

VELHOS E NOVOS ENFOQUES SOBRE O TRABALHO TEMPORÁRIO

Márcio Túlio Viana*

“*Divide e impera!*”
(Maquiavel)

1. O tempo e o direito

Em quase tudo na vida, o tempo deixa as suas marcas. E não é diferente no Direito. Os exemplos multiplicam-se: preclusão, decadência, usucapião... No campo das relações laborais, o tempo influi tão intensamente que exclui um certo tipo de trabalhador - o eventual - até do direito ao salário-mínimo¹.

Como o nome indica, o trabalho *temporário* tem vida marcada pelo *tempo*. Não é como o contrato comum, em que o empregado - pelo menos teoricamente - pode trabalhar, no mesmo local, por anos a fio. E não guarda sintonia com a própria empresa, que é feita para durar.

Mas o que esse contrato tem de realmente peculiar, curioso e paradoxal é que o prestador de serviços *não trabalha* na empresa que o contrata e remunera. E esse fato - ainda mais marcante que o tempo - repercute intensamente em várias direções, como uma bomba que explode, soltando fagulhas.

E não é só. Com o passar dos anos, esse contrato *sui generis*, que surgiu como exceção à regra geral, vai abrindo espaços, ganhando adeptos, quebrando barreiras e impondo-se como um novo modelo para a economia em crise. E assim, em novo paradoxo, o excepcional torna-se normal, o curioso já não surpreende, e o que há tempos parecia absurdo começa a soar, aos ouvidos de muitos, como a descoberta da pólvora.

É esse contrato - previsto na Lei nº 6 019 e regulamentado pelo Dec. nº 73 841 - que analisaremos. Para simplificar, designaremos por *fornecedora*, a empresa de trabalho temporário; *tomadora*, a empresa-cliente; e *temporário*, o trabalhador.

2. O novo contexto econômico

O capitalismo mudou - e está transformando o direito.

Antes, o importante era controlar os custos, reduzir os riscos e produzir em massa para um mercado cada vez mais voraz. O sonho de toda empresa era crescer de alto a baixo, estendendo suas garras sobre todas as etapas do processo produtivo. Numa palavra, *verticalizar*.

Hoje, a receita é aumentar a eficiência, garantir a qualidade e conquistar um mercado cada vez mais arisco. A empresa quer deixar para *as outras* tudo o que não corresponde ao foco de suas atividades. A palavra de ordem é *horizontalizar*.

* Juiz do TRT da 3ª Região. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito.

¹ A não ser no campo (Lei nº 5 889, art. 17).

Com freqüência cada vez maior, criam-se redes de empresas, em geral pequenas e médias, que terceirizam as atividades das maiores. Não chegam a formar grupo econômico, no sentido da lei². Mas são como satélites girando em torno de grandes planetas.

No início, essas pequenas e médias empresas cuidavam apenas das “atividades-meio” da macroindústria, como, por exemplo, serviços de faxina. Aos poucos, e cada vez mais, passam a assumir etapas secundárias do processo produtivo.

Aliás, o fenômeno *terceirizante* avança a passos tão rápidos, e tão largos, que começa a superar os seus próprios limites conceituais. Assim é, por exemplo, que algumas de nossas fábricas de automóveis - que simplesmente *montavam* peças prontas - já anunciam que vão terceirizar *a própria linha de montagem*. E há em Minas um laticínio que não produz, não transporta, não pasteuriza, não embala e não vende³ o leite... É como se a *horizontalização* se estendesse até a linha do *horizonte*.

É nesse contexto que se insere o contrato temporário, como uma das formas possíveis de terceirização. Embora não utilize a fornecedora para produzir em seu lugar, a empresa-cliente toma-lhe de empréstimo a mão-de-obra. De certo modo, é como se encaixasse a outra *dentro dela*, ao invés de se encaixar *dentro da outra*...

Mas o que temos hoje é muito mais do que uma curiosa novidade econômica. Como veremos adiante, terceirizar não é apenas *modernizar*, mas sobretudo *precarizar*.

A propósito, é interessante notar, como já o fizemos em outras paragens, que existe uma aguda sintonia entre o modelo jurídico que se prega e a nova maneira de produzir: para os bens duráveis, previsíveis e pouco mutáveis de *antes*, relações rígidas, confiáveis e duradouras; para os bens descartáveis, imprevisíveis e mutantes de *hoje*, vínculos frágeis, flexíveis, precários... Instala-se o que alguém chamou de *modernização conservadora*⁴. Quanto menos *pregado* na empresa, mais espoliado é o trabalhador.

3. Características gerais do sistema

Dizia Afonso Arinos, com razão, que às vezes assistimos à criação invencível de um direito contra a lei. Um bom exemplo é a greve, criada pela revolta operária. Outro é a terceirização, fruto da pressão patronal.

O fenômeno não é tão recente. Apesar de toda a resistência em sentido contrário, inclusive dos tribunais, já se terceirizava sem lei, e contra a lei, até que a lei surgiu, em janeiro de 1974. De todo modo, foi ela quem oficializou, reforçou e expandiu a idéia da terceirização.

É fácil notar que esse modelo destoa do tradicional. Ao invés de uma única relação jurídica, envolvendo as partes, temos agora *três* sujeitos e *dois* contratos: o *interempresário* e o *de trabalho*. O primeiro, entre a empresa fornecedora e a cliente. O segundo, entre a fornecedora e o trabalhador.⁵

² Estamos nos referindo ao art. 2º, parág. 2º, da CLT.

³ Caso citado por Antônio Álvares da Silva, em conferência.

⁴ MATTOSO, Jorge E. L. “O novo e inseguro mundo do trabalho nos países avançados”, in: “O mundo do trabalho” (obra coletiva), Cesit, Campinas, 1994, p. 531;

⁵ Há quem entenda que há uma só relação, triangular, envolvendo as empresas e o empregado. Nesse sentido, por exemplo, *Messias Pereira Donato*.

No novo sistema, o trabalhador presta serviços não para quem o admite, mas para quem *contrata a empresa que o contratou*. E não de forma *permanente*, mas *reticente*,⁶ semelhante (embora não idêntica) ao trabalho avulso.

Mas o trabalho temporário não é invenção nossa. Tem raízes no direito comparado, especialmente na França, que o inspirou. Vários países já o regulamentaram. Mas alguns (como a Suécia) o proíbem, ao passo que outros (como Portugal) o ignoram em sua legislação.

Note-se, por fim, que ao lado da terceirização *temporária*, prevista na Lei no. 6 019, existe a *permanente*,⁷ nos casos de: a) vigilantes bancários; b) empresas de conservação e limpeza; c) serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador. A primeira hipótese é prevista na Lei nº 7 102. As duas últimas foram criadas pelo Enunciado no. 331/TST, que exige a inexistência de “pessoalidade e subordinação direta”.

4. A figura do empregado

Como nota *Prunes*⁸, são várias as situações em que um terceiro coloca-se entre o empregado e o empregador. É o que acontece, por exemplo, com o garçom do restaurante, ou com o motorista de ônibus fretado.

Em alguns casos, por receber diretamente o serviço do empregado, o terceiro reage como se fosse, ele próprio, o empregador - e então paga gorjetas⁹. Em outros, chega a exercer - numa espécie de delegação - certa parcela do poder diretivo.¹⁰

No caso do trabalhador temporário, algo semelhante acontece. São três as pessoas envolvidas, e duas as que exercem o comando. Com a diferença, porém, de que é o *próprio empregador* quem se coloca entre o homem que presta os serviços e a pessoa que os utiliza.

Trabalhador temporário é “aquele contratado por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outra empresa” (art. 16 do Regulamento).

Note-se que a lei fala em *necessidade* e não em *conveniência* de substituição. Assim, não pode a tomadora, por exemplo, conceder licença a um empregado efetivo, e em seguida aproveitar um temporário.

Quanto ao acréscimo de serviços, deve ser de fato *extraordinário*, ou seja, inusitado, surpreendente. Algo assim como uma encomenda de última hora, fora de

⁶ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 28.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. “*Sujeitos do contrato de trabalho: o empregado*”, in “*Curso de Direito do Trabalho - em memória de Célio Goyatá*”, coordenado por Alice Monteiro de Barros, LTr, S. Paulo, 1995, p. 267.

⁸ PRUNES, J. Luiz Ferreira. “*Contratos triangulares de trabalho*”, Juruá, Curitiba, 1993, p. 20.

⁹ VIANA, Márcio T. “*Gorjetas*”, in “*Curso de Direito do Trabalho - em louvor a Célio Goyatá*”, coordenado por Alice Monteiro de Barros, LTr, S. Paulo, 1993, p. 217.

¹⁰ É o que acontece, por exemplo, quando o empregador escreve em seus veículos frases como: “Se o motorista agir imprudentemente, favor comunicar-se com o número...” A propósito, v. o nosso: “*Direito de Resistência*”, LTr, S. Paulo, 1995.

qualquer previsão, exigindo trabalho em dose dupla. No mínimo, a hipótese deve se inserir no art. 61 da CLT.¹¹

Não havendo uma coisa, nem outra, o trabalhador pode até ser, conforme o caso, contratado a prazo - mas pela empresa que recebe os seus serviços. Vale dizer: estará sujeito às normas dos arts. 443 e seguintes da CLT. Não será *temporário*, nos termos da Lei nº 6 019.

A lei também exige que o trabalhador seja “qualificado” - palavra que tanto pode significar “especializado” como “identificado”. Desfazendo a dúvida, o regulamento usa o vocábulo “especializado”, embora a questão seja ainda discutida na doutrina¹².

Quanto aos direitos do temporário, vide tópico 9, *infra*.

4.1. Relação de trabalho ou de emprego?

Exatamente porque o novo modelo destoa do antigo, há quem entenda que não se trata de relação *de emprego*, mas apenas *de trabalho*¹³.

De fato, o legislador rompeu o critério usual, usando mais o *salário* do que a *subordinação* para fixar *quem é* o empregador. Mas isso não significa que inexistia relação de emprego, já que - venha de onde vier - o poder diretivo está presente.

Vale dizer: o temporário é um trabalhador *subordinado*. O contrato com a fornecedora obriga-o a obedecer-lhe; mas como esse mesmo contrato “vive e se desenvolve no ventre da empresa cliente”,¹⁴ também esta, e *principalmente esta*, acaba por submetê-lo à sua vontade. Há um “comando simultâneo”¹⁵.

Se a subordinação é a pedra-de-toque da relação de emprego, pode-se até dizer, de certo modo, que o temporário é empregado *em dobro*. Não há como negar-lhe, portanto, os mesmos direitos que a Constituição garante aos celetistas. E nem a proteção da CLT, nos casos em que a Lei nº 6 019 for omissa.

5. A empregadora e a cliente

A empresa fornecedora pode ser pessoa jurídica ou firma individual, desde que urbana. E o mesmo acontece com a tomadora, não em virtude de norma expressa, mas por uma questão de simetria, como aponta *Catharino*.¹⁶

A fornecedora deve estar registrada no Ministério do Trabalho, como empresa de trabalho temporário (art. 5º).

Não pode ser pessoa jurídica sem atividade empresária, como, por exemplo,

¹¹ Diz o artigo: “Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.”

¹² Para *Prunes*, por exemplo, “o texto pretende se referir a boa qualidade técnica ou de qualidade suficiente para substituir o empregado que se afastou”. Op. cit., p. 44.

¹³ Nesse sentido, *Maurício Godinho Delgado*, em sua excelente “*Introdução ao Direito do Trabalho*”, Ltr. S. Paulo, 1995, p. 181 e segs.

¹⁴ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 137.

¹⁵ A expressão é de *Pereira Leite*.

¹⁶ Op. cit., p. 69.

um órgão público ou uma associação civil¹⁷. E os seus sócios devem ter nacionalidade brasileira¹⁸.

5.1. Trabalho temporário e grupo econômico

Pergunta-se: pode haver trabalho temporário entre empresas do mesmo grupo econômico?

A resposta vai depender da forma com que se interpretar o art. 2º parág. 2º da CLT¹⁹.

É que, para alguns, a solidariedade ali prevista é *passiva*. Vale dizer: cada uma das empresas responsabilizar-se-ia pelos créditos trabalhistas, mas só uma delas - a que tiver admitido formalmente o empregado - poderia comandar o seu trabalho.

Já para outros, dentre os quais nos incluímos, a solidariedade é também *ativa*, ou seja, cada uma das empresas pode exigir a prestação de serviços, pelo simples e bom motivo de que o empregador não é quem admitiu o empregado, em termos formais, mas o *próprio grupo*.

Pois bem. Para os que adotam o primeiro entendimento, nada impede que uma das empresas seja a fornecedora e outra a tomadora. Para os que seguem a segunda corrente, a hipótese é juridicamente impossível, já que o trabalhador seria, a um só tempo, empregado e não-empregado do grupo.

6. Aspectos preliminares de ambos os contratos

Como vimos, há um contrato entre as empresas, e outro ligando o trabalhador e a fornecedora. Para um e outro, a lei exige uma série de requisitos. Se qualquer deles não for obedecido, o trabalho temporário *desqualifica-se* como tal, passando a ser regido *totalmente* pela CLT.

Note-se que - dos três sujeitos envolvidos - apenas a fornecedora vincula-se aos dois contratos. Mas isso em termos *diretos*, já que, *indiretamente*, tudo se interliga, mistura-se, contamina-se. A própria posição do cliente como *terceiro* relativiza-se no momento em que ele dirige a prestação dos serviços.²⁰

Até certo ponto, pode-se dizer que o temporário se insere *formalmente* na fornecedora e *substancialmente* na tomadora. Sim, pois o que o submete às ordens da primeira é muito mais o *contrato* do que a *realidade dos fatos*. Já com a segunda, acontece o oposto. É antes a *realidade*, bem mais que o *contrato*, que o faz se sujeitar às suas ordens.

De fato, não há como trabalhar numa empresa, em atividade de rotina, sem

¹⁷ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 101.

¹⁸ Como nota *Catharino*, isso "não evita que a pessoa empresária possa ser, *realmente*, estrangeira, e, ao que sabemos, isso ocorre" (op. cit., p. 91)

¹⁹ Diz a norma citada: "*Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*"

²⁰ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 40-42.

subordinar-se ao seu comando. Quem se apropria da máquina e da matéria-prima tem de dispor, também, da mão-de-obra que as opera. Trata-se de uma necessidade lógica. Inversamente, mas por igual razão, é difícil imaginar um comando sobre quem *não trabalha* na empresa.

Mas a verdade dessas afirmações é apenas relativa. Em certa medida, o temporário subordina-se à tomadora também em termos *reais*, especialmente porque é ela que o pune. Ao mesmo tempo, submete-se à cliente também em termos *formais*, pois é esse o comando da lei, ao regular o modelo de contrato.²¹

No fritar dos ovos, o que se pode concluir é que ele se subordina *mais* à empresa onde trabalha do que à empresa que o remunera. Esta *paga* para que aquela *usufrua* e em conseqüência *dirija* a prestação de serviços. E é lógico que assim seja, pois do contrário uma empresa estaria interferindo no processo produtivo da outra.

Assim, substancialmente, o que faz com que o temporário seja empregado da fornecedora, e não da tomadora, é a pura vontade do legislador, que usou como critério prevalente o *salário*, e não a *subordinação*. Em outras palavras: para a Lei nº 6 019, empregador é antes quem *paga* do que quem *dirige*.

Mas mesmo essa última afirmação não pode ser aceita em termos absolutos. No fundo, em termos substanciais, quem remunera é a cliente. Apenas atua de forma indireta, *através* da fornecedora...²²

7. Aspectos específicos do contrato interempresário

Naturalmente, trata-se de contrato *civil*, exigindo agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Pode haver uma fase inicial, *antes do contrato*, em que a fornecedora age como uma espécie de agência de colocação. O trabalhador inscreve-se e fica à espera de ser chamado, sem direitos ou obrigações. Outras vezes, inscreve-se e é no mesmo instante admitido.²³

O contrato interempresário deve ser escrito, discriminando a causa da demanda do trabalho temporário, a forma de remuneração e os encargos sociais. Com essa exigência, quis o legislador, possivelmente, evitar lucros excessivos.²⁴ Mas na prática não os impediui.

Não pode o empregado ser admitido para trabalhar por mais de 3 meses junto a uma *tomadora*, salvo autorização do Ministério do Trabalho²⁵. E não cabe prorrogação ou renovação, exceto se o empregado tiver sido admitido, inicialmente, para prestar serviços ali por *menos* de três meses.²⁶ Mas esse prazo não impede que o empregado continue vinculado à *fornecedora*, com ela firmando sucessivos contratos,

²¹ Como veremos adiante, a lei permite que o empregado seja punido por falta cometida contra a cliente, o que implica a existência de um poder diretivo por ela exercido.

²² Também nesse sentido, *Catharino*. Op. cit., p. 36.

²³ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 35.

²⁴ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 107.

²⁵ A Portaria MT 66/74 permite a prorrogação daquele prazo em casos de força maior e necessidade imperiosa do serviço.

²⁶ PRUNES, J. L. Ferreira. Op. cit., p. 64.

para trabalhar em *outras* tomadoras²⁷.

Assim, a palavra “temporário”, que se usa para designar o contrato, diz respeito mais ao período em que o empregado permanece na *tomadora* do que, propriamente, ao seu vínculo com a *fornecedora*. Embora, em termos *formais*, esse vínculo se parta e se renove a cada novo contrato, em termos *substanciais* pode não sofrer solução de continuidade.

Note-se, por fim, que a interpretação apenas *literal* da norma não impede que o empregado trabalhe três meses numa tomadora, afaste-se por alguns dias e ali retorne. A nosso ver, porém, essa prática torna nulo o contrato temporário, pois desvirtua os seus fins²⁸.

8. Aspectos específicos do contrato de trabalho

Como vimos, o contrato de trabalho temporário, unindo o empregado à fornecedora, só é possível em duas hipóteses. Além disso, deve conter o rol de seus direitos, venham eles da própria lei, da vontade de ambos ou do instrumento normativo. Tal como o contrato interempresário, terá de ser escrito.

Terminados os três meses, não pode o contrato impedir que a tomadora admita o temporário como empregado efetivo. É o que *Catharino* chama de “aliciamento lícito”. Se isso acontecer, terá a fornecedora atuado como verdadeira agência de empregos, sem que nada receba a esse título.²⁹

9. Direitos do trabalhador temporário

O art. 12 da lei assegura ao temporário “remuneração equivalente à percebida pelos empregados *da mesma categoria* da empresa tomadora” (art. 12). Note-se: *da* e não *de*; *categoria* e não *função*. Logo, não é preciso que o trabalho tenha valor igual, nem que as funções sejam idênticas. Basta que o temporário e o efetivo se enquadrem na mesma classificação genérica - como a de faxineiros, escriturários, etc.

Exatamente porque o contrato dura apenas três meses, a lei só prevê férias *proporcionais*. O ideal seria que se criasse uma espécie de *fundo*, reunindo ao longo do tempo os valores pagos pelos sucessivos tomadores de serviço, de tal modo que, ao fim de cada ano, o temporário efetivamente gozasse férias - tal como acontece com o avulso.³⁰

O art. 12 da lei assegura ainda: jornada de oito horas, com adicional de 50% para as horas extras; repouso semanal remunerado; adicional noturno; anotação na CTPS; e proteção previdenciária, incluindo seguro contra acidentes do trabalho. O regulamento acrescenta a duração reduzida da hora noturna (art. 19, § único).

O temporário tinha ainda direito a uma indenização por dispensa injusta

²⁷ Nesse sentido, *Ronald Amorim e Souza, apud Prunes, J. L. Ferreira*. Op. cit., p. 64.

²⁸ Embora a hipótese seja um pouco diferente, deve-se aplicar, analogicamente, o Enunciado nº 20/TST: “*Não obstante o pagamento da indenização de antiguidade, presume-se em fraude à lei a rescisão contratual se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, em curto prazo, readmitido.*”

²⁹ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 65.

³⁰ A sugestão é de *Catharino*.

(incluindo a chamada “despedida indireta”), no valor de 1/12 do “último salário percebido”³¹. Mas como passou a ter direito ao FGTS, tem-se entendido que aquele dispositivo não mais vigora.

Nesse sentido, dispõe a Instrução Normativa MTPS/SNT nº 9, firmada pelo *doublé* de jurista e secretário *João de Lima Teixeira Filho*:

“Art. 2º São direitos do trabalhador temporário:

(...)

VIII - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, como previsto na Lei nº 8 036/90, artigo 20, IX, em substituição à indenização de 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido, estabelecida no artigo 12, letra “F”, da Lei nº 6 019” (grifos nossos).

Mas outros direitos existem. Alguns, implícitos na lei, quando se trata de temporário *da mesma categoria* do efetivo. Nessa hipótese, tudo que este último receber *em troca* de seu trabalho será devido ao outro: adicionais, gratificações ajustadas, utilidades, etc. Sem qualquer exceção.³²

Mas ainda que não haja um trabalhador efetivo *da mesma categoria*, o temporário tem uma série de direitos previstos em outras normas. A começar da Constituição Federal, pelo simples e bom motivo de que - como dizíamos - é ele um *empregado*, embora *atípico* ou *sui generis*. Aliás, ainda que não fosse assim, seria o caso de se lhe aplicar, por extensão, a mesma regra protetora do avulso (CF, art. 7º, inc. XXXIV), que é *menos* empregado típico do que ele...

Não foi por outra razão que a Lei nº 8 036, de 11/5/90, estendeu-lhe de forma clara o direito ao FGTS (art. 15 e seu § 1º). E o próprio Ministério do Trabalho, através da Instrução Normativa acima citada, reconheceu-lhe o direito ao 13º salário e ao vale-transporte.

Pergunta-se: o que acontece se na tomadora, por uma razão qualquer, vigorar jornada reduzida?

Enfrentando a questão, responde *Ísis de Almeida* que, nesse caso, o temporário também passará a trabalhar menos. E justifica:

“É preciso sempre não esquecer que o trabalhador temporário substitui ou complementa o quadro de pessoal regular e permanente da empresa tomadora - e, assim, jamais poderá sofrer qualquer espécie de marginalização”³³.

10. Justas causas

Tal como acontece na relação de emprego comum, o temporário pode ser despedido por justa causa. Inversamente, pode denunciar o contrato, por justa causa patronal (“despedida indireta”).

Embora a falta cometida contra uma das empresas repercuta na outra, em

³¹ É o que está no regulamento, embora a lei se refira a “1/12 do pagamento recebido”, ou seja, de todos os salários pagos ao empregado. Embora, a rigor, o regulamento não pudesse destoar da lei, era ele que vinha sendo aplicado, por ser mais benéfico ao empregado.

³² Nesse sentido, o mestre mineiro *Ísis de Almeida*. “O regime de trabalho temporário”, Saraiva, 1977, p. 93.

³³ Op. cit., p. 99.

termos *diretos* ora afeta uma, ora outra. Assim é que, na prática, o empregado tanto pode ofender o sócio-gerente da *fornecedora*, como desobedecer o chefe de equipe da *tomadora*.

Do mesmo modo, o sujeito ativo das faltas patronais pode ser uma ou outra empresa, dependendo do caso. Por exemplo: a *fornecedora*, quando não paga o salário corretamente, ou a *tomadora*, faz com que o empregado corra perigo manifesto de mal considerável.

Assim, as justas causas (praticadas pelo empregado ou pelas empresas) têm natureza dupla ou ambivalente. Quem despede é a *fornecedora*, mas, em geral, quem aponta a falta e exige o afastamento do empregado (pelo menos de *seu* estabelecimento) é a *tomadora*.

É que, como vimos, o temporário *serve a dois senhores*.³⁴ E é natural que isso aconteça, dadas as características do contrato. Se fosse comandar a rotina diária do trabalho, a *fornecedora* estaria se imiscuindo, diretamente, no processo produtivo da *tomadora*.

11. Responsabilidade pelos pagamentos

Talvez por ter traduzido mal a lei francesa³⁵, o legislador responsabiliza o tomador de serviços apenas na hipótese de falência. Felizmente, o Enunciado n° 331 corrige a falha, afirmando que

“(...) 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”.

Pouco importa, no caso, se a *tomadora* conhecia ou não a situação econômica da *fornecedora*, ou se agiu ou não de boa-fé. De qualquer modo, responde a título de culpa - seja *in eligendo*, na escolha da parceira, seja *in vigilando*, durante a execução do contrato.

Por tudo isso, embora lucrativo para a *tomadora*, o trabalho temporário a coloca em posição extremamente vulnerável.³⁶ A qualquer tempo, pode ser chamada às falas, o que a obriga a fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da *fornecedora*.

Note-se que o Enunciado nada diz sobre falência; a nosso ver, nessa hipótese a responsabilidade será *solidária*, como está na lei, e não apenas *subsidiária*.

Pergunta-se: e se os requisitos da lei forem descumpridos?

Nesse caso, a situação da *tomadora* complica-se ainda mais.

Como vimos, a lei fixa condições de *fundo* e de *forma* para os dois contratos: o interempresário e o de trabalho. Assim é, por exemplo, que o trabalho temporário está reduzido a duas hipóteses³⁷; além disso, é preciso que se obedeça à forma escrita,

³⁴ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 36.

³⁵ A observação é de *Catharino*: a lei francesa diz que a *tomadora* é responsável nas hipóteses de “*défaillance*”, e não nos casos de *faillite*, que se traduz por “falência” (op. cit., p. 143).

³⁶ PRUNES, J. L. Ferreira. Op. cit., p. 80.

³⁷ V. item 5, *supra*.

as empresas têm de ser urbanas, etc.

Se não se atender a algum desses requisitos, o contrato de trabalho cai na vala comum. Deixa de ser *temporário*, regido pela Lei nº 6 019, para se tornar o *ordinário*, previsto na CLT. Nem mesmo o prazo de três meses persiste, a não ser se - por coincidência - a hipótese enquadrar-se nas regras que disciplinam os contratos a termo (art. 443).

Em conseqüência, empregador passa a ser quem se beneficia, diretamente, do trabalho prestado - ou seja, a tomadora. Mas a fornecedora terá responsabilidade *solidária*, não só como cúmplice no ato, mas *por ter-se obrigado a pagar*, quando celebrou cada um dos contratos - o interempresário e o de trabalho.

Na mesma hipótese, qualquer das empresas estará impedida de alegar a própria falta em seu favor. Mas o empregado, não, pois enquanto no Direito Civil a simulação é inocente ou culposa para *ambos* os agentes, em Direito do Trabalho ela biparte-se. Pode ser culposa apenas em relação ao empregador, já que o empregado luta pela sobrevivência, sem *animus* de prejudicar terceiros.³⁸

Por outro lado, pouco importa se apenas *um* dos contratos (o interempresário ou o de trabalho) é ilegal. À semelhança do que acontece nas doenças infecciosas, a ilegalidade de um transmite-se ao outro, *contaminando-o*³⁹. É que ambos se ligam como siameses, vivendo interativamente.

Em todas essas hipóteses, aplica-se o art. 9º da CLT⁴⁰, cujo alcance supera as fronteiras da lei em que foi inserido, para abranger *todos* os contratos de trabalho, mesmo os especiais.

12. O temporário e o sindicato

Se há um símbolo que tem marcado, através dos tempos, a exploração do capital sobre o trabalho, esse símbolo é a fábrica. Até os seus muros altos, a sua sujeira, os seus guardas e os seus apitos repetem os orfanatos, os asilos, as prisões...⁴¹

Ainda assim, e paradoxalmente, foi a fábrica que reuniu os trabalhadores, com todos os seus sonhos e sofrimentos, e lhes ensinou o caminho da luta coletiva⁴². É que,

“quando vêm os maus tempos, os homens se reúnem para lamentar em conjunto seus sofrimentos e para encontrar os meios de ajuda mútua”.⁴³

É por isso, de um modo geral, que a terceirização é uma ameaça para o sindicato. Não só fragmenta a ação coletiva, dificultando as greves, como impede até

³⁸ Nesse sentido, GENRO, Tarso F. “*Contribuição à crítica do Direito Individual do Trabalho*”, LTr, S. Paulo, 1985, p. 121.

³⁹ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 144

⁴⁰ Diz o artigo: “*Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*”.

⁴¹ A observação é de LEITE, Márcia de Paula. “*O futuro do trabalho*”, Scritta, S. Paulo., 1994, p. 55.

⁴² VIANA, Márcio T. “*Direito de resistência*”, cit., p. 286 e segs.

⁴³ KLEINWACHTER, apud VIANNA, Segadas. “*Greve: direito ou violência ?*”, Freitas Bastos, S. Paulo, 1959, p. 30.

o desenvolvimento de uma identidade de classe.

Basta notar que os temporários vivem esparsos, divididos. Têm problemas e sonhos semelhantes, mas trabalham lado a lado com *outros* tipos de trabalhadores, os permanentes. E estão sempre em minoria...

Diante disso, pergunta-se: devem eles se agrupar junto a sindicatos próprios? Formam, na verdade, uma *categoria*? Ou devem se juntar aos empregados permanentes de cada tomadora?

Na lição de *Catharino*, a condição peculiar em que vivem justifica a sua inclusão como categoria à parte, *diferenciada*, nos termos do art. 511, parág. 3º, da CLT. Mas não vemos como se lhes possa negar os mesmos direitos dos empregados comuns, inclusive os conquistados pelas respectivas categorias.

Outra questão interessante é saber se os temporários podem substituir grevistas. À primeira vista, a resposta seria *sim*, pois quando a lei proíbe a contratação de empregados, refere-se à empresa que *sofre os efeitos da greve* - e os temporários são empregados da *fornecedora*. Mas não é essa a melhor solução. O que há, no caso, é omissão da lei, que não previu a hipótese. Logo, deve-se supri-la por analogia.⁴⁴

13. Aspectos processuais

Diz a lei que cabe à Justiça do Trabalho julgar os litígios entre as empresas de serviço temporário e os seus trabalhadores. (art. 19). E nem poderia ser de outro modo, face ao que dispõe a Constituição Federal (art. 114).

Diante dos termos do Enunciado 331/TST, já analisado, é conveniente que se mova a reclamatória contra ambas as empresas. Assim, caso a fornecedora não tenha como pagar, os bens da tomadora responderão pela dívida.

A propósito, a 4ª Turma do TRT da 3ª Região, da qual fazemos parte, tem defendido a tese de que a responsabilidade da tomadora é não apenas subsidiária, mas de *terceiro grau*, só incidindo quando os sócios da fornecedora não tenham bens suficientes para arcar com a condenação. Com isso se tenta evitar que a tomadora veja-se obrigada a pagar a título de *culpa*, enquanto os sócios da fornecedora se enriquecem *dolosamente*...

Já os litígios envolvendo a fornecedora e a tomadora são de competência da Justiça Estadual. E isso vale também para os casos em que a segunda se volta *regressivamente* contra a primeira, depois de ter sido condenada na Justiça do Trabalho.

14. Crítica à terceirização

A terceirização é um ótimo negócio para a empresa fornecedora. Contando com um estoque permanente de mão-de-obra, opera com baixos custos e pouco risco, só pagando o trabalho na medida em que o cliente satisfaz o preço ajustado ⁴⁵.

Pelo menos à primeira vista, o novo modelo é também vantajoso para a empresa tomadora, pois lhe permite concentrar no *foco* de suas atividades, descartando tudo que lhe parece secundário. Com isso, os custos se reduzem e - segundo alguns

⁴⁴ No particular, divergimos de *Catharino*, que se limita a criticar o texto da lei. Op. cit., p. 61.

⁴⁵ CATHARINO, J. Martins. Op. cit., p. 13.

- a eficiência aumenta.

O problema é que dentre o *material descartável* inclui-se o trabalho humano. E as consequências são drásticas.

De fato, a experiência revela que a terceirização não aumenta - mas reduz - os postos de trabalho, pois aproveita os temporários nas mesmas tarefas que seriam exercidas pelos permanentes, e *na medida exata* da necessidade de cada dia. Além disso, dobra a carga de subordinação e degrada as condições de higiene e segurança no trabalho.

E também os salários reduzem-se. Embora garanta isonomia entre temporários e permanentes, a lei tem pouca eficácia, pois não se reconhece à Justiça do Trabalho o poder de aplicar multas⁴⁶, e o número de fiscais é pequeno. De resto, a norma só incide nos casos em que há paradigmas *da mesma categoria*.

Do mesmo modo, pouca diferença faz se a lei impede a fornecedora de cobrar taxas de seus empregados. Na prática, as taxas vêm embutidas na diferença (enorme) entre os salários que lhes paga e o preço que recebe de suas clientes.

Mas ainda não é só. À medida que avança, a terceirização, como um todo, pressiona para baixo as taxas salariais, fragilizando também a situação dos permanentes. De resto, como vimos, pulveriza a ação coletiva, inibe o sentimento de classe e restringe o exercício da greve.

Na verdade, como já notamos em outras paragens, o novo modelo econômico - do qual o trabalho temporário faz parte - não é, nem poderia ser, um fenômeno isolado. Vem tentando legitimar-se à custa de todo um processo de desarticulação, de precarização e de desmonte do Direito do Trabalho.

É assim, pouco a pouco, que o emprego *total* vai-se fazendo *parcial*; a *segurança* cede espaço à *instabilidade*; a regulação *geral* tende a *individualizar-se*. Em lugar da lei, o ajuste; em vez da imperatividade, a renúncia. Mesmo o princípio da *norma mais favorável*, tido como intocável, vai sendo aos poucos vencido pelo vendaval liberalizante.⁴⁷

Assim, é dentro de uma ótica global, macroscópica, que o contrato de trabalho temporário deve ser questionado. E é preciso, de fato, que o questionemos, ainda que nos acusem - segundo o jargão da moda - de estarmos marchando *na contra-mão da História*. Aliás, talvez seja mesmo preciso buscar uma *outra História*, diferente da que tentam nos impor...

⁴⁶ Em sentido contrário (a nosso ver com razão) a corrente liderada por *Antônio Álvares da Silva*.

⁴⁷ Nesse sentido, é importante notar como a norma constitucional que prevê a redução de salários, via negociação coletiva, vem sendo elastecida pelos tribunais. Em geral argumenta-se mais ou menos assim: "se até o *salário* pode ser flexibilizado, por que não isso ou aquilo?"