

O ENUNCIADO N. 331/TST Terceirização x Locação de Mão-de-Obra

Euclides Alcides Rocha^(*)

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Brasil experimenta nos últimos anos um fenômeno que tem causado alguma perplexidade nos meios sociais e econômicos e que os agentes políticos e também os operadores do Direito encontram algumas dificuldades em analisá-lo e, em certa medida, até mesmo de enquadrá-lo na estrutura econômica e jurídica tradicional. Trata-se do *processo de terceirização* da economia ou, quem sabe mais apropriadamente, do fenômeno da *terciarização*.

Um rápido relance sobre a realidade **demográfica** do país demonstra a sensível e profunda transformação verificada nos últimos quarenta anos: até os anos 50 nossa população estava concentrada *no meio rural* e nas atividades agrícolas e extrativas, com menor presença nos centros urbanos e industriais. Dados estatísticos revelam que tínhamos aproximadamente 70% da população *no meio rural* e 30% nas cidades. Atualmente a equação se inverteu: temos mais de 70% da população *no meio urbano*, de modo que na atividade agrícola resta-nos um contingente populacional inferior a 30%.

Esses dados retratam, seguramente, a mais radical e espetacular transformação verificada na fisionomia e na estrutura sócio-econômica experimentada pela população do país, cujos efeitos e conseqüências, sob todos os ângulos, ainda não foram devida e profundamente estudadas e *tampouco* equacionadas.

O fenômeno e a mudança fisionômica não nos é particular ou exclusiva: o processo migratório interno repete-se em quase todo o mundo e está atrelado ao próprio desenvolvimento tecnológico.

A esse respeito refere o Prof. **Aríon Sayão Romita** a estudo publicado em 1935 pelo economista *Allen B. Fisher* (*The clash of progress and security*), sobre a evolução da população ativa em certo número de países: "Comparou a distribuição da população ativa desses países na mesma época, ou do mesmo país em diversas épocas, e observou um fenômeno comum a todos os países, no decorrer de seu desenvolvimento econômico: a *mão-de-obra* se desloca da agricultura para a indústria e, a seguir, da indústria para o comércio e os serviços. Em 1940, *Colin Clark* (*The conditions of economic progress*) retoma as idéias e a terminologia de Fisher, para facilitar as comparações internacionais; fala em setores primário, secundário e terciário, distinguindo, **no primeiro**: agricultura, caça, pesca e florestas; **no secundário**: indústrias de transformação, a construção, as obras públicas e o setor águas-eletricidade; o **setor terciário** seria integrado por todas as atividades que não

(*) Juiz do TRT da 9ª Região.

são primárias nem secundárias. São principalmente os serviços de distribuição (transportes, comércio), a administração pública e todas as atividades que não têm por objetivo elaborar uma produção física. *Colin Clark* observa que o desenvolvimento econômico em todos os países é acompanhado: 1. de importante diminuição dos efetivos do setor primário, tanto em valor absoluto quanto relativo; 2. de progresso, às vezes seguidas de estagnação, do setor secundário; 3. enfim, de rapidíssima expansão do setor terciário. Os fatores que determinam essa evolução são, basicamente, o progresso técnico e a evolução do consumo" (*in "Terceirização e o Direito do Trabalho"*, Rev. LTr, 56-03/273/274).

Não é diferente, pois, a realidade brasileira: tivemos uma maciça e compulsória transferência da população tradicionalmente dedicada à atividade rural para o meio urbano, onde concentrou-se, inicialmente, na atividade industrial ou secundária e gradativamente se espalhou para o setor terciário da economia: comércio, transportes e serviços.

2. A TERCEIRIZAÇÃO DA ECONOMIA

Deste modo, a terceirização ou terciarização não é um fenômeno particular à nossa realidade. É antes de tudo um processo evolutivo natural, comum a certos momentos ou estágios do desenvolvimento econômico de cada país. Terceirizar significa entregar a outras empresas ou a terceiros tudo o que não constitui atividade essencial de um negócio, seja ele industrial, agropecuário ou comercial.

A mais significativa e notória terceirização praticada entre nós, desde sua fase inicial, encontra-se na indústria automobilística, onde os denominados fabricantes são, na verdade, montadores de automóveis e veículos. Os variados e numerosos componentes, como todos sabemos, são fabricados por incontáveis pequenas, médias e grandes empresas que se especializam na produção de um ou alguns produtos. Não é diferente nos demais países industrializados: a expansão econômica da Itália, por exemplo, assenta-se, basicamente, na expansão e incremento da pequena indústria; nos Estados Unidos da América os grandes empreendimentos, principalmente na área tecnológica, contam com fabricantes de componentes específicos em vários cantos do mundo: Hong Kong, Coreia, China, Singapura, etc.

De tal forma, o moderno processo de industrialização e a economia, como um todo, caminham no sentido inverso do que se verificava na fase inicial da era industrial, em que a tendência era a da verticalização, concebida a empresa como um ente auto-suficiente e que organizava todas as fases do processo produtivo. Essa concepção clássica vem sendo gradativamente substituída pelo processo da horizontalidade, onde várias empresas ou empreendimentos menores se somam ou se aglutinam no processo produtivo.

Do ponto-de-vista jurídico, as relações de trabalho que se estabelecem entre a empresa envolvida no processo produtivo descentralizado ou terceirizado e seus empregados não oferece maiores dificuldades, nem controvérsias de alguma complexidade, porque, inequivocamente, o vínculo jurídico de emprego envolve o trabalhador e o imediato destinatário de seu trabalho. Podem ser questionados, em tais circunstâncias, aspectos outros, relacionados à pulverização da atividade sindical, à maior segurança patrimonial ou mesmo de condições de trabalho, mas é indiscutível que não se trata de uma relação triangular, em que se possa supor como beneficiário direto do trabalho a empresa adquirente dos bens produzidos.

3. SUBCONTRATAÇÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

Compreendido o processo de terceirização dentro da tendência universal de horizontalidade da produção de bens e serviços, e que vem desencadeando, mesmo entre nós, esse processo descentralizador, com o surgimento e o incentivo às franquias e até mesmo campanhas institucionais em favor da pequena e média empresa, não se pode confundir-lo com outra vertente, que às vezes se procura mesclar ou até mesmo denominar de “terceirização”, e que pertine à subcontratação de trabalhadores ou à locação de mão-de-obra.

Infelizmente, vez por outra surgem “arautos” da terceirização do trabalho humano, singularmente considerado, tentando induzir ou confundir este tipo de comércio com o processo de terciarização da economia. Empresas prestadoras de serviços sempre existiram entre nós e é absolutamente normal e até mesmo indispensável que se diversifiquem e apareçam em maior número, mas essa prestação de serviços se dirige a atividades especializadas e que têm um fim econômico e produtivo em si mesmo. Serviços de transporte, de contabilidade e escrituração, de manutenção de máquinas e equipamentos, de consertos, reformas e manutenção de móveis, utensílios domésticos, roupas, calçados, etc., além de inúmeras outras atividades exercidas por profissionais liberais, por autônomos, trabalhadores eventuais, advéncios e avulsos, artífices, pequenos e grandes empreiteiros, em que jamais se questionou a sua licitude e ausência de vínculo de emprego com o tomador de tais serviços.

Um flanco disseminador da locação de mão-de-obra, entendida esta como simples intermediação do trabalho humano, surgiu na década de 1970 em decorrência de dois fatores estreitamente vinculados entre si: o Brasil denunciou (1972) a Convenção n. 96 da OIT e em seguida legislou sobre o trabalho temporário (Lei 6.019, de 1974) e sobre vigilância nos estabelecimentos bancários (Lei 7.102, de 1983).

Enquanto vigorou entre nós a Convenção n. 96, o Decreto n. 62.756, de 22.05.68, deu-lhe cumprimento e admitia, apenas, a existência de agências de colocação, coordenadas e fiscalizadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra. Como define a norma internacional, a agência de colocação era reconhecida como aquela que, “com fins lucrativos, isto é, toda sociedade, instituição, escritório ou qualquer organização que sirva de intermediário para procurar um emprego para um trabalhador ou um trabalhador para um empregador, com o objetivo de obter de um ou de outro um benefício material direto ou indireto”. Portanto, o papel das agências de colocação era de simples intermediário na obtenção do emprego, isto é, colocavam em contato o interessado em trabalhar e o futuro empregador, saindo de cena tão logo estes estabeleçam entre si uma relação bilateral, geralmente de caráter permanente, como lembra EVARISTO DE MORAES FILHO *in* “Estudos de Direito do Trabalho”, LTr, 1971, pág. 127).

O que se constata, contudo, no rastro das Leis 6.019 e 7.102, é que sob a máscara ou o rótulo da antiga prestação de serviços (arts. 1216 e segs. do Cód. Civil) tende-se a institucionalizar a pura e simples intermediação do trabalho, transformado este em direto objeto do contrato triangular, capaz de, por si só, proporcionar vantagem econômica ou lucro para o intermediário ou agenciador. Tal modalidade de mercancia — não se deram conta alguns — significa retroceder a período anterior à própria legislação civil de 1916, porque nem mesmo no instituto precursor do contrato de trabalho entre nós, era permitida a cessão ou a locação do trabalhador: “*Nem o locatário, ainda que outra coisa tenha contratado, poderá transferir*

a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o locador, sem aprazimento do locatário, dar substituto, que os preste" (art.1.232).

A lei brasileira define o empregador como "a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços" (art.2º, CLT). Igualmente faz integrar ao conceito de empregado a prestação pessoal de serviços não eventuais a empregador, "sob a dependência deste" e mediante salário. Portanto, aquele que dirige a prestação dos serviços, pessoalmente ou através de prepostos, ou que tem a si subordinado o trabalhador, é o autêntico empregador, cabendo invocar a ilicitude, a fraude e o desvirtuamento da legislação trabalhista (art. 9º, da CLT), quando nesses contratos apelidados de "prestação de serviços" nada mais se faz do que colocar o empregado à disposição permanente do tomador, apropriando-se este direta e imediatamente do trabalho, sem que o intermediário ou "marchandeur", na realidade, aproprie-se do trabalho ou a ele acresça ou junte qualquer outro elemento produtivo ou de mínima intermediária ou notória especialização.

Para defender a existência e a licitude da atuação das empresas "prestadoras de serviços", que na realidade não prestam serviço algum, a não ser o de contratar, colocar o trabalhador à disposição permanente de um tomador, deixando-o subordinado ao comando jurídico deste, se tem apelado, inclusive, para a não repetição no texto constitucional de 1988 do princípio do art. 165, inciso V, da CF/69: *integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa*. Ora, a ordem econômica continua fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, destinada a assegurar a todos existência digna, fundada na justiça social (art.170, CF/88). O art. 7º, inciso XXXIV, assegura até mesmo "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso" que, como se sabe, não se vincula ao destinatário de seu trabalho por uma relação contratual de emprego. Como deixar de reconhecer, então, que o trabalhador permanente, integrado à atividade essencial do tomador, seja na atividade-fim ou na atividade-meio, tenha tratamento diferente em relação aos empregados diretamente admitidos. A mais-valia, então, tida esta como a diferença entre o que percebe o trabalhador e o quanto desembolsa o tomador por seus serviços, passa a ser o lucro ou o resultado da "marchandage".

Difícil, inglória e insustentável, "*concessa venia*", a tarefa daqueles que se colocam na defesa deste retrógrado e execrado instituto, que as nações de cultura e economia mais adiantada há muito baniram de seus sistemas jurídicos.

4. O ENUNCIADO 331/TST

Nos primeiros dias de 1994 (04.01) foi publicada a Resolução Administrativa do C. TST que aprovou o Enunciado da súmula de jurisprudência uniforme daquela Corte, de número 331, e que reescreve e amplia o anterior Enunciado n. 256.

Com base no texto do Enunciado 331 se tem afirmado "que o Tribunal Superior do Trabalho reviu e alterou consideravelmente a anterior orientação" (Revista LTr, 58, ago.94, pág.945).

Não nos parece que assim se possa entender, *data venia*. O novo verbete desmembrou o anterior e a novidade, substancialmente, situa-se apenas no item II, em que firmou-se o entendimento de que "a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos

da Administração Pública direta, indireta e fundacional (art.37, II, da Constituição da República)".

É bom lembrar que o Enunciado 256 prescrevia, expressamente, o seguinte:

"Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03.01.74 e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços".

Excepcionadas as contratações fundadas nas Leis ns. 6.019 e 7.102, reconhecia o C. TST que as demais contratações de trabalhadores permanentes, subordinados ao tomador, criavam com este o vínculo empregatício, sendo ilegal a intermediação da empresa interposta.

Agora, diz o enunciado, no item I, 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 (Lei 6.019, de 03.01.74)". Até aí nada de novo, porquanto se repete em ordem inversa o verbete anterior.

O item III, *data venia*, poderia muito bem ter sido omitido, porque no fundo não diz nada que já não se encontre no item I, ou que não se encontrasse no enunciado revisto. Aliás, explicitamente, pretendeu-se deixar evidenciado que também não formam vínculo de emprego com o tomador os serviços de conservação, limpeza e outros ligados à atividade-meio do tomador, *desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta*.

Ora, a regra não consegue desvencilhar-se do círculo vicioso em que se dobra, sendo despreciosa e inócua, no mínimo, pois em qualquer típica locação de serviços, das relacionadas no verbete ou não, destinada à atividade-meio ou à atividade-fim do tomador, se inexistentes a personalidade e a subordinação, não se poderia mesmo cogitar da formação de vínculo empregatício.

A inovação mais sensível ou expressiva é aquela prevista no item IV, segundo o qual "*o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*". Sem embargo à obviedade: não poderia o tomador constar do título executivo judicial sem ter participado da relação processual, a orientação expressa apenas a posição já consagrada na jurisprudência dos tribunais, inclusive do próprio E. Tribunal Superior do Trabalho. Substituiu-se a solidariedade passiva entre a locadora e o tomador, pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho, pela figura da "*responsabilidade subsidiária*".

O direito civil pátrio desconhece o instituto da responsabilidade subsidiária. Cuida, sim, da solidariedade ativa ou passiva, existente quando na mesma obrigação concorre mais de um credor (ativa), ou mais de um devedor (passiva), cada um com direito, ou obrigado à dívida toda (art. 896, parágrafo único, C.Civil). Responsabilidade subsidiária é instituto do Direito Comercial que é utilizado em algumas espécies de sociedades comerciais para caracterizar a responsabilidade acessória ou complementar do sócio, nos casos de liquidação ou insolvência da sociedade. É o que se dá, por exemplo, no art. 350: "Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais".

Ao substituir a tradicional solidariedade passiva entre o tomador e o intermediário da locação ilegal de serviços, quis o Enunciado em comento, inequivocamente, amenizar a posição jurídica do tomador que, subsidiariamente, só responde pela dívida quando esgotado o patrimônio ou a solvabilidade do "marchandeur". Mas, advirta-se, responde tanto o tomador privado quanto o ente público. As razões que determinam tal responsabilidade, de ordem social e jurídica, não autorizam haja seja semelhante diferenciação de tratamento. A culpa *in eligendo*, que se encontra na base de tal responsabilidade, não é menor nem diferente quando se trate de contratante público.

Uma observação final se impõe: inspirado ou premido pela norma do art. 37, inciso II, da Constituição, fixou o C. TST que "a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional". Convenhamos que assim seja, em nome da moralidade e da legalidade de que devem necessariamente estar revestidos os atos de contratação de servidores públicos. Mas é preciso ter presente, antes e acima de tudo, que o preceito se dirige essencialmente ao administrador público, vinculando-o incontornavelmente. A contratação irregular do trabalhador pelo órgão público, de qualquer esfera, exige providências penais, civis e administrativas, incumbindo ao Juiz, ao reconhecer a ilegalidade de atos pertinentes à contratação de servidores com ofensa ao mencionado artigo 37, encaminhar e representar a correspondente denúncia junto aos órgãos competentes para apurar e punir tais irregularidades.

Penso caber aqui e em conclusão a lúcida e oportuna advertência do Prof. José Martins Catharino:

"O Estado, em evolução democrática, está integrado e sujeito à ordem jurídica, autônoma e heterônoma; "the States is subject of the Law". Se legisla para proteger os trabalhadores, obediente ao princípio da igualdade jurídica, tratando sujeitos desigualmente na medida em que se desigualem, ele próprio, para preservar normalmente sua autoridade, deve autolimitar seu poder de império, sujeitando-se à ordem jurídica, da qual é o principal agente. Não deve conceder privilégios a si próprio, fazendo e agindo em sentido contrário ou diverso do exigido pela "ordem pública", ou pelo "interesse público", atendidos, uma e outro, pela legislação imperativa ou cogente do trabalho, destinada a proteger o trabalhador, por definição, pessoa humana economicamente fraca. O Estado não agir como exige que os particulares ajam é imoral e juridicamente subversivo" (in "Coletânea de Direito do Trabalho", LTr, 1975, pág. 91).