ano de 1986, foi aprovada pela Resolução Administrativa n 4/86, publicada no Diário da Justiça da União em 30 de dezembro de 1986, a Súmula 256 do TST, que constava com a seguinte redação:

TST Enunciado nº 256 - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986 - Revisão - Enunciado nº 331 - TST - Cancelada - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003
Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta,

formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Conforme se observa da leitura da Súmula 256 do TST, estipulou-se que a empresa interposta só poderia ser contratada em casos excepcionais, porque a intermediação de mão-de-obra era considerada ilícita, tanto na atividade-fim como na atividade-meio, salvo nas hipóteses das Leis nº 6.019/74 e 7.102/83. Então, se a contratação da empresa interposta foi com o objetivo de fornecer empregados para trabalharem em atividades de caráter permanente da empresa contratante, não poderia ter esse contrato como de trabalho temporário, formando-se o vínculo empregatício desse empregado com a empresa tomadora dos serviços.

A autora Maria das Graças Valença explica qual foi a intenção do verbete em análise (1994, p.75):

A intenção que emerge do verbete sumulado é de se coibir a locação de serviços por interposta pessoa quando isto constitua *merchandage* pela qual intermediário explora trabalho alheio como se fosse simples mercadoria, ou quando objetiva subtrair do real empregador os ônus trabalhistas e previdenciários, por haver ambos os casos atentado contra o preceito expresso no art.9 da CL.

Sérgio Pinto Martins na mesma linha de raciocínio explica que (2011, p.114):

Uma das preocupações principais do verbete em análise foi a de não permitir o leasing de mão de obra ou *marchandage*, no sentido de exploração do homem pelo próprio homem, mediante contratação de trabalhadores por empresa interposta.

A Súmula acabava por concluir que todas as atividades prestadas pela empresa, salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, eram tidas como ilícitas, pois haveria a exploração da mão de obra do trabalhador e conseqüentemente a formação do vínculo empregatício com a tomadora. Ou seja, para que não fosse formado o vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviço, era necessário que a empresa tomadora que fosse celebrar os autênticos contratos de prestação de serviços ou de empreitada que são regidos pelo Código Civil, como por exemplo, atividades de conservação e limpeza e de alvenaria, fizesse essas contratações de forma excepcional, nos casos de serviço transitório e que não tivesse vínculo com a sua atividade normal.

Porém, esse entendimento não deveria ser seguido, pois o verbete não separou o que seria intermediação de mão de obra e o que seria terceirização, colocando como se fossem a mesma coisa do trabalho temporário e do serviço de vigilância. Diante da expressão “contratação de trabalhador” que consta na Súmula 256 do

TST, não resta dúvida que a corte queria tratar no enunciado sobre a intermediação de mão de obra, pois na terceirização licita não se contrata trabalhador e sim serviços especializados.

Esse é o entendimento que se extrai do autor Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 106), quando explica sobre o objetivo da Súmula 256 do TST:

Assim, entendeu a mais alta corte trabalhista que a intermediação de mão-de-obra seria ilegal, porém cometeu um equívoco, pois não houve a separação entre intermediação e terceirização, colocando como se fossem a mesma coisa o serviço de vigilância previsto na Lei n. 7.102/83 e o trabalho temporário da Lei n. 6.019/74, que trata de uma exceção à regra de proibição de intermediação de mão-de-obra, ao contrário do serviço de vigilância, quando , em sua regular maioria, é prestado autonomamente e não como empresa interposta.

Então esse enunciado não deve ser interpretado como se fosse proibida a terceirização, e sim à interposição de empresas com o único objetivo de evitar o vínculo empregatício. Ou seja, a Súmula deveria ter o objetivo de evitar aquelas empresas que só são criadas somente no papel, sem idoneidade econômica e com o intuito de burlar as leis trabalhistas.

Sergio Pinto Martins observa que (2011, p.117):

Não era essa a orientação a ser seguida. Mister se faz observar a correta interpretação a ser dada à citada Súmula 256 do TST, que deve ser interpretada de maneira restrita e exemplificativa não taxativa, sob pena, até mesmo, de que as empresas prestadoras de serviços não possam exercer esse ramo de atividade.

Na mesma linha de pensamento, a autora Maria das Graças Valença explica (1994, p.75): “As hipóteses da verdadeira terceirização não podem ser alcançadas pelo enunciado in comento. Concluir-se-ia assim, serem meramente exemplificativas as hipóteses contempladas no citado enunciado”.

Pode-se extrair esse entendimento também através do Recurso de Revista 226/89, diante do voto do Ministro Relator José Luis Vasconcelos:

Contrato de Prestação de Serviço – Legalidade.
Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadoras, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256, da Súmula desta Colenda Corte, há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviços em espécies outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar, na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor. Recurso de revista conhecido, a que se nega provimento” (TST, RR 226/89.3,AC. 1º T:1.608/89, Rel. Min, José Luiz Vasconcellos)

Como não existe lei que proíba o trabalho das empresas prestadoras de serviços, e diante da norma constitucional contida no art. 5, II, da CF, que informa que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, não seria correto a utilização de forma genérica da Súmula 256 do TST nas relações trabalhistas.

A jurisprudência já estava ponderando a aplicação restrita da Súmula 256 do TST, passando a entender que só ocorreria a aplicação desta, nos casos que fossem comprovados a fraude da lei. Como se pode verificar nesse Recurso de revista:

Locação de mão de obra – Aplicação do Enunciado 256. O enunciado 256 não pode ser aplicado indiscriminadamente, mas apenas naqueles casos em que fica demonstrado que a intermediação teve o objetivo fraudulento. Recursos de revista conhecido e improvido “(TST, RR 5.708/89, Rel. Min.Almir Pazzianotto, Ac. 1º T: 757/90)

Diante das pressões dos setores econômicos da sociedade, o TST reviu o enunciado nº 256 e aprovou pela Resolução Administrativa nº 23/93, publicada no dia 21 de dezembro de 1993, o enunciado nº 331 do TST. Porém, antes da revisão da Súmula 256 do TST, o mesmo tribunal firmou a Súmula 257, que foi editada pela Resolução Administrativa nº 5/86 e publicada no Diário da Justiça da União de 4-11-86, contendo a seguinte redação:

TST Enunciado nº 257 - Res. 5/1986, DJ 31.10.1986 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Vigilante Contratado - Relação de Emprego
O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.
obs.dji: Banco; Contrato de Trabalho; Duração e Condições de Trabalho dos Bancários; Empresa; Relação de Emprego; Vigilante (s)

A criação da Lei nº 7.102/83 decorreu de uma medida de prevenção contra os assaltos a bancos que estavam ocorrendo na época. As instituições financeiras não tinham como atividade principal ter serviços de vigilância, mas é quase impossível imaginar um banco funcionando sem os serviços de vigilância. Com isso, verifica-se que tanto os bancos como outros estabelecimentos não financeiros, poderiam contratar os serviços de vigilância, pois estes não estão inclusos entre as atividades normais das instituições.

A orientação contida na Súmula 257 do TST está em conformidade com a Lei nº 7.102/83, pois esta permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores. Ou seja, não se poderia falar que o vigilante que presta serviços em um banco seria tido como bancário, diante daquele comando legal, pois o trabalho do

vigilante não seria mais extenuante que o do bancário de modo a ser contemplado com jornada de 6 horas diárias. E termina dizendo que, o fato de o vigilante trabalhar no banco e não na empresa que presta o serviço não desnatura o contrato, pois o que importa é que a subordinação do vigilante seja com a empresa de vigilância e não com a instituição bancária (MARTINS, S. 2011).

Com isso, cristalizou-se o entendimento de que não forma-se vínculo empregatício entre o banco e o vigilante nos casos de terceirização licita, ou seja, nos casos em que a contratação se dá por meio de uma empresa prestadora de serviços especializados e que não exista o elemento da subordinação com o banco.

Quase oito anos depois foi aprovada em 1993 a Súmula nº 331 do TST, com a seguinte redação original:

TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com o passar do tempo, a Súmula 331 do TST, recebeu nova redação e alguns incisos a mais no seu enunciado. A Resolução do TST nº 96 de 2000, deu nova redação ao inciso IV do referido verbete, passando a ser redigida da seguinte forma:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Depois foi a vez da Resolução do TST nº 174 de 2011, que modificou novamente o inciso IV e acrescentou mais os incisos V e VI à Súmula 331 do TST, estando assim redigida:

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

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

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

Percebe-se que a Súmula 331 do TST, trouxe soluções aos problemas que se tinham na doutrina referente a antiga Súmula 256 do TST e trouxe também matérias que não eram previstos na Súmula 256 do TST , tais como, os serviços de limpeza e os serviços prestados à administração Pública. Além disso, fez a distinção entre o que seria atividade-meio e atividade-fim do tomador de serviço e redigiu melhor acerca da responsabilidade das empresas tomadora de serviços.

No inciso I da Súmula 331 do TST, verifica-se que é proibida a contratação de trabalhador através de empresa interposta formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nas hipóteses da Lei 6.109/74. Esse inciso acaba por dizer a mesma coisa que a antiga Súmula 256 do TST dizia, excetuando-se o caso de trabalho temporário conforme a regras estabelecidas na Lei 6.019/74.

Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 151) discorre sobre o inciso I, da Súmula 331 TST:

Pode-se inferir, então, que a mera interposição de mão-de-obra é vedada pelo ordenamento jurídico, pátrio, devendo ser combatida, pois é incompatível com os princípios do Direito do Trabalho e, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, tal circunstancia reduz o homem-trabalhador a mero objeto para a consecução do lucro capitalista. Ou seja, não há delegação de atividade da empresa tomadora, mas simples contratação do lucro capitalista. Ou seja, não há delegação de atividade da empresa tomadora, mas simples contratação de trabalhador por meio da prestadora, no intuito de fraudar as normas trabalhistas.

Como diz a autora, é proibida a intermediação de mão de obra, porque a empresa interposta estaria locando mão de obra e não vendendo serviços, salvo nos casos de trabalhador temporário, no qual o vínculo empregatício se forma com a empresa de trabalho temporário.

Não aprofundaremos sobre o tema relacionado ao trabalho temporário, pois este já foi abordado no item 3.2 desse capítulo.

O inciso II, traz uma ressalva tocante a formação automática do vínculo empregatício com o tomador de serviços em casos de intermediação de mão de obra pela Administração Pública. Isso é consequência de uma disposição de ordem constitucional, que veda a possibilidade de reconhecer vínculo de emprego a quem não se submete a concurso público ou de provas e de títulos.

A Administração Pública não pode contratar pessoas sob o regime da CLT, sem o requisito do concurso público, sob pena de fraudar a constituição federal. Então, ainda que se verifiquem os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, não poderia se falar em direitos tutelados pela legislação trabalhista, salvo previsão em lei específica, nos estritos termos do art. 37, inciso IX, da CF (POLONIO, 2000).

O Estado pode diante do que consta do art. 175, CF, prestar serviços diretamente ou por meio de terceiros, mediante os institutos da concessão ou permissão, mas sempre observando o processo obrigatório da licitação. E quando for prestar os serviços por meio de terceiros, não haverá o vínculo empregatício dos trabalhadores com a administração pública.

Sergio Pinto Martins (2011, p.146) explica que:

O prestador de serviços que, porém, não fez concurso público, não pode ser considerado como empregado público, diante do texto expresso da Norma Ápice, como interpreta corretamente o inciso II da Súmula 331 do TST. Assim, estando a Administração Pública sujeita ao princípio da legalidade, que mostra a necessidade da existência do concurso público, não se poderá falar em vínculo de emprego com aquela.

Na mesma linha de raciocínio Mauricio Godinho Delgado (2012, p.455):

Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e parágrafo 2º, CF/88). Para a Constituição, a forma passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em entes estatais (art. 82, 130 e 145 III, Código Civil de 1916).

Parte-se do pressuposto de que a administração pública está restrita ao princípio da legalidade, no qual não poderá fazer nada em desconformidade com os preceitos legais.

A interpretação da Súmula 331, II, TST foi de acordo com a proibição contida no art. 37, II, da CF, porém restaram algumas dúvidas na jurisprudência sobre os direitos dos trabalhadores de uma terceirização ilícita praticada por órgãos da administração pública. Com isso, surgiram três posicionamentos a respeito da problemática.

Os adeptos a primeira corrente, sustentam-se que se a terceirização ilícita praticada por entidades estatais não gera vínculo empregatício, também não teria o trabalhador nenhum direito a remuneração do seu trabalho.

A segunda corrente entende que a administração pública já se beneficiou com o ilícito praticado e por isso não poderia se beneficiar novamente, devendo com isso pagar o salário devido aos trabalhadores, pois não lhe pode ser devolvida a energia utilizada no seu labor. Tal vertente deixa de lado a vedação expressa no texto constitucional e entende que deve haver o vínculo empregatício, mesmo sem o requisito do concurso público.

A terceira corrente parte do pressuposto de que não se deve negar a validade e eficácia ao art. 37, II da Constituição Federal, mas também deverá ser observado a isonomia contida no art. 5, caput, I e art. 7º, XXXII, CF/88. Para essa corrente, seria assegurado ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas aplicáveis ao empregado público que exercesse a mesma função. Aplica-se a regra contida no art.182 do Código Civil que diz que, caso o negócio jurídico seja anulado, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

O inciso III, explica que os serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), os serviços de conservação e limpeza e os serviços especializados que dizem respeito a atividade-meio do tomador, desde que não haja a pessoalidade e a subordinação direta, não formará vínculo empregatício com o tomador de serviço. Os requisitos do inciso III, são cumulativos. Significa dizer que mesmo que haja pessoalidade, não havendo subordinação, não haverá relação de emprego formada entre a tomadora e o empregado da prestadora de serviço.

Importante dizer que vigilante não é vigia. O ultimo é empregado não especializado, sem regras definidas em lei, que se vincula ao próprio tomador de seus serviços. O vigilante seria membro de categoria especial, no qual exerce funções de natureza paramilitar, tendo uma lei especial que regula sua atividade e que exige alguns requisitos para que se possa ser desempenhada a função.

É necessário tecer alguns comentários acerca dos conceitos de serviços especializados e atividade-meio que são utilizados no próprio corpo do inciso terceiro para que se possa entender melhor o fenômeno da terceirização.

São denominados serviços especializados, aqueles cuja exija uma certa habilidade ou um conhecimento específico da empresa prestadora de serviço e não de seus empregados, para a realização da atividade contratada pela tomadora. Ou seja, a empresa prestadora de serviço tem que ser especializada para aquela atividade que se destina desempenhar. Essa especialização tem que estar inserido na dinâmica da atividade-meio da tomadora do serviço.

A importância de distinção entre atividade-meio e atividade-fim serve também para diferenciar uma terceirização lícita de uma terceirização ilícita. Entretanto, esta não é a única forma que se tem para diferenciar a licitude ou ilicitude de uma terceirização.

Vale ressaltar que existe uma grande dificuldade na doutrina de pacificar o entendimento do que seriam atividade-meio e atividade-fim de uma empresa. A diferenciação colocada abaixo se refere ao entendimento da doutrina clássica no direito brasileiro.

A doutrina classifica atividade-meio como sendo aquelas funções que não são essenciais para o funcionamento do núcleo da atividade exercida pelo tomador de serviços. São ditas como atividades secundárias, periféricas, acessórias etc, que não coincide com o objetivo precípua da tomadora de serviço. São serviços que auxiliam o processo produtivo da empresa, sem com isso produzirem algum lucro pra própria tomadora. Podem-se citar como exemplo de terceirização na atividade-meio, os serviços de limpeza, de vigilância, de alimentação de funcionários etc.

A doutrina tem entendido como atividade-fim, sendo aquela atividade central para qual a empresa foi constituída, ou seja, ligada ao seu objeto social.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2012, p.450):

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

José Alberto Couto Maciel conclui que (2008, p. 137):

Para tanto, define-se como atividade-meio toda aquela não essencial à empresa, ou seja, a que tem a finalidade de dar suporte às atividades principais constantes em seus objetivos sociais, sendo que atividade-fim é aquela atividade descrita na cláusula-objeto do contrato social da empresa.

Então, a atividade-fim estaria ligada a atividade principal da empresa, pelo qual seja possível o desenvolvimento empresarial do tomador. Ou seja, é a atividade em que a empresa concentra o seu objetivo precípua, na qual é especializada para a realização de tal atividade.

Essa diferenciação é muito complicada, porque, às vezes, a atividade-meio é uma extensão da atividade-fim e se confunde com ela. Por exemplo, o delivery nas Lojas Americanas não faria parte da sua atividade-fim, pois a finalidade dela é vender mercadorias e essa atividade se exaure no local onde é feita a venda, e um eventual transporte oferecido pelas Americanas não englobaria sua atividade-fim. Mas, já nas Americanas.com é diferente, pois aqui, a atividade-fim dela só se completa com a entrega do produto na residência da pessoa. A entrega é extensão da sua atividade-fim e aqui, não seria possível falar na terceirização dessa atividade.

Na audiência pública promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, o Procurador Geral do Trabalho Luiz Antônio Camargo de Melo (informação verbal) afirmou que:

Muito se discute pelo critério diferenciador da atividade meio e fim, para considerar lícita ou ilícita a terceirização. Argumentamos que a casos que a identificação de uma ou de outra não oferece dificuldade como por exemplo, o serviço de limpeza, entretanto a situações que existem dificuldades para determinar que uma determinada atividade secundária ou permanente, mas da forma como anda a prática da terceirização, inclusive sem regulamentação legal, é preciso manter tal critério criado pela jurisprudência para tentar frear um pouco a irresponsabilidade de alguns que usam a terceirização com objetivo claro de diminuir custos “a qualquer custo” com total desrespeito aos direitos humanos na relação de trabalho. Ruim com ele, pior sem ele.

Nessa mesma audiência pública, o Presidente do TST e CSJT, o Ministro João Oreste Dalazen (informação verbal), afirmou que:

A atividade-fim que é o coração do negócio da empresa contratante, serviu e serve no momento para ditar a licitude do fenômeno da terceirização. Será que o critério da atividade-fim não é demasiado, impreciso e de caracterização duvidosa e equivocada, ao ponto de não transmitir a desejável segurança jurídica. Algumas atividades-meio se tornou indispensáveis no ciclo produtivo da empresa.

Então, dentro da empresa existem atividades que são essenciais, que estão na essência da empresa, definindo aquela empresa e tem outras atividades que são de apoio. Essas atividades de apoio podem ser terceirizadas, desde que, não sejam feitas com pessoalidade e subordinação. Então essas atividades podem ser até importantes para funcionalidade da empresa, porém não podem fazer parte das

atividades essenciais, que seriam aquelas que definem o âmbito de atuação da empresa. Não poderia haver terceirização da atividade-fim da empresa e nem na atividade-meio com subordinação e pessoalidade.

Percebe-se que o TST consagrando o princípio da Primazia da Realidade, no qual a realidade fática tem mais importância do que a relação jurídica pactuada, entendeu que, mesmo que ocorra na atividade-meio do empregador, se ocorrer fornecimento de trabalhadores para executarem os serviços contratados pelo tomador com os requisitos da pessoalidade e subordinação, restará configurado o vínculo empregatício direto com a tomadora.

O inciso IV explica que em face de uma terceirização lícita, o tomador de serviço deverá ser responsabilizado subsidiariamente, quando houver inadimplemento dos créditos trabalhistas pela prestadora de serviço, desde que estejam participando da relação processual.

O requisito processual é importante para a responsabilização do tomador do serviço. Porque se o tomador não for acionado juntamente com a empresa prestadora de serviço, figurando como um litisconsorte passivo e se não ocorrer a inscrição do título executivo judicial, não poderá posteriormente ser responsabilizado pelo credor da reclamação trabalhista. Então, o inadimplemento da empresa que presta serviço, leva conseqüentemente a responsabilização subsidiária da tomadora, no entanto, ambas devem estar no pólo passivo da demanda, tem que chamar todas para o processo.

O inciso IV da Súmula 331, TST, ao determinar a responsabilidade subsidiária, classifica os responsáveis como empregador (responsável principal) e o tomador dos serviços (responsável subsidiário). Isso quer dizer que, o inciso é endereçado as relações contratuais tidas como legítimas entre o prestador e tomador de serviço. De outra forma, o verbete não utilizaria o termo empregador, mas empresa interposta, como fez no inciso II (POLONIO, 2000).

Então, o inciso IV estabelece que se a hipótese for de terceirização lícita, a responsabilidade é subsidiária e quando o empregado tiver direitos inadimplidos pelo seu empregador, cabe a ele propor uma ação contra o empregador, e, nesta ação, também deverá juntamente propor contra o tomador do serviço, pois, neste caso, ele se beneficiou do serviço que o empregado prestou, e com isso, será imputado a

condição de *culpa in eligendo*, pois escolheu mal o prestador de serviço. Caberá ao empregado (credor) propor a ação contra os dois e, estabelecida a condenação e iniciada a execução, esgotando todos os meios possíveis de executar o seu verdadeiro empregador, e comprovando no processo que isso se mostrou insuficiente, deverá pedir ao juízo que desloque a execução para os bens da tomadora de serviço, para que tenha seu crédito esgotado.

Sergio Pinto Martins explica que (2011, p.138):

Com essa orientação, o verbete pretende aconselhar as pessoas que fazem terceirização para que contratem empresas idôneas, sob pena de, se o empregado ajuizar ação contra a empresa prestadora dos serviços e a tomadora, esta última ficará responsável subsidiariamente pelo pagamento de verbas trabalhistas, em decorrência da inidoneidade da prestadora dos serviços de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Então o tomador somente responderá se o prestador dos serviços não adimplir a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento deste.

Verifica-se que a Súmula 331, TST foi omissa no tocante à questão da responsabilidade da empresa tomadora, quando a terceirização se der de forma ilícita. Entretanto, a doutrina entende que nesse caso de terceirização ilícita, haverá a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços.

Lívia Mendes Moreira Miraglia (2011, p.43) afirma que:

Na hipótese de terceirização ilícita, aplicam-se os arts. 927 e 942 do Código Civil, utilizados subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por expressa permissão legal do art. 8º, parágrafo único, da CLT, no sentido de estabelecer a responsabilidade solidária entre todos aqueles que praticarem o ato ilícito.

Com isso, o comando do verbete não se aplica nos casos em que for verificada uma relação contratual fraudulenta, no qual o verdadeiro empregador é a empresa tomadora do serviço.

A consequência de uma terceirização ilícita seria a desconfiguração do vínculo empregatício do empregado com a empresa prestadora (empregador aparente), para refazê-lo junto à tomadora (empregador oculto) (DELGADO, G, 2004).

A responsabilidade subsidiária ao contrário da solidária, não dá ao credor o direito de escolher a quem cobrar a dívida. Ela obriga ao credor a obedecer a uma ordem na cobrança desta obrigação. Quando empresas contratam uma com a outra, ambas se beneficiam do trabalho de determinado empregado, porém entre elas existem uma mera relação de responsabilidade subsidiária. Ao credor só é dado o direito de

executar perante a justiça do trabalho a empresa tomadora, quando o seu efetivo empregador não tiver condições de arcar com a dívida lhe é cobrada.

Em suma, conclui-se que, caso seja observado a licitude da terceirização, observa-se a responsabilidade subsidiária disposta no inciso IV do verbete. Porém, se for observado a ilicitude da terceirização, aplica-se à tomadora a responsabilidade solidária, decorrente de lei.

Por muito tempo, a Administração Pública diante da antiga redação da Súmula 331, TST, foi responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador. Porém, em 7 de março de 2010, foi proposto perante o STF, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cujo a finalidade era o art. 71, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/1993. Esse artigo veda a possibilidade de o Estado ser responsabilizado subsidiariamente pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela prestadora de serviço.

Reza o artigo 71 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93):

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações. Inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade afirmava que o art. 71 da Lei nº 8.666/93 estava tendo sua constitucionalidade suprimida pelo TST, na qual não estaria observando a vedação imposta pela tal norma, estando permitindo a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos inadimplementos trabalhistas, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST.

O STF, por sua vez julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, chegando pela conclusão da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Diante dessa constitucionalidade declarada pelo STF, em 31 de maio de 2011, passou a vigorar a nova redação da Súmula 331, do TST, que alterou a hipótese de responsabilização do ente público, incapacitando a aplicação analógica do entendimento do inciso IV, aplicado ao setor privado.

Sergio Pinto Martins explica que (2011, p.150):

O STF declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93(ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 24.11.10). Entretanto, admitiu que, nos casos em que restar demonstrada a sua culpa *in vigilando* do ente público, será possível a sua responsabilização e pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela falta de cuidado.

Na mesma linha de posicionamento, Livia Mendes Moreira Miraglia (2011, p. 47) afirma que:

A partir das modificações realizadas na Súmula nº 331 do TST, verifica-se que a Administração Pública, ao contrário do tomador de serviços de natureza privada, não poderá mais ser responsabilizado subsidiariamente pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Para que o ente público seja responsabilizado, deverá ser comprovada a sua conduta culposa. Ou seja, não há mais a possibilidade de se atribuir a culpa *in eligendo* da Administração Pública. A realização do processo licitatório, por si só, já “presumiria” a contratação de empresa capacitada a arcar com os encargos trabalhistas.

Diante do novo inciso V criado pela Súmula 331, do TST, Administração Pública só responderá subsidiariamente pelos encargos devido aos trabalhadores, caso fosse comprovada a sua conduta culposa *in vigilando*, pelo qual o empregado deverá demonstrar.

Na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, o Ministro João Oreste Dalazen (informação verbal) - Presidente do TST e CSJT, afirmou que:

A jurisprudência do trabalho concerne a responsabilidade subsidiária do tomador. A Lei nº12.440/2011 instituiu a certidão negativa de débito para a empresa terceirizante. Tem que exigir periodicamente a certidão negativa de débitos trabalhistas, para que possa eximir-se da responsabilidade subsidiária que a sumular 331 TST atribui a tomadora de serviço nos casos em que, a empresa terceirizada não houver honrado com as obrigações trabalhistas contraídas com seus empregados. A certidão tem a finalidade de se comprovar na justiça do trabalho que não houve culpa *in vigilando*, isto é, que fiscalizou a empresa terceirizada no cumprimento das suas obrigações trabalhistas. E, desse modo, não poderia a empresa tomadora dos serviços suportar a responsabilidade subsidiária por débito da terceirizada junto aos seus empregados. Em fim, a certidão em a preço é um relevante instrumento que poderá auxiliar a busca de pacificação no universo dos serviços terceirizados, privilegiando as contratações daqueles prestadores de serviços que exibam certidão negativa de débitos, que respeitem as obrigações trabalhistas.

No inciso VI verifica-se que tanto a responsabilidade das entidades privadas como das entidades públicas, abrangem todas as verbas advindas do contrato de trabalho do obreiro terceirizado. Ou seja, o inciso acabou por clarear a ampla responsabilidade da tomadora de serviços perante os encargos trabalhistas.

A antiga redação da Súmula 331 do TST não explicava quais seriam os tipos de verbas de natureza trabalhistas que abrangia a responsabilidade subsidiária. Diante dessa nova redação do verbete, todos os inadimplementos pelo empregador das obrigações trabalhistas estarão abrangidas pela responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

4 SERVIÇO PÚBLICO

4.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Quase todos os doutrinadores têm dificuldade de encontrar um conceito para o serviço público. Partindo do pressuposto de que o serviço público destina-se a satisfazer os anseios da sociedade, e esses anseios se transformam em razão do contexto histórico e sócio econômico em que a comunidade está situada.

Com o surgimento do Estado social e da constitucionalização dos direitos sociais pela a Constituição de Weimar de 1919, o Estado passou assumir diretamente a responsabilidade de prestar serviços de caráter assistenciais e de atividades econômicas ligadas com os direitos fundamentais, até então prestada pelo setor privado.

Então, a noção de serviço público nasceu com a noção de um Estado intervencionista, que tinha a finalidade de propiciar melhores condições sociais a sociedade.

Muitos afirmam que as primeiras noções de serviço público surgiram na França através de grandes nomes como Duguit, Jèze. A noção do serviço público no direito Frances era muito amplo e abrangiam todas as atividades do Estado, como a função legislativa, judiciária e administrativa. A noção de serviço público era tão importante no direito francês, que acabava por substituir o conceito de soberania, pois considerava o pilar de todo o direito público.

No Brasil o conceito de serviço público desencadeou três correntes distintas. A primeira corrente baseia-se no critério orgânico, no qual o serviço público é aquele prestado por órgãos públicos. A segunda corrente baseia-se no critério formal, pelo qual serviço público seria aquele disciplinado por regime de direito público. E por último a terceira corrente que se baseia no critério material, pelo qual considera serviço público aquele que correspondesse direta e essencialmente os interesses da população que não era atendido de forma adequada pelo setor privado.

Porém, esses critérios sofrem muitas críticas dos doutrinadores. Para eles o critério orgânico não poderia ser utilizado, pois, hoje em dia a execução das atividades

públicas, não são restritas apenas ao Estado, podendo ser delegadas também ao setor privado. O critério formal não poderia servir como conceito, porque em certos casos incidem normas do direito privado na prestação de alguns serviços públicos. E o critério material também não poderia servir como parâmetro, pois nem sempre as atividades prestadas pelo Estado significam como essenciais para a sociedade e também existem certas atividades que o Estado promove que são voltadas em favor do indivíduo de forma indireta e mediata.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, P. 316):

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do estado.

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público seria (2003, p. 98):

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua serviço público como sendo (2011, p. 297): “toda atividade prestada pelo estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Eis o enfoque dado por Diogenes Gasparini (2012, p. 350):

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela administração pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.

E, por fim, o conceito um pouco restrito do autor Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 687):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Então, o serviço público é uma atividade da Administração Pública, pelo qual é prestado pelos seus órgãos da administração direta e indireta e também por empresas privadas que exercem através do instituto da delegação determinados

serviços específicos ou genéricos para a comunidade, tais como: energia elétrica, serviço de telecomunicações, transporte coletivo, etc.

O Estado tem como objetivo a prestação dos serviços públicos à comunidade. Porém, o próprio Estado não consegue prestar esses serviços de forma eficiente e acaba por delegar ao setor privado a sua execução. Entretanto, cabe a Administração Pública o poder de regulamentar, alterar e controlar o serviço que foi delegado aos particulares. Essa possibilidade de delegação decorre de norma expressa pela Constituição Federal.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

4.2 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

4.2.1 Competência

A competência de regulamentar, controlar e executar o serviço público cabe à União, Estados-Membros, Distrito Federal e aos Municípios. A Constituição Federal no seu artigo 21, restringiu alguns serviços públicos como de competência da União, como exemplo os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, d) e os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, e):

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

No artigo 30, a Constituição Federal delimitou os serviços públicos de interesse local aos Municípios, como se verifica no inciso V do próprio artigo:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Vale ressaltar que interesse local não significa interesse exclusivo do Município, mas sim a predominância do seu interesse sobre os interesses do Estado ou da União.

Com isso, o Município não tem nenhuma competência em assuntos que não tenham relação com o interesse local, tais como serviços de correios e de telefonia, mesmo que sejam prestados no interior do seu espaço territorial.

No artigo 25 § 1º, a Constituição Federal reservou aos Estados, a competência de prestar os serviços públicos que não sejam de competência da União e nem do Município. Pode-se citar como exemplo o serviço de distribuição de gás canalizado (Art.25 § 2º,CF)

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

No artigo 32 §1, a Constituição Federal outorgou ao Distrito Federal, os serviços distritais de competência legislativa que caberiam aos Estados e Municípios.

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

Para Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 248-249):

Ocorre a execução direta quando o órgão da Administração Direta ou a entidade da Administração Indireta ou a concessionária, permissionária e autorizatória presta o serviço por seus próprios meios, sem contratação de terceiros(ex.: o serviço público de ensino fundamental e médio a cargo dos próprios professores do Estado).

Dá-se a execução indireta quando o órgão da Administração Direta ou a entidade da Administração Indireta ou a concessionária, permissionária e autorizatória comete a terceiros contratados a prestação do serviço, ou seja, não os presta por seus próprios meios (ex.: o serviço público de coleta de lixo e de limpeza de ruas prestado pela Administração Direta, mas executado por particulares mediante contrato de prestação de serviços).

A competência dos serviços públicos da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, podem se classificar quanto ao aspecto de serem serviços comuns ou

privativos. Para o autor, os serviços comuns são aqueles atribuídos a apenas um ente da federação. Como por exemplo, serviço postal, privativo da União; o serviço de distribuição de gás canalizado privativo dos Estados e os serviços de transporte coletivo intramunicipal, conferidos aos Municípios. Já os serviços comuns, ao contrário, são os que podem ser prestados por mais um ente federativo ao mesmo tempo (CARVALHO FILHO, 2011).

Em seu artigo 23, a Constituição Federal enumerou vários serviços comuns que são de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entre eles estão os serviços de saúde pública (inciso II); promoção de programas de construção de moradias (inciso IX); proteção do meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora (inciso VI e VII), etc.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Percebe-se no seu parágrafo único que, a cooperação mútua para cada setor de serviços comuns poderá ser regulada em lei complementar própria, em consonância às peculiaridades que cada setor apresente.

4.2.2 Regulamentação

Quando o serviço público é criado, a Administração fica obrigada a proceder à sua regulamentação, delimitando se a utilização pelos administrados é obrigatória ou facultativa. Na regulamentação devem-se conter normas que fixam as formas de suas prestações, as obrigações e direitos dos usuários e de quem estiver prestando o serviço, o modo como vai ocorrer a remuneração da prestação do serviço público, etc.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.304) afirma que:

A regulamentação do serviço público cabe à entidade que tem competência para prestá-lo. O poder de regulamentar encerra um conjunto de faculdades legais para a pessoa titular do serviço. Pode ela, de início, estabelecer as regras básicas dentro das quais será executado o serviço. Depois, poderá optar por executá-lo direta ou indiretamente, e, neste caso, celebrar contratos de concessão ou firmar termos de permissão com particulares, instituindo e alterando os meios de execução e, quando se fizer necessário, retomá-lo para si.

Um ente federativo não pode interferir na regulamentação dos serviços prestados por outro ente. Tal interferência é tida como inconstitucional.

A regulamentação pode se dar através de Leis, decretos e outros atos regulamentares. E tanto o poder público, como os prestadores de serviços e os próprios indivíduos, mesmo que implicitamente são competentes para disciplinar a regulamentação dos serviços públicos.

4.2.3 Controle

A doutrina classifica como controle interno, quando o controle é exercido na prestação do serviço diretamente pelos próprios órgãos da Administração, pelo qual são obrigados a prestarem tais atividades. Para que ocorra tal controle, a Administração utiliza-se dos princípios das atribuições hierárquicas e disciplinar. Ou seja, através do poder hierárquico, a Administração controla todas as atividades de seus órgãos internos e de seus agentes públicos, com o intuito de que, o serviço seja prestado da melhor forma possível.

O controle externo seria o controle da prestação dos serviços, que foram delegados para outrem (concessionários e permissionários) pela a Administração Pública. A Administração ficará responsável por fiscalizar os comportamentos de seus concessionários e permissionários e deverá também verificar se o prestador está prestando o serviço de modo satisfatório aos seus usuários.

É o que extrai das palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.305):

O controle pode ser interno, quando a aferição se voltar para os órgãos da administração incumbidos de exercer a atividade. A hierarquia e a disciplina são fatores intrínsecos a essa forma de controle. Pode ainda o controle ser externo, quando a Administração procede à fiscalização de particulares colaboradores (concessionários e permissionários), ou também quando verifica os aspectos administrativo, financeiro e institucional de pessoas da administração descentralizada. Em todos esses casos, deve a entidade federativa aferir a forma de prestação, os resultados que tem produzido, os benefícios sociais, a necessidade de ampliação, redução ou substituição, e, enfim, todos os aspectos que constituam real avaliação do que está sendo executado.

Para que a Administração Pública possa proceder o controle de modo eficiente, ela dispõe para tanto, o direito de examinar os livros, documentos, registros e o poder de aplicar sanções para que o prestador execute fielmente o serviço público a ele delegado.

Diante do interesse coletivo envolvido, o controle pode chegar a uma declaração de cassação, ou seja, uma extinção da concessão por inadimplemento da própria concessionária, ou até mesmo ao resgate, que significa a extinção da concessão por mérito (GASPARINI, 2012).

Em suma, a importância do controle feito pelo Estado é impedir que o interesse privado se sobreponha ao interesse público.

4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SERVIÇO PÚBLICO

Existem alguns aspectos de caráter específico de cada serviço público e também existem aspectos de caráter genérico, que devem estar presentes na prestação de todos os tipos serviço público, tantos aqueles prestados pelos setores públicos como pelos setores privados. São esses aspectos genéricos que formalizam os princípios norteadores dos serviços públicos.

4.3.1 Princípio da continuidade do serviço público

Esse princípio afirma que os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua, ou seja, as prestações dos serviços não devem ser interrompidas. A Lei 8.987/95, em seu art. 6, parágrafo primeiro, estabelece a continuidade dos serviços públicos concedidos ou permitidos.

Nos casos que envolvem a suspensão dos serviços públicos, não haveria afronta ao princípio da continuidade do serviço público, porque o art. 6, parágrafo terceiro, da Lei 8.987/95, impõe que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;
- e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Diogenes Gasparini afirma que (2012, p.357):

Não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço público quando interrompido em face de uma situação de emergência ou quando sua paralisação se der, após competente aviso, por motivo de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou, ainda, por falta de pagamento dos usuários, conforme estabelece o § 3º do art. 6º da Lei federal das Concessões e Permissões.

Diante do interesse público que está atrelado ao serviço público, não pode este, sofrer nenhuma solução de continuidade. Ou seja, o serviço que for prestado deverá desenvolver-se regularmente, sem hipótese de interrupção por parte da concessionária ou permissionária do serviço público.

4.3.2 Princípio da modicidade

Esse princípio impõe que os serviços públicos sejam prestados mediante remuneração de taxas ou tarifas, pagas pelos os usuários que iram se beneficiar com a prestação dos serviços. Os serviços devem ser remunerados a preços módicos que viabilizem a utilização dos serviços pelos usuários.

Então, se diz que o serviço é remunerado, quando os indivíduos tem como obrigação, diante da utilização do benefício, o pagamento de uma contraprestação. Os serviços públicos podem ser obrigatórios ou facultativos. Quando o serviço público é tido como obrigatório, ele será remunerado através de taxas. Ou seja, quando os serviços públicos forem específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição como, por exemplo, o serviço de coleta de lixo individual, será ele remunerado por taxa.

Os serviços públicos facultativos, ou seja, aqueles oferecidos aos usuários para que estes os beneficiem a qualquer tempo, são remunerados através de tarifa ou preço público. Aqui é devido diante da utilização do serviço, e se quiser o particular, poderá não mais utilizar. Através da tarifa são custeados os serviços de telefonia, os de distribuição de energia elétrica, etc. Importante dizer que, quem estabelece o valor das tarifas desses serviços são as próprias concessionárias, sendo vedada ao poder público escolher a remuneração de tais serviços. As taxas e tarifas devem compensar de forma adequada a prestação dos serviços.

A Constituição Federal determina que alguns serviços públicos serão prestados de forma gratuita para a população, tais como: educação básica obrigatória e gratuita(art. 208, I) , e do transporte coletivo aos maiores de 65 anos(art. 230)

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que (2013, p.694-695):

Se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem. Assim, tal modicidade, à qual se refere expressamente o art.6º, § 1º, da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987, de 13.2.1995), em rigor é de ser predicável não apenas das tarifas às quais ele é expressamente referido, mas também às taxas, se esta for a modalidade de contraprestação do serviço

A administração pública não visa o lucro e com isso, as concessionárias ou permissionárias de serviço público devem estabelecer a remuneração a preços moderados para que ninguém seja excluído dos benefícios que os serviços disponibilizam.

4.3.3 Princípio da eficiência

Diante desse princípio o poder público tem como objetivo prestar os serviços públicos com maior eficiência possível. Para que seja prestado o serviço com eficiência, o Estado deverá sempre atualizar-se com os novos métodos tecnológicos, com o objetivo de trazer melhores resultados na prestação do serviço.

Diogenes Gasparini (2012, p. 357) aduz que:

A eficiência exige que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira com o bom resultado prático da prestação que cabe oferecer aos usuários. Ademais, os serviços, por força dessa exigência, deve ser prestados sem desperdício de qualquer natureza, evitando-se, assim, onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho. Deve-se, ainda, buscar o Máximo de resultado com um mínimo de investimentos, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários.

O princípio da eficiência traz a idéia de que o serviço público deve ser prestado da melhor forma possível aos seus usuários. Diante disso, a administração pública pode se valer de avaliações periódicas sobre o proveito do serviço prestado para que ocorra a adequação do serviço com os anseios sociais.

4.4 FORMAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante do aumento da demanda por parte dos usuários dos serviços públicos e da sua complexidade, a Administração Pública se vê na incumbência de propiciar a todos uma boa prestação dos serviços. Porém, o poder público em muitas vezes não consegue atender esse grande aumento da demanda e acaba repassando a execução desses serviços a terceiros, estranhos, ou não, à Administração Pública.

A execução dos serviços públicos pode ser de forma centralizada ou descentralizada. A execução centralizada se dá quando a atividade é realizada pelos próprios órgãos que compõem a estrutura da administração pública. É a execução através da qual o próprio Estado presta de forma direta os serviços públicos. Eles prestam serviços por meios próprios, sem contratação de terceiros.

Nesse tipo de execução à Administração Pública é, a um só tempo, titular e executora do próprio serviço público. E esse serviço público, permanece integrado

em sua estrutura. É o que normalmente se atribui de administração direta (GASPARINI, 2012).

Ou seja, a execução centralizada seria aquela realizada pelos entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, através dos seus órgãos que os estruturam e os integram. Nesses casos, o próprio Estado assumiria diretamente seus deveres perante a sociedade.

A execução descentralizada dos serviços públicos é aquela, em que, a sua execução é atribuída a outra entidade, distinta da Administração Pública. Nessa forma de execução, a Administração Pública através de uma pessoa jurídica privada, pública, governamental ou até mesmo uma pessoa física, irá desempenhar a atividade para os administrados. É o que denomina-se de Administração Indireta. Ou seja, a Administração Pública realiza os serviços públicos através de suas autarquias, fundações públicas ou privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas. O Estado transfere as suas obrigações a outras pessoas, porém, nunca abdicando do dever de controle sobre elas.

Importante dizer que a descentralização administrativa não se confunde com a desconcentração.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.317) explica muito bem essa diferenciação:

É importante, ainda, não confundir a descentralização com o que a doutrina denomina de desconcentração. Aquela implica a transferência do serviço para outra entidade. A desconcentração, que é o processo eminentemente interno, significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço. Note-se, porém, que na desconcentração o serviço era centralizado e continuou centralizado, pois que a substituição se processou apenas internamente. Em algumas ocasiões tem havido confusão no emprego dessas figuras, e isso se explica pelo fato de que, quando se desconcentra, procede-se, em última análise, a uma descentralização. Cuida-se, porém, de fenômenos diversos, já que na desconcentração ocorre mero desmembramento orgânico.

Ou seja, na descentralização existem a entidade central e a descentralizada e na desconcentração só existe a entidade central. Na descentralização a execução do serviço é prestada fora da Administração Pública e na desconcentração a execução é prestada dentro da Administração Pública.

Quando o Estado presta os serviços públicos indiretamente (por meio de entidades da Administração indireta ou de concessionárias, permissionárias ou autorizadas), ocorre há delegação do serviço, ou seja, a titularidade continua com o próprio

Estado, mas a sua prestação é repassada para terceiros estranhos. Essa delegação pode ser através de uma concessão, permissão ou uma autorização. As duas primeiras são formas de contratos administrativos e a autorização é forma de ato administrativo.

5. (IM) POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Muitos autores divergem quanto à natureza jurídica da concessão de serviço público. Para a doutrina majoritária, a natureza jurídica da concessão seria de um contrato administrativo e para doutrina minoritária, a sua natureza seria de ato unilateral.

O artigo 2º, II, da Lei Federal nº 8.987/95 traz o conceito legal da concessão de serviço público:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Já o autor Diogenes Gasparini entende que (2012, p. 421):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativa a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada.

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior afirma (2012, p.561):

Cuida-se de um contrato administrativo por meio do qual a Administração Pública delega, por prazo determinado, a prestação de serviços públicos, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, mediante remuneração paga, em regra e sob a forma de tarifa, pelo usuário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 717):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários dos serviços.

Pode-se afirmar, assim, que a concessão de serviço público tem natureza jurídica de um contrato administrativo, pois a Constituição Federal no seu art. 175, inciso I,

parágrafo único, no art. 1º da Lei Federal n. 8.666/93, e no art. 1º e 4º, da Lei Federal nº8.987/95, utilizam-se da palavra contrato nos seus textos.

Em regra, a concessão de serviço público caracteriza-se por ser um contrato administrativo, por prazo determinado, no qual a Administração Pública delega a prestação dos serviços públicos à pessoa jurídica estranha a ela, sem oferecer em contrapartida qualquer tipo de pecúnia ao concessionário, no qual terá sua remuneração advinda do pagamento de tarifas pelo usuário.

Dividem-se as concessões em duas categorias: concessões comuns e a concessões especiais. As concessões comuns se caracterizam pelo fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário, todos os recursos advêm das tarifas pagas pelos usuários. Elas são reguladas pela Lei nº 8.987/95 e possuem duas modalidades, as concessões de serviços públicos simples e as concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Já as concessões especiais são aquelas reguladas pela Lei nº 11.079/2004 e se dividem em concessões patrocinadas e concessões administrativas. Elas caracterizam-se pelo fato do concessionário receber, além da contraprestação do usuário, uma contrapartida pecuniária do concedente (CARVALHO FILHO, 2011).

Importante dizer que apesar de serem contratos administrativos, as concessões submetem-se ao regime de direito público, porém, algumas regras de direito privado irão incidir nesses contratos administrativos. Além disso, o objeto do contrato deve ser a prestação de um serviço público, como, por exemplo, a distribuição de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos, comunicações telefônicas etc.

José dos Santos Carvalho Filho explica como se dá a relação contratual de uma concessão de serviços públicos (2011, p.344):

O contrato de concessão é bilateral, visto que gera obrigações para ambos os contratantes, comutativo, porque não existe álea, ou seja, são equivalentes e previamente identificadas as obrigações das partes, *intuitu personae*, eis que o concessionário não pode ceder suas obrigações, e, sobretudo, o serviço que lhe foi delegado, a terceiros, sem prévio assentimento do concedente, e formal, já que necessária é a formalização das vontades e o mais detalhado lineamento das obrigações cominadas aos contratantes.

De um lado está a administração pública, que é o titular do serviço público, denominada de concedente, e do outro lado tem o particular, que executa esse

serviço público concedido, e será denominado de concessionário. Essa é a regra geral na celebração de um contrato de concessão de serviço público.

A concessionária assume todos os riscos do negócio. Em razão disto, esta será a responsável civilmente e administrativamente pelos danos que causar ao poder concedente, aos usuários e eventuais terceiros.

Diante desse fenômeno de delegação, houve a necessidade de se ter um reforço do controle da execução desses serviços. E com isso, foi necessária a criação de um sistema específico de controle sobre os serviços públicos concedidos aos concessionários. Surgem, assim, as chamadas agências reguladoras, cuja finalidade consiste no controle dos serviços públicos prestados pelos concessionários. Estas são criadas sob a forma de autarquias, podendo citar, por exemplo, no âmbito federal a ANATEL, que é uma agência criada com o intuito de fiscalizar o setor de telecomunicações.

A celebração de alguns contratos de concessão de serviços públicos foi delegada a determinadas agências reguladoras, que passaram a ser nomeados de concedentes. É uma delegação de cunho fiscalizador, que necessita expressa previsão em lei. Pode-se citar como exemplo o caso da Lei nº 9.472/97, que em seu art. 19, VI, delegou a agência reguladora denominada ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações, o direito de celebrar e gerenciar contratos de concessão dos serviços de telefonia e fiscalizar a prestação do serviço no regime público.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções.

Diante do artigo 2º, II da Lei de Concessão de Serviço Público nº 8.987/95, a concessão pública tem prazo determinado. Mas a lei não fixou um prazo máximo de duração dos contratos de concessão, apenas exigiu, por exemplo, como cláusula essencial, a indicação do prazo no próprio contrato (art. 23, I). Dessa forma, não é permitido celebrar contrato de concessão de serviço público por prazo indeterminado.

Então, cabem aos Estados, Municípios e Distrito Federal, que forem firmar os contratos de concessão, estabelecer os seus prazos máximos. Os prazos estipulados pela administração pública tem que estar em consonância com os tipos

de contratos que são firmados com a concessionária, pois, existem alguns serviços públicos de grande complexidade, que demanda um prazo maior para que se possa obter o retorno do investimento feito pela concessionária.

Esta monografia ficará adstrita às concessões de serviço público do setor de telecomunicações, regidas pela Lei de concessão de serviço público nº 8.987/1995 e pela Lei Geral de Telecomunicação nº 9.472/1997.

Esse setor ganhou uma maior importância nos últimos anos, devido ao grande aumento dos usuários que se utilizam dos serviços de telecomunicações, diante disso as empresas de telefonia, como forma de responder a essa excessiva demanda, recorreram à terceirização das suas atividades, ainda que inerentes.

5.2 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 10.132

A Lei Geral de Telecomunicação, no seu art. 94, II, autoriza a empresas de telefonia a terceirizar as atividades inerentes, complementares e acessórias ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Todo o problema acerca da possibilidade ou impossibilidade da terceirização desse tipo de serviço público reside no fato da imprecisão do termo “atividade inerente”, que tem sido objeto de grande discussão nos Tribunais Brasileiros.

Os posicionamentos dos Ministros dentro do TST não são unânimes em face do significado da palavra “inerente” utilizada no art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97.

Para alguns, o termo “inerente” tem íntima relação com a palavra essencial, que corresponderia à atividade-fim das empresas de telecomunicações. Para essa gama de ministros, ao utilizar a palavra “inerente”, a lei de telecomunicação inseriu no contexto jurídico uma exceção às regras aplicadas no Brasil, no tocante à terceirização, pois, passou a permitir a terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações. Eles entendem que o art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, excepcionou a Súmula 331 do TST, ratificando a possibilidade dessa terceirização.

Para outros Ministros do TST, o significado da palavra inerente é sinônimo de complementariedade, e com isso, só seria possível no Brasil a terceirização da atividade-meio, inclusive para as empresas de telecomunicações. Diante disso, não

é possível se conceber que o trabalho dos cabistas seja terceirizado pelas empresas de telecomunicação, já que está intimamente ligado à atividade-fim das empresas e não a atividade-meio.

No entanto, a maioria dos tribunais trabalhistas entende como ilícita a terceirização da atividade-fim da empresa de telecomunicações. Diante disso, as empresas de telefonia têm recorrido contra as decisões que declaram a existência de vínculo empregatício entre a empresa de telecomunicação e o trabalhador terceirizado por meio de recurso extraordinário. Entretanto, o STF tem indeferido estes recursos, porque entende que a propositura destes não tem cabimento legal, diante do art. 102, III, da CF, pois a discussão refere-se ao âmbito infraconstitucional, não permitindo que se use recurso extraordinário a ofensa que não for direta a Constituição Federal. Como pode se extrair da ementa abaixo:

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja segue transcrita, no que importa: "RECURSO DE REVISTA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. MANUTENÇÃO E REPARO DE LINHAS TELEFÔNICAS. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. ART. 94, II, DA LEI 9.472/97. SÚMULA 331, I, DO TST. FORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA. A interpretação sistemática do art. 94, II, da Lei 9.472/97 - a chamada Lei Geral de Telecomunicações - atenta aos fundamentos constitucionais da República, à polissemia da palavra - inerente-, à natureza da norma em exame, ao princípio da isonomia, à necessidade de observância do objeto social da pessoa jurídica e da função social da empresa, bem como à luz do conceito de subordinação objetiva e dos princípios informadores do Direito e, em especial do Direito do Trabalho, e à própria compatibilização que entre eles se impõe, conduz à conclusão de que o dispositivo não autoriza a terceirização no pertinente à atividade-fim das concessionárias de telecomunicações. Assentado pelo Tribunal de origem que o reclamante prestava serviços de manutenção e reparo de linhas telefônicas, inafastável a aplicação do item I da Súmula 331 do TST, segundo o qual -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 3.1.74) (...)" (fls. 1.178). No RE, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação aos arts. 5º, II, e 170 da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. Isso porque, para dissentir do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional (Lei 9.472/97 e Consolidação das Leis do Trabalho), bem como o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Nesse sentido: AI 751.904/MG, Rel. Min. Menezes Direito; AI 791.291/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; 808.217/MG; e AI 791.247-AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, sendo que deste último extraio a ementa: "AGRAVO REGIMENTAL NO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E SOBRE A NATUREZA DA ATIVIDADE PRESTADA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" Ademais, cumpre destacar que este Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao art. 5º, II, da Constituição Federal, quando a verificação da ofensa envolva o reexame de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636 do STF). Por fim, quanto à Súmula Vinculante nº 10, verifico que não há violação ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da Constituição) porque o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade da lei 9.472/94 ou afastou a sua aplicação, mas apenas interpretou a legislação infraconstitucional aplicável à espécie, concluindo pela ilicitude na terceirização. Assim, não há qualquer violação ao art. 97, da Constituição. Isso posto, nego seguimento ao recurso. (ARE 646831 MG , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 01/08/2011, Data de Publicação/Fonte Dje 08/08/2011).

Pode assim verificar que, as empresas de telefonia tentam, por meio destes recursos, remeter ao STF a competência para determinar o significado do termo "inerente" do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97, como sendo atividade-fim ou atividade-meio, argumentando pela impossibilidade dessa análise ser feita pelo TST.

As empresas de telecomunicações estão se utilizando também de reclamação constitucional como forma de impedir a possibilidade do Tribunal Superior do Trabalho de realizar a interpretar do art. 94, II da Lei Geral de Telecomunicações.

Diante dessas reclamações constitucionais existentes, a de nº 10.134 do Paraná foi escolhida por este trabalho para ser objeto de análise.

A Reclamação Constitucional nº 10.134 decorre de uma Ação Trabalhista, na qual Bruno Alfieri Messias, funcionário da empresa de trabalho temporário Staff Recursos Humanos Ltda., buscou o reconhecimento de vínculo empregatício com a Mobitel S.A. e Vivo S.A.

Nesta ação, restou evidenciado que a Mobitel S.A., empresa de serviço de *call center*, possuía um contrato com a empresa Vivo S.A. e, devido a um aumento na demanda do serviço, contratou junto a empresa de trabalho temporário Staff Recursos Humanos Ltda. o trabalhador temporário Bruno Alfieri Messias.

No exame dessa ação, o juiz sentenciou rejeitando o pedido do autor, no que tange ao reconhecimento de vínculo empregatício com a empresa VIVO S.A, pois não

restou comprovado que havia o elemento da subordinação deste com a empresa VIVO S.A.

Com isso, o autor interpôs um recurso ordinário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, explicando que a intermediação de mão de obra feita pela MOBITEL S.A, junto com a empresa de trabalho temporário STAFF, com o intuito de prestar serviços de atendente de *Call Center* para a empresa VIVO S.A, não tinha respaldo legal. Diante disso, requereu que fosse reconhecido a existência do seu vínculo empregatício com a VIVO S.A.

Com base nos argumentos utilizados pelo autor, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região deu provimento ao recurso, entendendo assim que existiu vínculo empregatício entre este e a Vivo S.A. Isso porque, foi identificada a intermediação ilegal de mão de obra, realizada pela empresa VIVO S.A, com único propósito de fraudar os direitos trabalhistas (art. 9º da CLT), devendo ser reconhecido a responsabilidade solidária das empresas MOBITEL e VIVO (art. 942 do Código Civil de 2002).

Basicamente, o contrato que a MOBITEL tinha com a Vivo S.A resumia-se na prestação de serviços de atendimento aos usuários de serviços de telecomunicações móvel. Ou seja, o contrato entre a Mobitel e a Vivo S.A tratava-se de execução de serviço ligados à atividade-fim da Vivo S.A, que é uma empresa que presta serviços de telecomunicações. Então, não restou dúvidas que a atividade prestada pelo autor estava intimamente ligada a atividade-fim da empresa Vivo S.A, o que torna a transferência da atividade ilícita.

As empresas MOBITEL e a Vivo não ficaram satisfeitas com a decisão do Tribunal e interpuseram recursos de revista com fundamento no art. 896, “a” e “c”, da CLT, que possuem a seguinte redação:

Art. 896 – Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

- a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;
- c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Elas mostraram que existia uma decisão do TRT da 18ª Região, com o entendimento oposto do TRT da 9ª Região, afirmando que o art. 94, II, da Lei nº 9.472/97, autoriza a terceirização em atividade-fim.

Além disso, sustentaram nos recursos de revista que as concessionárias de serviços de telecomunicações estão amparadas, por lei, a terceirizar suas atividades inerentes e também que não houve a comprovação de nenhum requisito que caracterizasse o vínculo de emprego daquele trabalhador. Ademais, argumentaram que os serviços de *Call Center* não faziam parte da atividade-fim das empresas de telecomunicações.

Sendo assim, alegaram que, dando provimento ao recurso ordinário, o Tribunal Regional infringiu os artigos 60, parágrafo primeiro e o artigo 94, inciso I e II, da Lei nº 9.472/97, o artigo 818 da CLT, o artigo 333, I, do CPC e também a Súmula 331, I e III do TST.

No entanto, em 11 de novembro de 2009, os Ministros da Terceira Turma do TST, através do Ministro Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, processo nº TST-RR-6749/2007-663-09-00.8, por unanimidade, decidiram negar provimento aos Recursos de Revista, conforme dispõem o relatório a seguir:

1.2 - MÉRITO.

O "serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações", por intermédio de "transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza" (art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97).

Já o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio (respeitados os limites da Súmula nº 331, III, do TST), não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema "callcenter", eis que atividade essencial para o funcionamento da empresa.

Os referidos dispositivos estão assim redigidos:

"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 atenuie 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.

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."

Portanto, ao contrário do que sustenta a Parte, a atividade de atendimento telefônico prestado aos consumidores (sistema *callcenter*) está ligada à sua atividade-fim, sendo vedada a terceirização, sob pena de se permitir que empresa do ramo de telecomunicações funcione sem a presença de empregados, mas apenas prestadores de serviços, implicando em evidente precarização dos direitos dos trabalhadores, em confronto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da busca do pleno emprego, previstos nos arts. 1º, III e 170, VIII, da Carta Magna, respectivamente, e com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, insculpido no item III do art. 3º da Constituição Federal.

No mesmo sentido o seguinte precedente oriundo da SBDI-1 do TST:

"EMBARGOS. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM. ILICITUDE. EMPRESA DE TELEFONIA. FUNÇÃO DE CALL CENTER. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. A v. decisão torna incontroverso o fato de que os serviços prestados pelo reclamante estão vinculados à atividade-fim da empresa, sendo a tese no sentido de autorizar o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, em atividade de call center. Não há, portanto, como se verificar divergência jurisprudencial em relação ao caso concreto, em que se reconheceu que a atividade de call center é atividade-fim de empresa de telefonia, quando os arestos colacionados não apreciam matéria idêntica envolvendo tal atividade e, por consequência, nos termos do art. 894, II, da CLT. Embargos não conhecidos." (E-RR - 843/2007-021-03-00.5 , Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 25.9.2009)

Assim, considerando o quadro fático delineado pela Corte de origem, segundo o qual fora comprovada a terceirização de atividade-fim, não há que se cogitar de maltrato aos arts. 60, § 1º, e 94, I e II, da Lei nº 9.472/97, tampouco contrariedade à Súmula 331 do TST. Ilesos os preceitos legais evocados. À vista do exposto, nego provimento aos recursos de revista.

Inconformada com a decisão, a empresa de telecomunicações VIVO S.A ajuizou a Reclamação Constitucional nº10.132 perante o STF, com pedido de liminar, contra ato da Terceira Turma do TST, sob o argumento que este órgão jurisdicional, nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, afastou a incidência do art. 94, II da Lei n. 9.472/1997 sem que fosse declarada a inconstitucionalidade deste pelo pleno daquele Tribunal, não cumprindo assim, o comando da Súmula Vinculante nº10 do STF, que dispõem:

Súmula Vinculante Nº10. Viola clausula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal, que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O art. 94, II da Lei n. 9.472/1997 estabelece que:

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.

Alguns doutrinadores defendem o argumento de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro, o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre o teor do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97. Com isso, não poderia os tribunais trabalhistas, sem observância da regra de reserva do plenário (artigo 97, CF), denegarem a aplicação do art. 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações, no qual se permitiria a terceirização da atividade-fim da empresa de telefonia.

É falaciosa a argumentação de que a decisão da Terceira Turma do TST, denunciada na reclamação constitucional nº 10.132-STF do Paraná, ofende o teor da Súmula nº 10 do STF, visto que não houve nesta decisão o afastamento da incidência do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 por inconstitucionalidade, mas apenas o Tribunal entendeu que esta norma não autoriza a terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicação.

A interpretação em consonância com a Constituição Federal feita pelas turmas trabalhistas recursais não afronta a Súmula nº 10 do STF, porque a declaração de constitucionalidade da norma do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 foi preservada, tendo em vista a interpretação constitucional que foi dada a esta norma, em observância aos princípios constitucionais que pregam a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, mostrando-se indiscutível que, em se tratando de declaração de constitucionalidade do ato normativo federal, a competência para julgar seria exclusiva e originária das turmas recursais. E só devendo a matéria ser levada ao plenário da Corte Trabalhista quando o órgão fracionário afasta a incidência, no todo ou em parte, a norma federal do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97, com expressa declaração de sua inconstitucionalidade (CARMO, 2011).

O mérito da reclamação constitucional nº10.132 do STF estaria desmascarada por não se encontrar nenhum maltrato ao teor da Súmula Vinculante nº10 do STF, pois só assim os tribunais trabalhistas continuariam soberanos para denunciar as terceirizações ilícitas perpetradas pelas empresas de telecomunicações, com o intuito de afastando a fraude existente no caso concreto, tornar efetivos e intocáveis os direitos sociais dos trabalhadores terceirizados, no qual a própria Constituição Federal consagra (CARMO, 2011).

Na mesma linha de raciocínio o Ministro da 2ª Turma do TST, José Roberto Freire Pimenta, ao se manifestar sobre a questão de existência de afronta à Súmula

Vinculante nº10 do STF, no acórdão do Recurso de Revista nº TST-RR-799-82.2010.5.03.0002, afirmou que:

No entanto, necessário se faz frisar que a interpretação dos preceitos legais anteriormente indicados se dá em sede infraconstitucional, em que se procede ao cotejo dessas normas de Direito Administrativo com as normas de Direito do Trabalho, exatamente como fez recentemente o Supremo Tribunal Federal, quando este, ao julgar a ADC nº 16-DF, proclamou a possibilidade de se responsabilizar o ente público tomador dos serviços de empregados terceirizados quando estiver comprovado que esse agiu com culpa ao não fiscalizar o fornecedor de mão de obra terceirizada quanto ao pleno e oportuno adimplemento de suas obrigações trabalhistas, a despeito do disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Nesse caso, houve, também, a aplicação de outras normas infraconstitucionais, que autorizam essa responsabilização - os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro e as demais normas da Lei de Licitações, que também estabelecem a obrigação desse ente público de fiscalizar - sem que se possa concluir que o citado artigo 71 tenha sido implicitamente considerado inconstitucional ou, de qualquer modo, descumprido.

Vale ressaltar, quanto àquele julgamento, que a Corte Suprema salientou, expressamente, que a declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal. Ou seja, entendeu o Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, não haver empecilho a que determinado texto legal possa ser interpretado de modo não literal para, sem ser considerado inconstitucional, não ser aplicável a certas situações fáticas ante a incidência simultânea de outras normas do ornamento jurídico - exatamente a situação que ocorre neste caso, em relação aos dispositivos em exame da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e da Lei nº 9.472/97, que é a Lei Geral de Telecomunicações.

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por aplicação de outras normas infraconstitucionais na interpretação do § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e do artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, mormente os artigos 2º, 3º e 9º da CLT, não há falar em infringência da Súmula Vinculante nº 10 do STF, tampouco em ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se está, aqui, utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

Porém, o entendimento da empresa VIVO S.A é contrário, e afirma que a decisão do TST, nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, foi proferida por órgão fracionário do próprio tribunal, no qual afastava a aplicabilidade do art. 94, II da Lei n. 9.472/1997, fundamentando-se simplesmente na Súmula 331,III, do TST, sem obedecer o regramento da Súmula Vinculante nº10 do STF.

O Ministro Gilmar Mendes julgou em 9/11/2011, o pedido de liminar na reclamação constitucional nº10.132, entendendo por aceitar o pedido da medida cautelar da VIVO S.A, que tinha o objetivo de suspender os efeitos do acórdão proferido pela Terceira Turma do TST, nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, até o julgamento final da reclamação constitucional nº10.132.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada por Vivo S.A. Empresa de Telecomunicações contra ato da Terceira Turma

do Tribunal Superior do Trabalho que, nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, teria descumprido a Súmula Vinculante 10 deste Supremo Tribunal Federal, ao afastar a aplicabilidade do art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997. Referido dispositivo estabelece que a concessionária de serviço de telecomunicações poderá, observadas as condições e os limites estabelecidos pela agência reguladora, contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. A decisão reclamada foi proferida por órgão fracionário do Tribunal Superior do Trabalho e afastou a incidência do referido dispositivo, fundamentando-se no enunciado 331, III, daquela Corte, em decisão assim ementada, no que interessa: “EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - IMPOSSIBILIDADE. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema callcenter, eis que aproveitados em atividade essencial para o funcionamento das empresas. Recurso de revista conhecido e desprovido.” Verifico que, enquanto a Súmula 331, III, do TST limita a possibilidade de terceirização à atividade-meio das empresas de telecomunicações, o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997 permite a contratação com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares. Em um juízo sumário de cognição, os termos utilizados não parecem ser sinônimos, o que evidencia a existência de *fumus boni juris* que justifica a concessão da medida liminar pleiteada. Esse entendimento é reforçado por outras decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho cujo entendimento é contrário ao do acórdão ora questionado, dentre as quais cito o RR 13400-51.2009.5.03.0004, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJe 22.10.2010; o RR 106040-34.2009.5.03.0114, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJe 8.10.2010; e o RR 160100-28.2008.5.03.0134, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJe 15.10.2010, este com a seguinte ementa: “I - RECURSO DE REVISTA DA TIM CELULAR - TERCEIRIZAÇÃO - EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES – LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização. A previsão do artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes, autoriza a terceirização de atividade-fim elencada no § 1º do artigo 60. É irrelevante a discussão acerca de a atividade desempenhada pelo empregado ser atividade-fim ou atividade-meio, porquanto é lícita sua terceirização, ante a previsão legal. Recurso de Revista conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA DA ALGAR TECNOLOGIA E CONSULTORIA Prejudicado ante o provimento dado ao Recurso de Revista da TIM Celular e a conseqüente determinação de retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem.” Ademais, reconheço que a decisão reclamada pode acarretar graves prejuízos de difícil reparação ao Reclamante, além de estar fundamentada em ato normativo cuja incerteza quanto à efetividade tem gerado insegurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferida nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00 até o julgamento final desta reclamação. Dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 9 de novembro de 2010. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. (Rcl 10132 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/11/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 11/11/2010 PUBLIC 12/11/2010).

Ao conceder o pedido da liminar, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “feito um juízo sumário de cognição, os termos utilizados no art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, não parecem ser sinônimos, o que evidencia a existência de *fumus boni*

juris que justifica a concessão da medida cautelar pleiteada”. Entendendo assim que os termos “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço” não tem o mesmo significado.

Não satisfeitos, a VIVO S.A. e a Federação Brasileira de Telecomunicações, que posteriormente ingressou no feito, ainda postularam a concessão de uma medida judicial que determinasse a suspensão de todos os processos que tramitam nos tribunais trabalhistas com a mesma matéria discutida na reclamação constitucional nº 10.132 do STF.

Entretanto, em novembro de 2012, o Ministro relator Gilmar Mendes decidiu por indeferir o pedido feito pela VIVO S.A e a Federação Brasileira de Telecomunicações, conforme decisão abaixo:

Decisão

REFERENTE ÀS PETIÇÕES 37.305/2012 E 56.352/2012

Decisão: Trata-se de petições por meio das quais VIVO S.A. e FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES postulam a concessão de medida judicial que determine a suspensão da tramitação de processos nos tribunais trabalhistas que tenham por objeto a mesma matéria versada na presente reclamação: legalidade da terceirização nas atividades do setor de telecomunicações, diante do disposto no art. 94, II, da Lei 9.472/1997.

No presente caso, argumenta-se que a terceirização foi considerada irregular porque o trabalho exercido pelos empregados terceirizados diz respeito à atividade-fim da empresa contratante, o que não seria permitido, consoante o enunciado 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que, em relação aos serviços de telecomunicação, o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997 permite a contratação com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares.

Ao apreciar o pedido de medida cautelar, identifiquei uma possível contradição entre os termos da Súmula 331, III, do TST e o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, razão pela qual determinei a suspensão dos efeitos do acórdão reclamado, proferido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Recurso de Revista n. 6749/2007-663-09-00, até o julgamento final desta reclamação.

O objetivo da presente petição é estender os efeitos da cautelar, anteriormente concedida, a todos os processos trabalhistas que tratam do mesmo tema, mas a providência é inviável em sede de reclamação constitucional, ação impugnativa cujo escopo é combater atos que impliquem usurpação de competência do STF ou descumprimento de orientação jurisprudencial com efeito vinculante.

A reclamação é instituto processual que possui pressupostos muito específicos, estabelecidos no art. 102, I, “I”, da Constituição.

O cabimento desta ação demanda, ainda, estrita pertinência entre o ato reclamado e o paradigma cuja autoridade se tem por violada, pois essa medida excepcional não pode servir de sucedâneo de ação rescisória, de incidente de uniformização de jurisprudência, nem de medida ou de recurso destinados à revisão ordinária da decisão reclamada.

Assim, a determinação de sobrestamento de todos os processos trabalhistas que tratam da mesma questão desta ação não é compatível com o instituto da reclamação constitucional, a qual – repito mais uma vez –

é meio impugnativo de atos específicos que acarretem usurpação de competência ou descumprimento de decisão desta Corte.

Ante o exposto, indefiro o pedido de sobrestamento formulado. Oficie-se à Procuradoria-Geral da República para que emita parecer sobre o caso, tendo em vista a relevância do tema e a remessa dos autos àquele órgão há mais de dois anos. Publique-se. Brasília, 6 de novembro de 2012. Ministro Gilmar Mendes. Relator.

As últimas atualizações, acerca da Reclamação Constitucional nº10.132 do STF, foram em 13 de fevereiro de 2013, quando o Ministro Relator deferiu o pedido do Sindicato Nacional das Empresas Operadoras de Televisão por Assinatura e de Serviço de Acesso Condicionado, para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples. E, em seguida, em 9 de abril de 2013, o Ministro Relator ainda deferiu outro pedido de ingresso no feito, agora pela Associação Brasileira de Telesserviços, na qualidade de assistente simples.

5.3 POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

Os doutrinadores que são a favor da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações, se fundamentam na suposta autorização dada pelo art. 94, II, da Lei 9.472/97 e art. 25, § 1, da Lei 8.987/95, para terceirizar estas atividades, possibilitando uma maior eficiência na prestação dos serviços e, conseqüentemente, gerando a universalização dos serviços e a modicidade das tarifas.

O artigo 60, § 1º, § 2º, da Lei Geral de Telecomunicações define quais são as atividades-fim das empresas de Telecomunicação:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Além da atividade-fim, a Lei também conceitua o que seria o serviço de valor adicional no ser art. 61:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se

confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Observa-se que a própria Lei Geral de Telecomunicações conceitua o que são atividades-fim e o que são atividades adicionais e, como visto, todas se confundem, não podendo identificar atividade-meio que não seja imprescindível para a execução da atividade-fim (MACIEL, 2008).

Diante da leitura desses artigos é possível perceber que o conceito de serviços de telecomunicações é muito amplo. E, através dessa amplitude é que a doutrina se debruça para tentar delimitar corretamente o conceito de atividade-fim das empresas de telecomunicações.

Diante disso, J. C. Mariense Escobar afirma que (1999, p.24):

A definição é abrangente. Não há serviço de telecomunicações sem o concurso de uma multiplicidade de trabalhos, técnicas e equipamentos, empregados exclusivamente para viabilizar a comunicação à distância. Tampouco, se o conjunto desses meios não viabilizar a oferta a terceiros, a eventuais usuários, dessa possibilidade de comunicação.

Para o advogado José Américo Leite Filho (informação verbal) gerente jurídico do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móveis Celular e Pessoal (Sinditelebrasil) e da Federação Brasileira de Telecomunicações (Febratel), durante uma entrevista concedida na Justiça do Trabalho na TV, produzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em junho de 2010, a definição da atividade-fim das empresas de telefonia seria:

As atividades-fim das empresas de telefonia é garantir ao seu usuário a possibilidade de emitir e receber a qualquer tempo e pelos meios tecnológicos disponíveis, imagem, dados, voz e informações de quais quer natureza. Essas atividades não se confundem com as atividades de call Center, ou com aquelas atividades de instalação e manutenção das redes que dão suporte ao serviço de telecomunicação. Na prática a atividade-fim de telecomunicação é possibilitar o serviço de telecomunicação, é fazer com que o usuário possa falar com outro usuário. O serviço de telecomunicação como qualquer serviço que esteja atrelado a tecnologia de ponta, pra ser executado precisa de um conjunto de atividades, de uma cadeia de produção, onde várias empresas com determinadas funções específicas atuando em conjunto. E, através desse conjunto de atividades que se produz o serviço.

Ainda tratando sobre o conceito de telecomunicações, Gabriel Boavista Laender afirma que (2005, p.205):

Dessa forma, e consultando as definições no direito nacional e internacional, podemos entender telecomunicação como um meio que proporciona comunicação direta mediante o uso de sistemas de elementos técnicos (máquinas) que possibilitem troca instantânea de informações. Nesse sentido, uma vez que a mediatização da comunicação - valendo-se dos citados elementos técnicos - é o item mais relevante na delimitação do que seja ou não telecomunicação, ao regime jurídico das telecomunicações importará mais a regulação dos meios de transmissão da informação - fator determinante para as telecomunicações - do que a da informação propriamente dita. Sendo assim, cumpre agora analisar tanto os meios de transmissão da informação (as redes de telecomunicação), como a atividade econômica de oferecer esses meios (os serviços de telecomunicação).

O mesmo autor acaba concluindo:

Dessa forma, o mero estabelecimento de uma rede não significa prestar serviço de telecomunicação. Por esta razão, serviço de telecomunicação pode ser melhor definido como a atividade econômica de prover acesso a uma rede de telecomunicação. O acesso à rede engloba tanto a necessidade imediata de comunicação como a de estabelecer uma outra rede.

O fato de o ordenamento jurídico brasileiro confundir serviço de telecomunicações com o estabelecimento de redes tem origem na histórica imiscuidade entre o serviço e a rede que lhe dá suporte. De fato, antes da digitalização das telecomunicações, o serviço prestado era dependente da rede que lhe dava suporte.

Diante das explicações dos autores, os serviços de telecomunicações envolvem uma complexidade de serviços que servem para proporcionar a comunicação entre os usuários. Ou seja, a atividade-fim está relacionada com a atividade econômica de prover o acesso a uma rede de telecomunicações.

Com base nesses conceitos trazidos da atividade-fim das empresas de telecomunicações, passa-se para a análise da possibilidade da terceirização de atividade-fim dessas empresas.

Como já visto, a prestação do serviço de telecomunicações é muito complexa, na qual necessita da conjugação de diversos fatores que envolvem uma complexa rede, cujo objetivo é viabilizar a comunicação dos usuários. Diante da complexidade do serviço, a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu no seu art. 94, I e II, algumas condições a serem observadas pelas empresas de telecomunicações quando forem contratar terceiros para a prestarem os serviços.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:
I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

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

Conforme já foi pontuado, toda a problemática da possibilidade ou não da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações reside no significado da palavra “inerente”.

Para quem é a favor da terceirização da atividade-fim, a palavra inerente de acordo com o dicionário português tem significado de algo que por natureza é inseparável de alguma coisa (MICHAELIS, 2007).

Através da conceituação da palavra inerente nos dicionários de língua portuguesa, os defensores entendem que, o art. 94, II, da Lei Geral de telecomunicações, quando inseriu em seu texto normativo a possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades “inerentes” ao serviço, autorizou expressamente a terceirização da atividade-fim dessas empresas.

O TRT da 24ª Região proferiu decisão nos autos do processo nº 00299-2005-003-024-00-3, corroborando com este entendimento, conforme ementa:

EMENTA Nº: 1 RECURSO ORDINÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA DRT. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. VALIDADE. Por força do artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, podem as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, sem que isso configure terceirização ilícita. Correta, assim, a sentença de primeiro grau, que julgou insubsistente o auto de infração lavrado pela DRT. Recurso desprovido.

Na doutrina, Sergio Pinto Martins afirma que (2011, p.131):

O Inciso II do artigo 94 da Lei nº 9.472/97 permite a terceirização de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. É permitida, portanto, a terceirização na atividade-fim.

Na mesma linha de posicionamento Alexandre Agra Belmonte (2008, p. 48) afirma que:

A Lei nº 9.472/97 – que, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/95, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações –, de fato autoriza às empresas concessionárias a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços de telecomunicações, criando, quanto às primeiras, novas hipóteses de terceirização, relacionada à atividade-fim do tomador, ex vi do art. 94, II.

Carlos Ari Sundfeld (informação verbal) - Representante da Associação Brasileira de Telecomunicações – TELEBRASIL, na audiência pública sobre terceirização

promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, afirmou que, além do art. 94, a legislação brasileira autoriza a terceirização de outra atividade-fim das empresas de telecomunicações, tal como a utilização da rede de terceiros para usarem nas instalações de seus serviços, visto que a legislação estabelece como sendo este um direito da concessionária. Essa utilização da rede de terceiros permitiu a expansão e a universalização dos serviços de telecomunicações. Então, como as empresas de telecomunicações utilizam-se da terceirização para a implantação e manutenção das redes, não faria nenhum sentido proibirem a terceirização da atividade-fim de instalação e manutenção de rede, uma vez que, a utilização da rede de terceiros fazem parte dos direitos das empresas de telefonia.

Argumenta-se que em razão da necessidade da universalização dos serviços que oferecem, as empresas de telecomunicação precisam se utilizar da terceirização da atividade-fim. Da mesma forma, em razão da necessidade da universalização dos serviços, os correios, em certo momento, havendo uma real necessidade de expansão dos seus serviços, criaram novas agências com base no sistema de franquias. Ou seja, a empresa de correios e telégrafos continua prestando o seu serviço de correio, porém, conta agora com o apoio das agências franqueadas que prestam os mesmo serviços. Isso foi autorizado e regulamentado por lei. E essa lei impôs isso como forma solução para a universalização da prestação dos serviços de correios.

Neste ponto, em relação à associação do sistema de franquias como sendo um tipo terceirização, é importante destacar que este trabalho não defende ser esta uma forma de terceirização, filiando-se ao entendimento de Alexandre Agra Belmonte que explica (2008, p.27):

A terceirização não deve ser confundida com o repasse do direito de exploração de certa atividade (por exemplo, a franquias), com a exploração de negócio próprio em bem alheio (arrendamento parcial, estacionamento, cantina e restaurante), com a instalação de equipamentos destinados ao funcionamento de prédio ou do negócio (elevadores, frigoríficos, equipamentos de informática) e com a contratação para construção ou reforma de bem destinado a uso próprio (dono da obra).

Outro exemplo de terceirização de atividade-fim que a doutrina expõe é o compartilhamento de vôos entre empresas aéreas. Hoje em dia, pode-se verificar que as empresas TAM e GOL, por exemplo, compartilham vôos, não restando dúvida, de que, isso seria uma forma de terceirização de atividade-fim dessas empresas. Isso só vem sendo permitido, porque o mercado brasileiro estava

passando por uma grande crise nesse setor e necessitava de alguma válvula de escape para que o mercado não quebrassem. Então, segundo este entendimento, não seria só no setor de telecomunicações que as empresas estariam autorizadas a terceirizar as atividades-fim.

Ademais, argumentam também que, hoje em dia, para atingir certos objetivos e para melhorar a prestação dos serviços públicos, exige-se uma desagregação das atividades que são prestadas pelas empresas concessionárias. Diante disso, as concessionárias de serviços públicos têm que se valer de alguns artifícios para poder dar conta da necessidade da sociedade.

Guilherme Mastrichi Basso (2008, p.101) afirma que:

Além dessa normativa e da jurisprudência consolidada, o Governo Federal, quando do processo de privatização das teles – as empresas de telefonia do país, durante o Governo FHC –, depois de uma primeira tentativa frustrada, houve por bem abrandar o rigor da legislação trabalhista para o setor, editando a Lei nº 9.472/97, que autorizou a terceirização ampla, incluindo atividades-meio e fim das empresas privatizadas, como forma de possibilitar sua arrematação e saneamento, passando-se de um modelo ineficiente de servidores e/ou empregados públicos para o de mercado, da iniciativa privada.

O serviço de telefonia surgiu há um tempo como um pequeno serviço prestado pelos Municípios, como um serviço restrito e concentrado. Só depois de alguns anos, com o fenômeno da urbanização, foi que se deu a expansão dos serviços de telecomunicação. E para atender essa expansão e a nova demanda que surgiu, as atividades foram sendo especializadas e prestadas de modo desagregado.

A telecomunicação é uma atividade que necessita de uma tecnologia de ponta e que depende de uma cadeia de produção totalmente especializada. Então, a Lei Geral de Telecomunicação reconheceu a necessidade do setor de telecomunicação e autorizou a transferência de atividades inerentes, acessórias e complementares para empresas que tem um *knowhow* específico para atender aquele serviço. E, só assim seria possível levar ao consumidor um serviço com custo acessível, de qualidade e universal.

A sociedade se transforma a todo o momento e o direito deve acompanhar essa evolução, não podendo estagnar-se no tempo. Então, existem atividades que eram consideradas essenciais para uma empresa que, hoje em dia, são atividades de caráter acessório, servindo como meio de execução do processo produtivo da empresa. Certas atividades são tão especializadas e necessárias para o

funcionamento da empresa que não podem ser confundidas com as atividades precípuas da empresa.

Já Carlos Ari Sundfeld (informação verbal), representante da Associação Brasileira de Telecomunicações, afirmou, na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, que, além do art. 94, II da Lei Geral de Telecomunicações, o art. 25, § 1º, da Lei de Concessões de Serviços Públicos, autoriza também a terceirização das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido.

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.

Essa autorização dada pela lei é devida, porque as concessionárias prestam serviços públicos, e para uma boa prestação desses serviços à população, é necessário que se faça através de empresas especializadas em tais serviços, mediante a terceirização das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço público concedido.

Dessa forma, o art. 25 da lei 8.987/95 autoriza as empresas concessionárias de contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços que eles vão prestar.

Para quem defende esse posicionamento, não resta dúvida que, diante das Leis 8.987/95 e 9.472/97, as empresas de telecomunicações estão autorizadas de terceirizar as suas atividades-fim.

No mesmo entendimento, Georgenor de Sousa Franco Filho afirma que (2009, p. 13-14):

Não são apenas aquelas atividades restritivamente mencionadas na Súmula nº 331 que se prestam a esse fim. Ao contrário, a Lei nº 8.987, de 13.2.1995, em um primeiro momento, e a Lei nº 9.472/97 em seguida são claras. Não somente aquelas atividades essencialmente consideradas meio, mas também aquelas inerentes à atividade dessas empresas podem ser terceirizadas.

As empresas de telecomunicações não podem ser reguladas pela Súmula 331 do TST, porque existem legislações específicas que tratam sobre a terceirização destas, tais como a Lei Geral de Telecomunicações e a Lei de Concessões, que

permitiriam expressamente a terceirização de atividade-fim. Não importaria, então, fazer uma diferenciação dos serviços de telecomunicação, entre quais seriam relativos à atividade-fim ou a atividade-meio, visto que ambas poderiam ser terceirizadas, pois a Lei 9.472/97, em seu art. 94, II, autorizaria a terceirização das atividades inerentes das empresas de telecomunicações.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho também já se posicionou dessa forma:

RECURSOS DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIVIDADE-FIM. AUTORIZAÇÃO LEGAL. SÚMULA Nº 331, III, DO TST. INAPLICABILIDADE.

"Assim, não se pode deixar de reconhecer a pertinência da alegação do recorrente em relação ao fato de os serviços que menciona estarem inseridos de forma estreita nos serviços explorados pela concessionária recorrida. Cumpre observar, neste ponto, que, mesmo que se admitam tais serviços como fazendo parte da atividade - fim da empresa, há a considerar que existe norma específica sobre a matéria, sendo de destacar o teor do art. 94 da LGT, que autoriza a terceirização dos serviços na área, nos seguintes termos:

No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: 1 - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam; II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Analisando-se o texto legal, -,observa-se que a discussão não está centralizada, como poderia parecer, na conceituação do que seja atividade-fim ou atividade-meio, uma vez que as concessionárias de serviços de telefonia estão autorizadas por lei a terceirizar atividades essenciais.

(...)

Assim, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade do disposto no inc. II do art. 94 da Lei nº 9472/97, a *terceirização está autorizada em relação à atividade-fim da recorrida.* NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 4661/2002-921-21-00 PUBLICAÇÃO:DJ-08/02/2008 ACÓRDÃO(4ª Turma) BL/nrs

José Alberto Couto Maciel (2008, p. 972) afirma que:

A possibilidade de terceirização na atividade-fim das empresas de telecomunicações, assim como nas demais empresas que atuam no regime de concessão ou permissão, decorre do art.175 da Constituição, e está devidamente autorizada pela Lei n. 8.987, de 13.2.95, uma vez que tais empresas, exatamente por prestarem serviços públicos, de relevância e segurança nacional, tem de exercer tais serviços de forma que atenda satisfatoriamente todo o país, quer através de rede, ou mediante satélites, ou conforme os sistemas de maior celeridade e economia ora atualizados, o que só pode ser feito mediante a terceirização das próprias atividades inerentes,essenciais, ou complementares, inclusive as adicionais.

Segue o autor:

Assim, proibir a terceirização nos serviços de telecomunicações e em outras concessionárias do serviço público, quer seja em razão da Súmula nº 331 do TST, inaplicável na hipótese, quer seja por razões outras, é violar, de forma flagrante, o art. 175 da Constituição Federal.

Nelson Fonseca Leite (informação verbal), Presidente da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica- ABRADDEE, na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, acrescenta que, enquanto não for declarado inconstitucional, o art. 25 da lei 8.987/95, que teria permitido expressamente a terceirização do serviço inerentes a concessão, terá que ter valor nos tribunais trabalhistas.

Conforme dispõe Carlos Ari Sunfeld (informação verbal), Representante da Associação Brasileira de Telecomunicações, na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, não seria correta a presunção pela jurisprudência do trabalho de que todas as terceirizações da atividade-fim seriam ilícitas, pois deveria primeiro julgar inconstitucionais as normas que autorizariam a terceirização da atividade-fim. A legislação teria excepcionado a proibição da terceirização da atividade-fim no setor de telecomunicações, pois a sua utilização acabaria impedindo a realização do grande objetivo da universalização da prestação dos serviços a preços módicos.

Neste sentido, entende o acórdão do Tribunal Regional do Rio Grande do Norte - 21ª Região, no processo RO 4661.2002.921.21.00-4.

EMENTA> Terceirização: empresa de telecomunicações. Atividade-fim. Autorização legal. Atividade-meio. Súmula nº331 do TST. O inc.II do art. 94 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações – LGT), autoriza a terceirização de atividades inerentes ao serviço das empresas de telecomunicações (atividade-fim). Em razão disso, dispensável a exigência constante do inciso III da Súmula nº 331 do TST de que os serviços devam estar ligados à atividade-meio do tomador do serviço. “(Acórdão nº 59.239. Recurso Ordinário nº 04661-2002-921-21-00-4, Publicado no DJE/RN nº 11.209, em 26/05/2006 (quarta-feira). Traslado nº 209/2006).

Então, para estes que defendem a possibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicação, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade do art. 94, II da Lei 9.472/97 e o art. 25 da lei 8.987/95, as empresas de telefonia estão autorizadas expressamente por lei a terceirizarem suas atividades-fim. Ou seja, estaria excepcionada a regra geral da Súmula 331 do TST, no tocante as empresas que prestam serviços de telecomunicações.

5.4 IMPOSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES

A impossibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações reside na falta de autorização por lei dessas empresas de terceirizar suas atividades-fim e na obrigatoriedade de se respeitar o teor da Súmula 331 do TST e os preceitos constitucionais.

Em pesquisa ao site do Tribunal Superior do Trabalho, foi identificado que a maioria das turmas desse Tribunal, ao interpretar o art. 94, II da Lei 9.472/97 e o art. 25 da Lei 8.987/95, entende que estes não autorizam as concessionárias de serviço de telecomunicações a terceirizar suas atividades-fim, conforme:

Em três decisões recentes, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve o entendimento de que a terceirização das atividades de instalação e reparação de linhas telefônicas por empresas de telefonia é ilícita, por se tratar de atividade fim da empresa. Nos três casos, a Turma seguiu o voto do relator, ministro José Roberto Freire Pimenta, e não conheceu de recursos da Telemar Norte Leste S.A. contra decisões que reconheceram o vínculo de cabistas diretamente com a tomadora de serviços.

A Lei nº 9.472/97 (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações) não permite às concessionárias de serviços de telecomunicações contratar mão de obra terceirizada para exercício de atividade-fim. Portanto, a contratação de serviços por empresa interposta, nessas condições, deve ser considerada ilícita. Essa é a interpretação unânime da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao artigo 94, II, da Lei nº 9.472/97. De acordo com o voto relatado pelo ministro Barros Levanhagen, apesar de a regra aparentemente autorizar a contratação de terceiros para a execução de atividade permanentes das concessionárias, é preciso considerar o artigo 170, caput, da Constituição que consagra os princípios da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho como pilares da ordem econômica.

É ilícito utilizar mão de obra de trabalhador terceirizado para prestar serviços em atividade-fim da empresa tomadora do serviço. Com esse entendimento, a Sexta Turma do Tribunal Superior Do Trabalho deu provimento a recurso de um empregado terceirizado que pediu o reconhecimento de vínculo empregatício com a Telemar Norte Leste S.A, em Minas Gerais.

Empregado contratado por uma empresa prestadora de serviços obteve o reconhecimento de vínculo com uma companhia telefônica, para quem efetivamente trabalhava. A decisão foi da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que concluiu aplicar-se ao caso a Súmula nº 331 da Corte, considerando, em consequência, estar caracterizada, no caso, a ilicitude da terceirização, o que gera vínculo de emprego com o tomador de serviços quando comprovado que o empregado ocupava-se de serviços ligados à atividade-fim da empresa no caso, a Vivo S/A.

Como se percebe, o entendimento majoritário do TST tem sido no sentido de que as empresas de telefonia não estão autorizadas, pela legislação, a terceirizar suas

atividades-fim. Porém, existem algumas Turmas do TST que entendem haver a possibilidade da terceirização das atividades-fim das empresas de telecomunicações. Diante dessa divergência, se faz necessário discorrer sobre os argumentos utilizados pela doutrina que é contra a terceirização das atividades-fim das empresas de telefonia.

A doutrina afirma que, através de uma interpretação sistemática dos arts. 25, § 1.º, da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97, junto com a Súmula 331 do TST e o art. 170, caput, da Constituição Federal, que dispõem sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho como pilar da ordem econômica, extrai-se que as empresas de telecomunicações não estão autorizadas a terceirizar suas atividades-fim.

Este também é o entendimento da Ministra Rosa Maria Weber:

RECURSOS DE REVISTA DE AMBAS AS RECLAMADAS. TEMAS COMUNS. ANÁLISE CONJUNTA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. ART. 94, II, DA LEI 9.472/97. SÚMULA 331, I, DO TST. FORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA. A interpretação sistemática do art. 94, II, da Lei 9.472/97 - a chamada Lei Geral de Telecomunicações - atenta aos fundamentos constitucionais da República, à polissemia da palavra 'inerente', à natureza da norma em exame, ao princípio da isonomia, à necessidade de observância do objeto social da pessoa jurídica e da função social da empresa, bem como à luz do conceito de subordinação objetiva e dos princípios informadores do Direito e, em especial do Direito do Trabalho, e à própria compatibilização que entre eles se impõe, conduz à conclusão de que o dispositivo não autoriza a terceirização no pertinente à atividade-fim das concessionárias de telecomunicações. Inafastável a aplicação do item I da Súmula 331 do TST, segundo o qual - 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 3.1.74) -. Precedentes. Revistas conhecidas e não providas, no tema." (TST-RR-36600-91.2008.5.03.0111, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3.ª Turma, DEJT 14/5/2010.)

Bem como, entendeu o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

"RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMENDADOR-CABISTA. SÚMULA N.º 331, ITEM I, DO C. TST. A interpretação dos arts. 25, § 1.º, da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97, bem como da Súmula n.º 331 do C. TST somente autoriza as empresas de telecomunicações a terceirizar a atividade-meio. Se assim é, e tendo em vista que as atividades desempenhadas pelo empregado emendador-cabista consistem em atividade-fim das recorrentes, tem-se que o vínculo de emprego forma-se diretamente para com elas. O v. acórdão regional, assim, da forma como proferido, encontra-se em consonância com a Súmula n.º 331, item I, deste C. Tribunal, que dispõe no sentido de que 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. Recurso de revista conhecido e desprovido." (TST-RR-134500-74.2008.5.03.0111, Rel. Min; Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DEJT 14/5/2010.)

O art. 25 da Lei 8.987/95, ao afirmar que é possível a contratação de terceiros para atividades inerentes ao serviço concedido, não está autorizando a terceirização na atividade-fim das empresas de telecomunicações, mas sim a terceirização da atividade-meio.

Importante argumento trazido por quem defende a impossibilidade de terceirização, é que essa lei tem natureza administrativa e não possui caráter trabalhista. A relação de emprego e a defesa do trabalhador, que é a parte mais fraca da relação jurídica, devem estar regulamentadas pelas legislações trabalhistas e não em legislações administrativas. Não sendo possível que normas exclusivamente administrativas possam retirar a eficácia das normas trabalhistas, que é quem detém a competência para determinar os requisitos necessários na identificação da relação empregatícia, trazendo assim os conceitos de empregados e empregadores.

Então, se fosse permitida a terceirização da atividade-fim nas empresas de telecomunicações, elas poderiam afastar a incidência dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e o art. 114 da Constituição Federal e também retiraria a competência constitucional do Poder Judiciário Trabalhista de decretar em determinados casos se houve ou não o vínculo empregatício dos trabalhadores terceirizados que trabalham na atividade-fim das empresas de telecomunicações.

Pode-se afirmar o que está descrito acima nas belas palavras de Júlio Bernardo do Carmo (2011, p.72):

No caso do artigo 94, item II da Lei nº 9.472/97 temos uma legislação federal (de índole infra-constitucional) estabelecendo um veto permanente à configuração da relação fático-jurídica do vínculo empregatício, ao permitir a terceirização em atividade-fim das empresas concessionárias de telecomunicações, situação insustentável, pois, mesmo diante da personalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado ao comando diretivo da empresa tomadora de serviços, ficaria obstada a incidência fática (tatbestand) dos artigos 2º e 3º da CLT, com inexplicável aniquilamento da soberania do Poder Judiciário Trabalhista de livremente aplicar o direito à singularidade do caso concreto, o que impõe total esvaziamento à sua competência constitucional, prevista enfaticamente no artigo 114, da Magna Carta.

Ou seja, quando a lei administrativa passa em tese a autorizar essa terceirização na atividade-fim, ela entra em contradição com a vedação existente no ordenamento jurídico brasileiro de que, se poderia existir trabalhadores exercendo funções na atividade-fim da empresa, sem que estivesse estabelecido vínculo empregatício com

esta. Então, somente a lei trabalhista teria a competência de dispor sobre a possibilidade ou não de se ter reconhecido o vínculo empregatício de um trabalhador com o seu empregador, não podendo essa competência ser transferida para as legislações infraconstitucionais administrativas, uma vez que, a legislação trabalhista veda a possibilidade de se ter trabalhadores exercendo funções precípua da empresa sem que se configure o vínculo empregatício.

Não são somente os setores de telecomunicações que tentam utilizar o art. 25 da Lei 8.987/95, como argumento para uma suposta permissão da terceirização das atividades-fim. Os setores de energia elétrica também se utilizam dele para terceirizar. Porém, na maioria das vezes os tribunais trabalhistas são contra a tese, de que, essas empresas de energia elétrica, concessionárias de serviço público, estão autorizadas a terceirizar as atividades-fim.

José Pastore (2008, p. 125-126) afirma que:

No Brasil, a tentação de considerar os profissionais de contratadas como empregado da contratante é grande. São inúmeros os casos em que as contratantes são levadas a isso por força de sentenças judiciais. Em junho de 2007, por exemplo, em decorrência de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público de Trabalho, e de sentença da Justiça do Trabalho, uma grande empresa de eletricidade foi obrigada a incorporar como seus empregados milhares de trabalhadores que trabalhavam como empregados de suas contratadas em obras de construção, extensão e modificação de rede elétrica; manutenção de iluminação pública; instalação ou substituição de ramal de serviço aéreo e/ou medidores e várias outras tarefas que eram executadas por empresas parceiras dentro de um conceito de rede de produção.

Desde a privatização do setor de telefonia e com o advento da Lei Geral de Telecomunicações, as leis trabalhistas foram flexibilizadas para proporcionar a terceirização legal no setor, porém, além da terceirização da atividade-meio, as empresas de telefonia passaram também a terceirizar a atividade-fim. Estas se usando do duvidoso significado da palavra “inerente”, inserido no art. 94, II, passaram a praticar uma terceirização desenfreada, sem observância a nenhum preceito constitucional, a nenhum princípio trabalhista e ignorando a Súmula 331 do TST.

Não é razoável aceitar que diante de uma má interpretação do significado do termo “inerente” contido no art. 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações e no art. 25 da Lei 8.987/95, se pudesse autorizar a terceirização das atividades-fim das empresas de telefonia. Essa autorização estaria incorrendo em afronta a Súmula 331 do TST e a vários preceitos constitucionais.

Em relação ao significado do termo “inerente”, Júlio Bernardo do Carmo (2011, p.69) afirma que:

Tenho a visão de que o termo “inerente” utilizado na Lei nº 9.472/97, causador de tanta polemica interpretativa, nem sempre tem pertinência com a atividade-fim das empresas de telecomunicações. Ou seja, uma atividade desenvolvida pela concessionária de telefonia pode ser inerente por apresentar relação de mera pertinência com o serviço de telecomunicações, mas sem integrar, necessariamente, a sua atividade nuclear.

Aos tribunais trabalhistas cabe interpretar a lei, de acordo, com os princípios informadores do direito material do trabalho, que possuem também cunho constitucional, como a dignidade do trabalhador, isonomia salarial para quem exerce funções iguais, etc.

Dessa forma, é fundamental para a interpretação do termo “inerente” que, sejam observados, além do significado dessa palavra fora de contexto, o fato de que esses princípios tem prevalência sobre a letra fria das legislações infraconstitucionais. Então, uma lei que autoriza a terceirização de atividade principal das empresas de telefonia, estaria ofendendo normas de cunho constitucional e trazendo conseqüências drásticas para o país.

Na mesma linha de raciocínio, segue a interpretação do Min. Antônio Barros Levenhagen:

[...], observa-se do inciso II do artigo 94 da Lei 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da suposta permissão ali contida de contratar 'com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados'. É que além de a norma em pauta se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não se sustenta a partir da interpretação sistemática em consonância com a norma imperativa do caput e do inciso VIII do artigo 170 da Constituição, visto que a pretensa licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços.(TST-RR-133900-74.2008.5.03.0104, 4.ª Turma, DEJT 21/5/2010).

Diante do objetivo que se desprende da leitura da súmula 331, do TST, não é possível admitir o entendimento de que os artigos 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as suas atividades-fim, diante da imprecisão da palavra “inerente”.

Antigamente, as empresas de telecomunicações só terceirizavam as atividades de limpeza e de segurança. Todos os outros trabalhadores que exerciam as atividades de instalação e reparação de linhas telefônicas e os que prestavam serviços de atendentes de telefonia tinham vínculo de emprego direto com as empresas de telecomunicações. Ou seja, praticamente toda a estrutura de trabalhadores das empresas de telefonia era tida como empregados de vínculo direto.

O sindicalista Flávio Rodrigues (informação verbal), Presidente do Sindicato dos Telefônicos do Rio Grande do Sul - SINTTEL/RS, afirmou na Audiência Pública sobre Terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, que:

Hoje após a privatização, com a nova lei geral de telecomunicações, foi flexibilizado de toda a forma a questão das terceirizações. Para ter um dado mais recente, em dezembro de 2008 a Oi comprou a BrasilTelecom, e dados da própria ANATEL de julho de 2009 demonstraram que a mão de obra utilizada pela BrasilTelecom antes da fusão envolvia cerca de 150 mil trabalhadores e desse 10% era de mão de obra própria e os outros 10% que as empresas chamavam de mão de obra própria, era na verdade um tipo de terceirização muito conhecida, que é aquela onde o próprio grupo econômico cria um outro CNPJ para atender os serviços, como foi o caso da companhia de call Center da Brasil Telecom que empregavam esses 10%. A terceirização nesse caso não é uma atividade secundária da empresa, ela não emprega apenas 30%, 40% ou 50% da mão de obra, ela emprega no caso não só da Oi BrasilTelecom, mas também das outras empresas do serviço, cerca de 90% de mão de obra terceirizada. A terceirização tem muito mais impacto se imaginarmos que 90% da mão de obra são terceirizadas. Não podemos pensar que só atividades-meios estão ali sendo terceirizadas. Então aquelas atividade-fim sim, aquelas de atendimento ao usuário, de uma concessão pública de telecomunicação está totalmente terceirizada. Portanto, a terceirização dessas empresas de telecomunicação pela legislação atual, é ilícita.

Com isso, se percebe que atualmente houve uma inversão numérica quanto à quantidade de empregados e de trabalhadores terceirizados nas empresas telefonia. Antigamente as empresas tinham no máximo 10% de trabalhadores terceirizados, e 90% de empregados fixos na estrutura operacional das empresas de telecomunicações. Hoje em dia, isso se inverteu e temos aproximadamente na estrutura operacional dessas empresas, somente 10% de empregados fixos e 90% de trabalhadores terceirizados.

Praticamente estão jogando no lixo toda a evolução das legislações trabalhistas e dos direitos adquiridos pela incansável luta dos grupos sindicais, pois não se encontram mais empregados efetivos nessas empresas de telecomunicações, uma vez que, essas empresas afirmam ser autorizadas por lei a terceirizar as suas atividades-fim.

Julio Bernardo do Carmo (2011, p.29) afirma que:

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

Então se o legislador brasileiro permitir a possibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas, ou seja, a possibilidade de terceirizar toda a estrutura de uma empresa, conseqüentemente se estaria decretando o afogamento do Direito do Trabalho. Seria imaginável pensar em uma empresa que funcionasse sem nenhum empregado. Praticamente os trabalhadores terceirizados compõem uma empresa dentro de outra empresa. É diante disso, que não se pode interpretar o termo “inerente” do art. 94, II, da Lei 9.472/97 e o art. 25, § 1º da Lei nº 8.987/95, como forma de autorização, dessas empresas de telefonia, a terceirizar as suas atividades essenciais.

Importante frisar novamente que essas leis infraconstitucionais são de caráter administrativo, pelo qual não se poderia afastar a incidência dos princípios e das normas de Direito do Trabalho. Ou seja, essas normas administrativas que regulam o modo como os serviços públicos devem ser prestados aos usuários e como as agências reguladoras devem atuar, não tratam em nenhum momento especificamente sobre o fenômeno da terceirização, que é um tema específico do direito do trabalho.

Na mesma linha de pensamento segue o entendimento do Ministro da 2º Turma do TST, José Roberto Freire Pimenta (2012, p.19-20):

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 interpretar 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.

Esse também é o entendimento consolidado da Subseção I, quando o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho analisou um processo semelhante a esse assunto, envolvendo as empresas de energia elétrica, conforme a ementa transcrita:

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 derrogar 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 -586341-05.1999.5.18.5555 , 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).

Para um melhor entendimento do caso, se faz necessário a leitura da transcrição de um trecho do precedente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais relativa à ementa transcrita acima:

Postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho é a definição do contrato individual de trabalho. Dos arts. 2 e 3 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,

aportes 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 -)

Sendo assim, não faz nenhum sentido que as empresas de telecomunicações estejam excepcionadas pela Súmula 331 do TST e, conseqüentemente, imunes a qualquer risco inerente ao negócio.

Novamente, o sindicalista Flávio Rodrigues (informação verbal), na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, em Brasília, em outubro de 2011, aduz que:

Desde que houve a privatização com a lei geral de telecomunicações, as operadores repassaram o que eram os conceitos de administração mesmo, tal como, a gestão para terceiros dos seus negócios e foi um caos, pois não havia nenhum controle sob a subcontratação. Então, havia uma rede de subcontratações, no qual se criaram os termos de quarteirização e quinterização, que são o supra sumo da precarização, chegando até a criação de cooperativas fraudulentas só para burlar a legislação trabalhistas. A empresa Vivo, no Rio Grande do Sul, na década passada foi pega com um grupo de trabalhadores quinterizados que tinham sido aliciados por um Gato quarteirizado, deslocado do nordeste para o Rio Grande do Sul.

Segue o Sindicalista ainda afirmando que:

Os trabalhadores terceirizados ganham 3 a 5 vezes menos do que se estivessem primarizados e todos os benefícios da mesma proporção. E isso gera uma redução da massa salarial e dos recolhimentos de tributos. Para previdência e para saúde pública. E em contrapartida o setor terceirizante gera mais demanda para o setor da saúde e da previdência, então um duplo prejuízo para a sociedade. O exemplo mais claro desse são os atendentes de call center, que são os orgulhosamente os maiores empregadores de trabalhadores de primeiro emprego, mas não tão orgulhosamente os geradores de maiores adoecimentos no local de trabalho., onde as pessoas tem uma situação bem precária .

Essa terceirização desenfreada da atividade-fim acaba gerando uma redução do piso salarial da categoria e dos recolhimentos de tributos para a seguridade social. Outro problema, é que, como o trabalhador é terceirizado, a tomadora não se preocupa com as responsabilidades em relação à segurança do trabalho, tal como, com os equipamentos de proteção individual, o que acaba aumentando o índice de

acidentes de trabalho dos trabalhadores terceirizados, pois eles, muitas vezes, não estão acostumados, diante da rotatividade entre as empresas, com os procedimentos de segurança referente aquela tomadora de serviços, gerando com isso, uma maior despesa para a seguridade social.

A terceirização total nas empresas de telefonia também acaba gerando uma elevação das reclamações dos usuários ao órgão do PROCON e o excesso de demandas ao Judiciário com o pedido de indenização por serviços mal prestados pelas empresas de telefonia. Além disso, passou a existir um excesso de ações trabalhistas com pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego do trabalhador terceirizado com a empresa tomadora.

Pode-se verificar que em uma empresa de grande porte existem diversos trabalhadores exercendo praticamente a mesma função, porém um é terceirizado e o outro é empregado da própria empresa, cada um com piso salarial e adicional de hora-extra diferente e com os seus direitos advindos das distintas convenções coletivas de seus respectivos sindicatos.

Ao se permitir a terceirização das atividades-fim nas empresas de telecomunicações, estaria permitindo a livre locação de mão de obra, o que no Brasil não é autorizado, salvo nos casos de trabalho temporário.

Hoje em dia, algumas empresas de telefonia, visando um melhor atendimento aos seus usuários e também uma forma de se destacar perante aos outros concorrentes, optam pela contratação direta dos seus trabalhadores, visto que já se percebe a precarização dos serviços gerado pela terceirização. Porém, fica difícil para essas empresas de telefonia concorrer economicamente com as outras empresas que se utilizam de modos fraudulentos para burlar as leis trabalhistas, como a terceirização generalizada de suas atividades.

Se pararmos para analisar que mesmo sem uma lei específica que defina as diretrizes da terceirização de um modo geral, ou mesmo, sem que ainda exista um entendimento sumulado sobre o que quer dizer o art. 94, II da Lei 9.472/97, com o termo “inerente”, ainda assim, podem-se identificar diversas denúncias de: serviço público mal prestado pelas empresas telefonia, elevada porcentagem de acidentes de trabalho envolvendo trabalhadores terceirizados, discriminação dentro da empresa entre empregados diretos e trabalhadores terceirizados, redução de salário

e benefícios, criação de empresa prestadora sem nenhuma especialização e idoneidade, etc. Imagine como seria se fosse autorizada a terceirização das atividades-fim das empresas de telecomunicações.

Deixar que as empresas de telecomunicações realizassem a terceirização de qualquer atividade, excepcionando a Súmula 331 do TST, é retroceder todos os avanços auferidos pela classe trabalhadora na incessante luta contra a precarização do trabalho, é permitir que o trabalhador fosse considerado como mercadoria.

Na audiência pública sobre terceirização promovida pelo TST, o professor Rodrigo de Lacerda Carelli (2011) explicou que:

A intermediação de mão de obra e seus danos são muitos antigos. Se nos formos olhar as revoluções ocorridas nos anos de 1848, chamada de primavera dos povos, revolução ocorrida em toda a Europa, instabilidade econômica, falta de representatividade política com a população e principalmente uma super exploração de mão de obra. Essa revolução de 1848, no caso Frances, os trabalhadores exigiam contra os excessos, uma coisa principal, o fim do merchandage, o fim da intermediação de mão de obra. Desde 1848 já se percebe o dano que tem o intermediário vendendo mão de obra. O dano direto causado ao trabalhador. E no Tratado de Versales, a OIT colocou em seu primeiro principio, “o trabalho não pode ser considerado como artigo de comercio ou uma mercadoria. Eles não desconsideraram que o trabalho era uma mercadoria, ele considerou que não pode ser tratado juridicamente como uma mercadoria. Porque isso vai jogar o trabalhador para as leis de mercado e não será possível garantir o mínimo de dignidade da pessoa humana e isso for reafirmado no ano de 1944 na declaração de Filadélfia também como primeiro principio. E isso foi trazido pro art 2, 3 e 9 da CLT. Em 1974 nos temos uma exceção que confirma a regra, a permissão do trabalho temporário em hipóteses especificas e com resguardos de direitos para a não precarização,art. 12, A da CLT.

A recomendação 198 da OIT do ano de 2006 trata justamente disso, do principio da primazia da realidade, reafirmando o principio do trabalho não é mercadoria, dizendo que não há possibilidade de resguardo de dignidade da pessoa humana trabalhadora sem que isso não seja considerado. Diz ainda no seu parágrafo quarto que deve os governos regularem essas relações. Impedindo as fraudes e quando houver a legalidade, garantir que trabalhadores que estejam em relações triangulares, que haja mais de uma empresa envolvida, que os direitos desses trabalhadores sejam resguardados.

Então a terceirização traz vários malefícios para a sociedade, tais como: o enfraquecimento dos sindicatos e a precarização das condições de trabalho, diante do barateamento dos custos da produção, o alto indice de prestadoras de serviços que decretam falência devido a incessante redução de custo, deixando a responsabilidade dos pagamentos dos passivos trabalhistas para a tomadora do serviço, os casos dos pequenos investidores que no final das contas são prejudicados quando vão investir nas empresas, pois o número das dívidas

trabalhistas das terceirizadas não são demonstradas nos balanços das empresas de telefonia e com isso, o valor da ação é um valor falso, que está acima do valor real de mercado. Esses malefícios são uma das causas que impossibilitam o TST de tentar criar um regramento mais específico para o fenômeno da terceirização.

Enfim, analisado ambos os posicionamentos acerca da (im) possibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações, este trabalho defende a impossibilidade desta, visto que a interpretação do art. 94, II da Lei 9.472\97, deve ser realizada de forma sistemática, com os princípios constitucionais e com as normas trabalhistas do ordenamento jurídico.

O posicionamento diverso gera ofensa às normas protetivas ao trabalhador e a súmula 331 do TST, além de autorizar a existência de empresas que funcionem sem nenhum empregado, fato este inimaginável no ordenamento pátrio. Ademais, a Lei Geral de Telecomunicações tem natureza administrativa, não podendo trazer no seu texto uma exceção aos critérios referentes aos conceitos de empregado e empregador, sendo estes de competência trabalhistas.

5.4.1 Os serviços de call center

Os serviços de call center empregam mais de 450 mil empregados terceirizados. É um dos setores da economia que mais fatura e que mais emprega no país.

Quase todas as empresas atualmente utilizam-se desses serviços, uma vez que, existe uma norma de direito do consumidor que obriga a criação de uma central de atendimento para os clientes.

O Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi criado para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor- SAC. Esses serviços tem como finalidade a preservação dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contrata e de manter-se protegido contra eventuais práticas abusivas impostas no fornecimento deste.

As atividades de call center são centrais de atendimento que têm por objetivo fazer a interface entre os clientes e a empresa. Cuida-se assim de ferramenta utilizada por empresas como canal de comunicação e vendas (BELMONTE, 2008).

De forma simples e precisa, o Ministro do TST Caputo Bastos (2008, p. 201-202), explica como se dão os serviços de call center disponibilizados pelas empresas de telefonia:

O serviço de call center, como se sabe, consiste na intermediação da comunicação entre os clientes e a empresa. Ao se utilizarem, porém, desse expediente, as empresas de telefonia, além de terceirizarem a “comunicação” com os clientes – legítima atividade de call center-, prestam-lhes, durante o atendimento, serviços de help desk, vendem-lhes produtos e/ ou serviços e efetivamente habilitam em suas linhas telefônicas os serviços então adquiridos. Os atendentes, a propósito, não se limitam a “repassar” à suposta tomadora de seus serviços as solicitações feitas pelos clientes. Ao revés, atendem-nas pessoalmente e já disponibilizam a seus interlocutores o efetivo acesso aos serviços de telefonia então solicitados e enquadrados, inequivocamente, na atividade-fim daquela empresa.

Segue o autor:

Por meio do call center dessas empresas de telefonia, - telefonia celular-, os clientes, p. ex., adquirem e trocam seus planos de minutos; compram cestas de serviços; como o de “caixa postal”, “chamada em espera”, “siga-me” e “roaming internacional”, adquirem pacotes de torpedos, obtêm o bloqueio de suas linhas telefônicas quando perdidos, furtado ou roubados os seus aparelhos. Assim, se, por um lado, a atividade típica de teleatendimento não se enquadra na finalidade contratual das empresas de telefonia, certo é que a desvirtuação do call Center, com o alargamento de suas atividades, pode, não raro, ensejar a ilicitude de sua terceirização.

Na mesma linha de raciocínio o Ministro da 2ª Turma do TST, José Roberto Freire Pimenta, ao se manifestar sobre a questão dos serviços de call center, no acórdão do Recurso de Revista nº TST-RR-799-82.2010.5.03.0002, afirmou que:

Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de call center da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia, pois a boa prestação desse serviço, assegurada no Código de Defesa de Consumidor, passa, necessariamente, pelo atendimento a seus usuários feito por meio das centrais de atendimento.

Esta questão da legalidade ou ilegalidade da terceirização dos serviços de call center foi objeto de exame pela SBDI, em sua composição completa, no Processo ERR - 134640-23.2008.5.03.0010 (ainda pendente de publicação), a qual, após intenso e aprofundado debate e por expressiva maioria (nove votos a favor e cinco contra), entendeu-se que as empresas de telecomunicações se encontram igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula nº 331, itens I e III, deste Tribunal e que os serviços das centrais de atendimento – call center - se inserem na atividade-fim da empresa de telefonia, fato esse que, por si só, impossibilita o reconhecimento da licitude dessa modalidade de terceirização.

Continua o Ministro

Ao assim decidir, a SBDI-1 nada mais fez do que exercer sua função precípua, legal e regimental: dirimir a divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte, até então existente, sobre o alcance do entendimento consagrado na Súmula nº 331, itens I e III, 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 deste Tribunal Superior, nos termos e para os efeitos do artigo 894, inciso II, da CLT, do artigo 3º, inciso III, alínea -b-, da Lei nº 7.701/88 (ambos na redação que lhes foi dada pela Lei nº 11.496/2006), bem como do artigo 71, inciso II, alínea -a-, do Regimento Interno desse Tribunal.

Atualmente, a verdadeira finalidade das centrais de atendimento de uma empresa de telefonia é possibilitar que o usuário possa pedir um reparo na sua linha telefônica, caso esteja com algum problema, possibilitar a obtenção de informações sobre os pacotes oferecidos pela empresa de telefonia, fazer eventuais reclamações, etc. Ou seja, esse desvirtuamento dos serviços de call center das empresas de telecomunicações acaba abarcando suas atividades-fim. Isso é tão verdade, que a maioria dos problemas dos consumidores de uma empresa de telefonia são resolvida através desses serviços.

Os serviços de call center não devem ser considerados como regra geral para todas as empresas como se fosse atividade-fim delas, porém, no caso concreto, existem algumas que extrapolam os simples serviços de comunicação ao cliente, passando a prestar serviços que integram a própria essência da empresa, como são os casos das empresas de telefonia. No entanto, o serviço de call center não pode ser confundido com a oferta de telecomunicação.

Apesar de existir uma norma chamada NR 17 do Ministério Público do Trabalho, que regulamenta as condições de trabalho dos operadores de call center (jornada de trabalho, meio ambiente de trabalho, jornada reduzida para seis horas, duas pausas de vinte minutos, além do intervalo intra-jornada, etc), esse setor é o campeão de adoecimentos de empregados no trabalho, pois a maioria das empresas de call center ignoram essa regulamentação.

Diante desses fatores, é que não se pode prevalecer o entendimento de que as empresas de telecomunicações poderiam terceirizar os serviços de call center de modo geral. É necessário fazer a uma diferenciação entre os serviços de call center que se limitam a realizar a comunicação entre a empresa e os seus clientes, na forma do Código de Defesa do Consumidor, e aquelas que ultrapassam esses

limites, passando a exercer a atividade-fim da empresa. O primeiro, não realiza uma atividade precípua dessas empresas, de forma que podem ser terceirizados. Já o segundo, pelo fato da atividade de call center estar abarcando amplamente os serviços ligados a atividade-fim das empresas, como a venda de planos telefônicos, cancelamento, bloqueio de conta, não poderiam ser terceirizados.

Diante de todo o exposto, não resta dúvida que a súmula 331 do TST aplica-se as empresas de telecomunicações, que não estão autorizadas a terceirizar os seus serviços ligados a atividade-fim, tampouco os serviços de call center ligados a esta.

6. CONCLUSÃO

A (im) possibilidade da terceirização das empresas de telecomunicações é uma discussão jurídica que atualmente vem ganhando espaço no judiciário brasileiro, diante da dificuldade que tem os tribunais de entrarem em comum acordo sobre o tema.

O fenômeno da globalização, das alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão-de-obra, na busca incessante pelo lucro e na acirrada competitividade entre as empresas no mercado, fez com que as relações individuais de trabalho se modificassem.

A terceirização surge nessa ocasião como uma solução das empresas de diminuir os custos e os encargos advindos da relação empregatícia. Através da terceirização, as empresas transferem suas atividades-meios de uma empresa para terceira, a fim de se ater a sua atividade-fim.

Não se tem no ordenamento jurídico uma lei específica sobre a terceirização, restando somente os ensinamentos da súmula 331 do TST, que veda a terceirização dos serviços ligados à atividade-fim das empresas.

A Lei Geral de Telecomunicações define em seu art. 60, o conceito de serviços de telecomunicações como sendo, o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Em seguida, no seu parágrafo primeiro define a telecomunicação como sendo a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. No entanto, a abrangência desse conceito acaba dificultando os operadores do direito de delimitar a atividade-fim dessas empresas de telefonia.

Diante da complexidade do serviço de telecomunicação, a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu no seu art. 94, como forma de facilitar a prestação do serviço público, a possibilidade de contratação com terceiros no desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. Entretanto, deverão ser sempre observados as condições e limites estabelecidos pela ANATEL.

A imprecisão do termo “atividade inerente” contido art. 94 desta lei fez com que alguns Ministros do TST passassem a entender a terceirização da atividade-fim das empresas de telefonia com sendo permitida no ordenamento jurídico, considerando que a lei de telecomunicações excepcionou a súmula 331 do TST, quando autorizou a possibilidade de terceirização de atividades inerentes.

Entretanto, o posicionamento adotado nesse trabalho é de que seria inconcebível, dentro da legislação pátria, aceitar que as empresas de telecomunicações estejam autorizadas a terceirizar suas atividades-fim, diante de uma mera interpretação gramatical da infeliz redação do art. 94 da Lei nº 9.472/1997. Esse artigo não pode ser lido isoladamente, sem uma interpretação sistemática, deve estar em consonância com a súmula 331 do TST e o art. 170, caput e inciso VIII, da Constituição Federal.

A possibilidade da licitude da terceirização na atividade-fim das empresas de telefonia acabaria gerando a precarização do trabalhador, retirando todos os direitos adquiridos pelos trabalhadores através da luta de seus sindicatos.

Analisando o contexto atual da terceirização no setor de telecomunicações percebe-se que as empresas estão terceirizando quase todos os seus serviços, chegando a existir empresas funcionando com 10% dos seus trabalhadores de mão de obra direta e 90% de mão de obra advinda da terceirização. Nesse caso, não se pode imaginar que somente atividades-meios estão sendo terceirizada, ela está em todas as atividades da empresa, passando esta, a funcionar quase sem nenhum trabalhador com vínculo empregatício.

Conclui-se que os tribunais trabalhistas devem interpretar a lei de acordo com os princípios informadores do direito material do trabalho, observado a prevalência dos preceitos constitucionais sobre a letra fria da legislação infraconstitucional. De forma que, realizada esta interpretação sistemática da Lei nº 9.472/1997 extrai-se a possibilidade da empresa de telecomunicação de realizar a terceirização apenas das atividades-meio, não confrontando assim os preceitos, constitucionais e infraconstitucionais, existentes em defesa do trabalhador.

Além disso, os direitos referentes à relação empregatícias se encontram dispostas em legislações trabalhistas, não em legislações de natureza administrativa, como é o caso da Lei Geral de Telecomunicações e da Lei de Concessão de Serviço

Pública. Então, quando o artigo 94 da Lei Geral de Telecomunicações dispõe que as empresas de telecomunicação pode terceirizar, tanto as atividades complementares e acessórias, como as atividades-inerentes, não está autorizando a terceirização da atividade-fim das empresas, e nem poderia, pois cabe a legislação trabalhista definir os requisitos para identificar a relação empregatícia.

No tocante aos serviços de call center, as empresas de telecomunicação atualmente utilizam-se deles de forma equivocada, pois fornecem aos seus usuários, serviços ligados a sua atividade-fim, como por exemplo, reparo de linha telefônica, obtenção de informações sobre os pacotes oferecidos pela empresa, fazer eventuais reclamações, etc. Na verdade o serviço de call center foi criado com a finalidade de intermediar a comunicação entre a empresa e os seus usuários, e não para realizar serviços relacionadas à atividades precípuas da empresa.

Dessa forma, é vedada a terceirização de call center que prestem serviços ligados as atividades-fim das empresas de telecomunicação, só podendo estas usarem o serviço de call center de forma terceirizada se forem, tão somente, para facilitar a comunicação entre o usuário e a empresa.

Diante de todo o exposto, este trabalho defende a impossibilidade da terceirização da atividade-fim das empresas de telecomunicações, entendendo que a súmula 331 do TST deve ser aplicada as estas. Defendendo assim, em última análise, uma proteção dos direitos do trabalhador, uma vez que este é a parte mais fraca da relação trabalhista.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BASSO, Guilherme Mastrichi. Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos. **Revista do TST**, Brasília, vol. 74, n° 4, out/dez 2008. Disponível em: < <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5381/74-4.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BASTOS, Caputo. Empresa de Telefonia Call Center. Terceirização Ilícita. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Norte**, Natal, v.13, p. 201-202, 2008.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do TST**, Brasília, vol. 74, n. 4, out/dez. 2008. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5385/002_74-4.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 1º maio. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em: 06 de fev. 2013.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm >. Acesso -- em 10 jan. 2013.

_____. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 dez. 1970. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm >. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm >. Acesso em: 7 abr. 2013.

_____. Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 jun. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 04 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 18 jan. 2013.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 21 jun. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994. Instituições financeiras/Serviços de vigilância. Transporte de valores. Sistema de segurança. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 29 mar. 1994. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1994/8863.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Lei nº 9.017, de 30 de março de 1995. Estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos e insumos químicos que possam ser destinados à elaboração da cocaína em suas diversas formas e de outras substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e altera dispositivos da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento de empresas particulares que explorem serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 mar. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9017.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Lei nº 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. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Ministério Público do Trabalho. Portaria SIT n.º 09, 30 de março de 2007. **Aprova o Anexo II da NR-17. Trabalho em Teletendimento/Telemarketing Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 02 abr. 2007. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEFBDACD94B74/nr_17_anexo2.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0010vinculante.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 10.132**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3882085> >. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho R0-04661-2002-921-21-00-4. Recurso de Ordinário. Desembargador Relator: Raimundo Oliveira, 21.ª Região, Publicado no DJE/RN nº 11.209, em 26/04/2006 (quarta-feira). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15537845/recurso-ordinario-ro-4661200292121004-rn-04661-2002-921-21-00-4-trt-21/inteiro-teor> >. Acesso em: 02 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 738, 27 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 4-24. Republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 739, 30 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20. Republicada no **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 740, 31 maio 2011. [Caderno do] Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-20.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 set. 2000. Seção 1, p. 290. Republicado no Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, 19 set. 2000. Seção 1, p. 304. Republicado no **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, 20 set. 2000. Seção 1, p. 258.

_____. Tribunal Superior do Trabalho RR-36600-91.2008.5.03.0111. Recurso de Revista. Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3.ª Turma, DEJT 14/5/2010. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36734895/tst-07-05-2012-pg-490>>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho RR-134500-74.2008.5.03.011. Recurso de Revista. Rel. Min; Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DEJT 14/5/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/38521726/tst-06-07-2012-pg-3>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho RR 6749 6749/2007-663-09-00.8. Recurso de Revista. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11/11/2009, 3.^a Turma, Data de Publicação: 27/11/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5695010/recurso-de-revista-rr-6749-6749-2007-663-09-008-tst>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho RR-799-82.2010.5.03.0002. Recurso de Revista. Redator. Min; José Roberto Freire Pimenta, 2.^a Turma, DEJT 30/5/2012. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-telemar-terceirizacao-ilicita.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 239**. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256**. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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: 11 abr. 2013

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 257**. O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 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. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 9 abr. 2013.

CAIRO JR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

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.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Palestra. In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos >. Acesso em: 5 fev. 2013

CARMO, Júlio Bernardo do. Precarização do Direito do Trabalho: Terceirização. **Cadernos da AMATRA IV**, Porto Alegre, ano VI, n.16, p. 67-73, nov. 2011.

CARMO, Júlio Bernardo do. Terceirização Ilícita no Âmbito das Empresas de Telecomunicações e a Liminar Concedida na Reclamação STF n. 10.132-Paraná. **Revista do TST**, v. 77, n. 1, jan/mar. 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22276/001_juliocarmo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 abr. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, de Rubens Ferreira. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo, Malheiros, 2000.

CATHARINO, José Martins. Terceirização. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 41-48, jul. 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

DALAZEN, João Oreste. Palestra. In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos >. Acesso em: 5 fev. 2013

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FERREIRA, Angélica de Mello. Terceirização. Revista **Ergon**: Órgão do Instituto Bahiano do Direito do Trabalho, v. 40, n.40, p. 43-65, jan/jun. 1994.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. A Terceirização nos Serviços Públicos de Energia Elétrica e de Telecomunicações. Revista **SDI**: Jurisprudência Uniformizadora do TST, n. 156, p. 9-15, nov. 2009.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco Filho. A Terceirização nos Serviços Públicos de Energia Elétrica e de Telecomunicações. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano XVIII, n.18, p. 61-65, 2010.

FILHO, José Américo Leite. Terceirização no Setor de Telefonia. Santa Catarina: junho, 2010. Entrevista concedida a **Justiça do Trabalho na TV**, produzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Disponível em: http://ead.trt12.gov.br/videoteca_ascom/. Acesso em: 9 mar. 2013

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de Mão-de-Obra**. São Paulo: LTr, 2005.

GOUNET, Thomas. **Fordismo e Toyotismo na Civilização do Automóvel**. São Paulo: Bointempo, 1999.

LAENDER, Gabriel Boavista. O Regime Jurídico das Redes de Telecomunicação e os Serviços de Telecomunicação. In: ARANHA, Márcio Ório. **Direito das Telecomunicações**: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil. Brasília: JR Gráfica, 2006.

LEITE, Nelson Fonseca. Palestra. . In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos >. Acesso em: 5 fev. 2013

MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização na Atividade-fim das Empresas de Telecomunicações e Outras Concessionárias do Serviço Público. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72, n. 08, p. 968-972, ago. 2008.

MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização na Atividade-fim. Empresas de telecomunicações e outras concessionárias do serviço público. Novos projetos de lei e inovações de liminar concedida no STF. **Revista do TST**, Brasília, v. 74, n. 4, out/dez. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5381/74-4.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização sob uma Perspectiva Humanista. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 30, n. 115, p. 92-103, jul/set. 2004.

MARTINS, Fernando Antonio Galvão. Um Passeio Pelo Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia- UNAMA**. Belém, v. 1, n.1, p. 187-194, jun. 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 3° ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 11°. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARX, Karl. **O Capital**. Edição resumida por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves. Schmidt. 7ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27° ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30° ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Luiz Antônio Camargo de. Palestra. . In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos>. Acesso em: 5 fev. 2013

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

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. As Novas Perspectivas da Terceirização Trabalhista no Brasil: Análise dos Mecanismos Jurídico-Retificadores sob a Ótica da Jurisprudência do TST. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, ano 22, n. 226, p. 34-49, ago. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PASTORE, José. Terceirização: Uma realidade desamparada pela lei. **Revista do TST**, v. 74, n. 4, out/dez. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5381/74-4.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

PERALVA, Vanita Maria Fagundes. Terceirização. **Ergon**: Órgão do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho, v. 40, n.40, p. 89-99, jan/jun. 1994.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Terceirização. **Revista do TRT da 5° região**, Edição Especial em Homenagem ao Juiz Iguassú Rebouças, v. 24, n. 14, p. 179-197, jan. 1997.

PINTO, Geraldo Augusto. **A Organização do Trabalho no Século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo**. 2º ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**. 1º. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Euclides Alcides. Prestação de Serviços por Empresa - Terceirização. **Revista do TRT 9º região**, Curitiba, v. 20, n. 1, p. 51-60, jan/dez. 1995.

RODRIGUES, Flávio. Palestra. . In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos >. Acesso em: 5 fev. 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. Palestra. In: **Audiência Pública** sobre Terceirização do TST, 4 out, 2011, Brasília. Vídeos eletrônicos. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos >. Acesso em: 5 fev. 2013

VALENÇA, Maria das Graças. Terceirização. **ERGON: Órgão do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho**, v. 40, n. 40, p. 67-87, jan/jun. 1994.