

TERCEIRIZAÇÃO: NORMATIZAÇÃO – QUESTIONAMENTOS

Vantuil Abdala*

I – NORMATIZAÇÃO

Todos sofrem as conseqüências da total ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados: os trabalhadores, porque vítimas das fraudes por parte de prestadoras de serviço inidôneas; as prestadoras de serviços idôneas, pelas conseqüências à imagem negativa da sua atividade e, ainda, pela concorrência predatória; as tomadoras de serviços de boa-fé, pela indefinição e insegurança jurídicas; e, por fim, o próprio Estado, vítima não só como tomador de serviços, mas, também, como arrecadador do que lhe é devido por contribuições fiscais e previdenciárias. Some-se a isso a questão grave relativa à saúde e à segurança na prestação de serviços terceirizados.

Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: a terceirização não vai acabar. Ninguém, razoavelmente, imagina uma economia saudável no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de serviços determinados fosse impossibilitada. Estamos, pois, diante da advertência de George Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”.

E, de fato, a realidade tem se vingado por essa anomia. Basta verificar que, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), existem 9259 processos em que o trabalhador cobra do tomador de serviços os direitos que não conseguiu receber da prestadora.

Se considerarmos que chegam à Corte Superior trabalhista menos de dez por cento de todas as ações ajuizadas por empregados no país, podemos ter uma idéia da dimensão da insegurança jurídica e da litigiosidade que tem gerado a ausência de regulamentação desse tipo de contratação.

* *Ministro Decano; Ex-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho; Presidente da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos; Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).*

É necessário que se estabeleçam requisitos para a criação e o funcionamento de empresas de prestação de serviços a terceiros, a delimitação do objeto do contrato e a forma de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte destas.

Precisam ser definidos a extensão e o grau da responsabilidade do tomador de serviços quanto ao direito dos empregados da empresa prestadora, quando ela não tem idoneidade econômico-financeira para suportar os respectivos encargos.

As questões relativas às condições de segurança, higiene e salubridade no ambiente de trabalho merecem especial atenção, até por respeito à dignidade do trabalhador. Atento a esse princípio fundamental, e, ainda, ao princípio da isonomia, preocupa a situação em que o trabalhador terceirizado executa os mesmos serviços que o empregado da empresa tomadora, mas em condições inferiores.

Igualmente, na área estatal, impõe-se a regulamentação desse tipo de contratação, cada vez mais utilizada e deturpada, até como fraude ao mandamento constitucional da admissão no serviço público mediante concurso.

Não é demais considerar, ainda, a hipótese da utilização do contrato com empresa de prestação de serviços na área pública para interesses outros, nem sempre confessáveis, como o nepotismo, e até para sub-reptícia fonte de arrecadação de fundos de campanha eleitoral.

Juntem-se a isso as questões atinentes a dano moral, discriminação, assédio sexual e pontificação da responsabilidade, tudo a justificar a urgente normatização do instituto.

O Direito do Trabalho, nas palavras de Rafael Caldera, “não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são efeitos do trabalho. Sua grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo de invenções que, a cada instante, nos apresenta novas maravilhas com o destino próprio de seus resultados, que deve ser não o de enriquecer unicamente uma minoria de inventores, mas o de gerar empregos que possam atender aos demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor”.

Não se pode marchar indiferente na contramão da história. A normatização, como expressão do direito, deve se adequar aos novos fatos da vida social, sob o imperativo do resguardo da dignidade do trabalhador, é verdade, mas compatibilizando-se com o econômico legítimo, pois ambos deságuam no mesmo estuário do bem comum.

II – QUESTIONAMENTOS

À ausência de norma, contrapõe-se apenas a existência da Súmula nº 331 desta Corte, de cuja elaboração participei em 1994. É isto mesmo, 1994! E tudo se passa e nada se faz, por quase três lustros, não tão lustrosos, nessa área.

Atacado pelos dois francos, nem sempre francamente. É verdade, há aqueles bem intencionados que, por uma ideologia romântica, para não dizer quixotesca, defendem simplesmente a extinção dela, a terceirização.

Outros têm uma posição não tão pura, pois motivada por espaço de poder e por interesse econômico.

D’outra banda, há aqueles que preferem norma alguma, a facilitar fraudes e precarização de direitos, impunemente.

Evidência disso são duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Súmula nº 331 em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

a) Constitucionalidade do item III da Súmula nº 331

Uma das ações referidas ataca o reconhecimento da relação de emprego com o tomador de serviço quando existente a pessoalidade e a subordinação direta a este.

Convém lembrar-se que, segundo nossa legislação, empregador é a empresa que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (CLT, art. 2º). E, por sua vez, empregado é aquele que presta serviços não eventuais a outrem, mediante salário e subordinação (CLT, art. 3º).

Havendo a prestação de serviços naquelas circunstâncias por parte do obreiro à empresa, configurada está a relação de emprego, e, portanto, o contrato de trabalho (CLT, art. 442), que autoriza a incidência de toda a legislação laboral sobre essa relação.

E, em virtude da imperatividade das normas trabalhistas, decorrente da sua natureza de ordem pública, aquela incidência se dará, ainda que não acordada expressamente, ainda que não pretendida pelas partes, pois que inderrogáveis e irrenunciáveis aquelas.

Por isso é que o art. 9º da CLT decreta a nulidade de pleno direito dos “atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Por sua vez, a Constituição Federal estipula que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos a

existência digna, conforme os ditames da justiça social que têm como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social (arts. 170 e 193).

Mas, também, porque o próprio art. 170 da Lei Maior dispõe que a ordem econômica se funda na livre iniciativa e assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, especificamente no item III da Súmula em referência consagrou-se que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Buscou-se, pois, admitir a subcontratação sem afrontar os arts. 2º e 3º da CLT, que definem a relação de emprego, nem seu art. 9º, que acoima de nulos os atos que objetivem impedir a aplicação da legislação laboral, bem como os preceitos da Carta Magna que evocam os objetivos de justiça social e da existência digna de todos.

Mesmo porque, como ponderam Lyon-Caen e Maillard, o direito do trabalho não pode prescindir da conceituação de seus sujeitos – o empregado e o empregador – nem lhe é dado desvencilhar-se do objetivo de estabelecer um estatuto compatibilizado com a proteção da pessoa do obreiro.

Assim, não é sempre e em qualquer circunstância que se tem como legítimo o contrato de prestação de serviços para serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa. Foi para se coibir a terceirização generalizada e fraudulenta que, em primeiro lugar, se referiu a serviços especializados. Significa isso que a prestadora de serviços tem que ser empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha capacitação e organização para a realização do serviço a que se propõe. Ou seja, não é uma empresa simplesmente de locação de mão-de-obra, mas sim, efetivamente, uma empresa especializada na execução de determinado serviço.

Dessa maneira, não será lícito o contrato com uma empresa para a prestação de serviços de natureza diversa de seu objetivo social, do qual ela não tem nenhuma especialização. Faltaria, aí, a razão maior e primeira que legitima a subcontratação, qual seja, o incremento da qualidade, e a prestadora seria apenas mera intermediária de mão-de-obra. Serviço especializado exige, naturalmente, empresa especializada.

Mas, além disso, estabeleceu-se que esses serviços devem estar ligados à atividade-meio do tomador, ou seja, serviços de apoio ou complementares aos de sua finalidade.

D O U T R I N A

É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e, muitas vezes, se estaria diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra.

Quando tal fato ocorrer, e a matéria for levada a juízo, caberá ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fa-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais legítimas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos.

Embora assim seja, não deixa de ser útil a exemplificação de atividades que normalmente têm sido terceirizadas e aceitas como passíveis de tal, legitimamente: serviços de conservação e limpeza, serviços internos de segurança, preparo de alimentos para fornecimento aos empregados, auditoria, execução de serviços de contabilidade, assistência médica, assistência jurídica, manutenção de máquinas, de elevadores, de equipamento de informática, etc., distribuição de grandes volumes de correspondência, treinamento, digitação, transporte, serviços de mensageiro, serviços de distribuição, propaganda, seleção de pessoal, creche...

Cabe advertir que, em situações dúbias, a circunstância de a tomadora ter empregados permanentes exercendo as mesmas funções que os terceirizados é forte elemento de convicção para o juiz não admitir como legítima a subcontratação.

Também, conforme o caso, terá pertinência o critério proposto por Henry Blaise, na revista *Droit Social*, n. 5, maio de 1990, que se funda na natureza da prestação fornecida. E exemplifica: lícita será a hipótese do caso do motorista colocado à disposição de empresa petrolífera, com o guindaste acoplado ao veículo que ele mesmo opera para remover sondas e equipamentos pesados em geral. Esse *plus* material, associado a uma formação técnica específica, justifica o fornecimento da mão-de-obra.

Lembra-se, ainda, outro critério que consiste no modo da contraprestação devida à prestadora de serviços. Se aquela é estabelecida à base de “homem-hora” que executa serviço na tomadora, é forte indício de ilegitimidade.

Por outro lado, ainda que a prestação de serviços ocorra em atividade-meio, é indispensável que não haja a pessoalidade e a subordinação jurídica entre o obreiro que presta serviços e a tomadora de serviços.

Isso porque, quando se está realmente diante de um contrato de prestação de serviços, o que interessa ao tomador é pura e simplesmente o resultado do trabalho, e não quem, como e quando o executa.

Mas se, ao contrário, o tomador de serviços exige que quem vai executar os trabalhos sejam sempre pessoas certas e determinadas, e comanda, e dirige, e fiscaliza a realização dos serviços, se descaracteriza o contrato de prestação de serviços, para emergir, claramente, o vínculo de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços. É que aí, nessa relação, se verifica a presença de todos os elementos da definição de empregador e de empregado, e, portanto, a relação de emprego.

Não há, pois, inconstitucionalidade alguma na Súmula sob este aspecto, a não ser que se revoguem os arts. 2º e 3º da CLT e se desconsiderem todos os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador.

b) Constitucionalidade da responsabilidade subsidiária de ente público

A outra ação de inconstitucionalidade ataca a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, ente público.

Esta Corte sempre entendeu haver a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto aos débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para a prestação de serviços, quando essa, em virtude de sua inidoneidade financeira, não é capaz de satisfazer os direitos dos trabalhadores.

E essa responsabilidade subsidiária existe igualmente para a Administração Pública, quando contrata a prestação de serviços, apesar do disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Tanto assim é que veio a tornar-se explícito no item IV da Súmula nº 331 desta Corte que “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 8.666/93)”.

A jurisprudência assim se cristalizou por diversas razões.

A primeira delas é que a Lei nº 8.666/93 assegura à Administração Pública uma série de cautelas para se evitar a contratação de empresa inidônea e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços.

D O U T R I N A

Atente-se para os seguintes dispositivos da referida lei, *verbis*:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

III – qualificação econômico-financeira;

(...)

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, (...);

(...)

§ 1º A exigência de indicadores limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

(...)

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao processo licitatório.”

Além disso, está a Administração Pública autorizada a exigir a prestação de garantia nesse tipo de contratação por meio de caução em dinheiro ou mesmo de fiança bancária, tal como previsto no § 1º do art. 56 desta Lei.

DOUTRINA

Ora, se a Administração Pública observa todas essas prescrições da lei, não correrá o risco de contratar uma empresa inidônea.

Se, no entanto, assim não age, emerge clara a “*culpa in eligendo* da Administração Pública”.

Mas há mais. O art. 58 deste mesmo diploma legal outorga à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, e o art. 67 seguinte estabelece que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração.

Então, pode e deve a Administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, por intermédio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS, de obrigações fiscais, etc.

Aqui, pontifica-se a *culpa in vigilando* da Administração Pública ao omitir-se nesta fiscalização. Isso tanto mais se agrava, quanto se considere o elevado número de ações trabalhistas contra empresas de prestação de serviços e de execuções frustradas, porque nem pagam espontaneamente nem são encontrados bens delas capazes de satisfazer o valor da condenação.

Essas empresas, muitas vezes, se constituem e desaparecem como por milagre, sem deixar rastros. É que para a constituição de uma empresa de prestação de serviços basta a elaboração de um contrato social, muitas vezes tendo como sócios meros “testas-de-ferro”, sem nenhum bem material a compô-la e com capital social irrisório.

O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do país. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isso evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem mesmo visando ao lucro fácil e imediato à custa de direitos dos trabalhadores, geralmente indispensáveis a sua própria sobrevivência.

Ademais, não se pode olvidar que a própria Constituição Federal estabelece o princípio da responsabilidade objetiva das pessoas de direito público em relação aos danos causados por seus agentes, *verbis*:

DOUTRINA

“Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra a responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Por outro lado, está consagrado, também, em nossa Lei Maior que “a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Bem, pois, seria de se considerar inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 se se entendesse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse *culpa in eligendo* e *in vigilando* na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços.

Assim, bem se pode concluir que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 se refere à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores por intermédio da contratação de uma empresa inidônea em termos econômico-financeiros, e que, ainda, se omite em bem fiscalizar.

Não há, pois, aqui, também, nenhuma inconstitucionalidade, mas, antes, jurisprudência salutar e moralizadora, conforme o ordenamento jurídico-trabalhista e os princípios constitucionais de valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana e do trabalhador.