

ASPECTOS JURÍDICOS ATUAIS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

Alexandre Agra Belmonte*

1 – NOÇÕES INICIAIS

Terceirização significa a intermediação do trabalho utilizado no desenvolvimento de uma atividade empresarial.

A denominação “terceirização” decorre da utilização de um terceiro situado entre o trabalhador e a empresa tomadora, contratado para a prestação de um serviço relacionado à cadeia produtiva, o que provoca a formação de uma relação trilateral.

Como a terceirização é suscetível de afastar o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e os trabalhadores arrematados pela empresa prestadora para a realização do objeto do contrato de prestação de serviços, torna-se necessário traçar limites que possam assegurar a livre iniciativa, mas, ao mesmo tempo, valorizar o trabalho e assegurar a dignidade do trabalhador.

Este artigo tem por finalidade exatamente investigar os limites já traçados pela lei, doutrina e jurisprudência e sua adequação aos novos tempos.

2 – CASOS EXEMPLIFICATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A lei prevê alguns casos de terceirização: vigilância bancária (Lei nº 7.102/83), trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), subempreitada (art. 455, CLT) e serviços de telecomunicação (Lei nº 9.472/97, art. 94).

Outros casos de terceirização podem, no entanto, ser apontados: assistência jurídica, transporte e propaganda, seleção e treinamento de pessoal, auditoria e contabilidade, elaboração de *software* para empresa de outro ramo,

* Desembargador do TRT da 1ª Região; Doutor em Direito; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

locação de equipamentos e máquinas com operadores, manutenção de máquinas, elevadores e equipamentos, limpeza e vigilância.

3 – EXCEÇÕES À CARACTERIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização não deve ser confundida com o repasse do direito de exploração de certa atividade (por exemplo, a franquia), 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).

4 – HIPÓTESES DE INTERMEDIÇÃO DA MÃO-DE-OBRA E LIMITES

Em tese, a intermediação da mão-de-obra é passível de ocorrer:

- a) em atividade-fim, assim entendida a essencial ao desenvolvimento de uma atividade empresarial (por exemplo, no trabalho temporário da Lei nº 6.019/74), e em atividade secundária, significando a que é desenvolvida como meio, apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal (como ocorre no transporte, limpeza, vigilância, assistência médica e manutenção de máquinas);
- b) de forma temporária (caso do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74) e permanente (casos da vigilância bancária e serviços de limpeza);
- c) na atividade pública e na atividade privada.

Assim, diante das várias possibilidades de intermediação e do risco de precarização das condições de trabalho, a jurisprudência trabalhista editou, em 1986, o então Enunciado nº 256 de sua Súmula de Jurisprudência, restritiva da terceirização, nos seguintes termos:

“Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 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.”

Atento, no entanto, às transformações econômicas e às práticas sociais, em 1993 o Tribunal Superior do Trabalho passou a admitir a terceirização por meio da Súmula nº 331, observados os seguintes parâmetros, *verbis*:

D O U T R I N A

“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 03.01.74).

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/88).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), 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, 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 21.06.93).”

Por conseqüência, para a jurisprudência trabalhista, terceirização significa a intermediação do trabalho por pessoa física ou jurídica contratada pelo final tomador de serviços, na exploração de parte não essencial ou principal de uma atividade empresarial, exceto nos casos especificados e autorizados por lei.

Enfim, na terceirização autorizada pela jurisprudência, uma empresa contrata pessoa física ou jurídica para a prestação de um serviço não correspondente à sua atividade-fim (a não ser nas hipóteses admitidas por lei, a exemplo do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74) e o contratado é quem utiliza, subordina e remunera, embora direcionando o trabalho em proveito final da empresa contratante, o trabalhador intermediado, respondendo a empresa tomadora, subsidiariamente, pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.

Aí se encontram, em linhas gerais, os limites e efeitos da utilização intermediada do trabalho, que constituem os pressupostos da terceirização lícita.

5 – PRESSUPOSTOS DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A licitude da terceirização está, portanto, condicionada: a) salvo nos casos permitidos em lei, à transferência de parcela secundária da atividade

desenvolvida pelo tomador final; e b) que o trabalhador mantenha laços trabalhistas diretamente com a entidade interveniente, sem interferência do tomador final.

Com efeito, exceto nos casos em que a própria lei admite a terceirização na atividade-fim (a exemplo do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, da subempregada do art. 455 da CLT e dos serviços de telecomunicação da Lei nº 9.472/97, art. 94), a licitude da intermediação fica adstrita às atividades-meio, ou seja, as referentes a apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal.

De qualquer sorte, mesmo na terceirização de atividade-fim permitida por lei, deverá verificar-se, para a sua licitude, a ausência de subordinação entre o empregado da empresa intermediadora e o tomador final. Cabe à empresa intermediadora da mão-de-obra dirigir e fiscalizar a prestação de serviços de seus empregados à tomadora, exercendo o poder de comando próprio de sua autonomia.

Como corolário, será ilícita ou ineficaz a terceirização que diz respeito ao próprio negócio desenvolvido pela empresa ou quando a empresa terceirizante se utiliza de uma empresa interposta para mascarar o vínculo direto com os trabalhadores.

A terceirização ilícita, assim entendida a que não atende aos pressupostos acima destacados, importará na formação de vínculo direto com o tomador final de serviços, além da solidariedade entre as empresas contratante e contratada quanto aos direitos trabalhistas.

Observe-se, no entanto, que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego diretamente com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, porque corresponderia ao ingresso, nessas entidades, sem concurso público. O que não afasta a responsabilidade subsidiária da administração.

6 – EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

São efeitos da terceirização lícita, assim entendida a que atende aos pressupostos antes destacados:

- a) a exclusão do vínculo de emprego com o tomador final;
- b) a isonomia de remuneração em relação ao pessoal do tomador final (analogia do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74); e

- c) a responsabilização subsidiária do tomador final pelo descumprimento das obrigações do terceiro em relação aos seus empregados (simples inadimplemento).

7 – FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA

A responsabilização subsidiária do tomador final decorre de interpretação analógica dos arts. 16 da Lei nº 6.019/74 e 455 da CLT, com base nos princípios da proteção do trabalhador, do risco empresarial e da efetividade e preferência no recebimento dos créditos trabalhistas, consubstanciados nos arts. 2º, *caput*, da CLT e 100 da CRFB.

Realmente, se o novo paradigma de cumulação do capital privilegia a descentralização produtiva, fragmentando o desenvolvimento da atividade como um todo e concretizando-a por meio da terceirização, impõe-se que o tomador final, que se beneficia do trabalho da terceirizada, responda pelo cumprimento dos créditos devidos pelo tomador direto. A teoria do risco empresarial, consubstanciada nos arts. 2º, *caput*, da CLT e 927 do Código Civil, gera assim a garantia legal do tomador final pelos créditos inadimplidos em relação ao trabalhador utilizado no desenvolvimento da atividade, responsabilidade essa que é objetiva, decorrente do fato da contratação da empresa intermediária da mão-de-obra.

Em processo julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, RO 326-2004-010-01-00.0, conforme acórdão publicado em 09.03.07, em que se discutia a responsabilização subsidiária decorrente de terceirização na atividade privada e a ausência de culpa do tomador final de serviços, decidiu-se que:

“(...) a hipótese é de responsabilidade objetiva do tomador de serviços, porquanto ele responde independentemente de *culpa in eligendo* e/ou *in vigilando*. A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços nas hipóteses de terceirização tem o escopo de garantir maior solvabilidade do crédito do empregado, de caráter alimentar. Afinal, o tomador de serviços é o grande beneficiário do trabalho do empregado da terceirizada. Se usufrui dos benefícios do trabalho para sua atividade econômica, há que assumir os riscos dela inerentes, a exemplo do que ocorre com o empregador (art. 2º da CLT).

Ao contrário da responsabilidade solidária própria, aplicável aos casos de grupo econômico e atos ilícitos, diz-se que a responsabilidade é subsidiária quando quem responde não é o devedor originário, e sim um terceiro obrigado pelo fato do inadimplemento daquele.

D O U T R I N A

No Direito do Trabalho, o crédito do trabalhador é protegido contra os riscos do inadimplemento, com fundamento no princípio da solvabilidade, decorrente da proteção conferida ao hipossuficiente.

Essa proteção está estampada na lei, a exemplo dos arts. 455 da CLT e 16 da Lei nº 6.019/74, que não deixam dúvidas de que o tomador final de serviços responde objetivamente pelo fato do inadimplemento do prestador em relação aos trabalhadores que contrata.

Até no serviço público este princípio vem sendo observado, haja vista a interpretação preconizada pela Súmula nº 331, que afasta a responsabilidade com culpa do Estado em relação às empresas prestadoras de serviços contratadas, para deferir a responsabilidade objetiva, que com mais razão deve ser a observada na iniciativa privada.

A interpretação analógica a estes dispositivos legais (art. 455 da CLT e art. 16 da Lei nº 6.019/74) para as hipóteses de terceirização é necessária para adequar a lei à realidade contemporânea, pois se o novo paradigma de cumulação do capital privilegia a descentralização produtiva, que se concretiza através da terceirização, impõe-se exegese que atualize as normas de 1943 de modo a tutelar as novas relações jurídicas, e solucionar novos conflitos daí decorrentes. Evidencia-se, portanto, a situação análoga, pois o tomador de serviços também se beneficia do trabalho do empregado da terceirizada.

A teoria do risco, consubstanciada nos arts. 2º, *caput*, da CLT e 927 do Código Civil, gera como um de seus efeitos a obrigação do tomador final ficar objetivamente responsável pelo inadimplemento dos créditos do trabalhador, como decorrência do fato da contratação de empresa prestadora de serviços para intermediar a mão-de-obra.

A responsabilização fundada na culpa, além de inaplicável, seria uma porta aberta para a fraude ao cumprimento do já referido princípio trabalhista, porque permitiria a discussão da existência ou inexistência de *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, cuja aplicação vem sendo afastada pelo TST, até mesmo nas intermediações da qual o Estado participa como tomador final (vide Súmula nº 331, IV, do TST).

Aplico, de forma analógica, o art. 455 da CLT, c/c parágrafo único do art. 927, CC, para concluir pela responsabilidade objetiva do tomador de serviços. Nego provimento.”

Questão também interessante diz respeito ao fundamento jurídico e ao pedido, em se tratando de processo em que se discute a subsidiariedade.

D O U T R I N A

No RO 297-2004-011-01-00-3, julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, conforme acórdão unânime publicado em 22.08.07, a autora alegou ter sido contratada por uma empresa de recursos humanos para prestar serviço final a uma outra. A primeira delas deixou de implementar as obrigações trabalhistas, vindo, finalmente, a desaparecer.

A reclamante então ajuizou reclamação trabalhista em face das duas empresas, expondo os fatos e postulando a condenação de ambas ao pagamento dos haveres contratuais e parcelas resilitórias.

O juízo de 1º grau, entendendo ter inexistido pedido de condenação subsidiária quanto à segunda empresa, a tomadora final, a excluiu da lide na própria sentença em que condenou a primeira empresa, a tomadora interposta.

As duas empresas foram tidas por revéis, eis que não atenderam à citação.

Ora, a revelia fez presumir verdadeiras as alegações da autora, de que trabalhava para a tomadora final de forma interposta.

O *fato* da união entre as empresas em torno da utilização do trabalho remunerado leva ao *fundamento jurídico*, que é a subsidiariedade, e ambos, somados, ao pedido de condenação ao pagamento das parcelas vindicadas. Logo, a condenação postulada tinha por fundamento a subsidiariedade, que não é pedido, e sim causa de pedir. E na Justiça do Trabalho, ao contrário da Justiça Comum (art. 282 do CPC), basta a exposição do fato (art. 840, § 1º, da CLT) para que o juiz conceda, com base no direito ou fundamento jurídico (responsabilização subsidiária), o pedido, que foi efetivamente feito, de pagamento das parcelas decorrentes desse direito. A sentença foi reformada.

7.1 – Limitação da responsabilidade na substituição de empresas

A responsabilidade da tomadora pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores da prestadora de serviços fica limitada às obrigações trabalhistas relativas ao período do contrato de terceirização.

7.2 – Limitação da responsabilidade em caso de danos não patrimoniais

Nas terceirizações lícitas, em que a empresa contratada não é mera *longa manus* de outra, a tomadora não responde pelos danos pessoais acaso infligidos ao trabalhador, como ofensas à honra e assédio moral. A responsabilidade a que alude a lei e a jurisprudência são de natureza patrimonial.

Evidentemente, a empresa tomadora também não responde pela assinatura da CTPS do trabalhador, posto que não é sua empregadora, embora

responda, em face da omissão da CLT e por força da aplicação analógica do art. 16 da Lei nº 6.019/74, pelos recolhimentos previdenciários referentes ao período de vigência da prestação de serviços frente à duração do contrato de terceirização.

7.3 – Extensão de direitos: isonomia com os trabalhadores da tomadora. Normas individuais e coletivas

Frente à omissão da CLT, por analogia ao art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74 (do trabalho temporário), *c/c* 8º, *caput*, da CLT, e como decorrência do aproveitamento final da mão-de-obra para a atividade da empresa tomadora, aos trabalhadores da terceirizada devem ser estendidos os direitos pertinentes à categoria econômica principal da tomadora.

A solução dada pela lei no caso do trabalho temporário deve ser a mesma das demais hipóteses de terceirização, quer para evitar-se a precarização e discriminação do trabalho, quer pela submissão dos trabalhadores terceirizados às mesmas condições de trabalho decorrentes da atividade econômica principal da empresa tomadora.

8 – A TERCEIRIZAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

A descentralização da atividade produtiva é um fenômeno mundial. Nesta perspectiva, vale mencionar, a título de comparação, a experiência normativa de outros países.

A Espanha atribui responsabilidade solidária a todas as empresas integrantes da cadeia produtiva e estende aos trabalhadores das terceirizadas os mesmos direitos dos trabalhadores inseridos na empresa tomadora (art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores), pelo que, em princípio, torna-se desimportante a distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

A França proíbe a terceirização, exceto no trabalho temporário (art. 125-3 do Código do Trabalho francês).

A Colômbia permite a terceirização nos mesmos termos da jurisprudência brasileira (art. 34 do Código do Trabalho).

9 – O ANTEPROJETO DE LEI DE TERCEIRIZAÇÃO DO MTB

Está em discussão projeto dispondo sobre a contratação de serviços de terceirizados por pessoas de natureza jurídica de direito privado.

O anteprojeto considera pessoa jurídica especializada aquela que possua conhecimento específico e utilize profissionais qualificados para a consecução de sua atividade (art. 1º).

Exige, para a validade da terceirização, a existência de contrato de prestação de serviços terceirizados com cláusulas que disponham sobre a especificação dos serviços a serem executados, o prazo de vigência de, no máximo, cinco anos, a comprovação, pela contratada à contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas relativas aos empregados que participarem da execução dos serviços, que devem ser individualmente identificados, e ainda o monitoramento do contrato pela contratante, em conformidade com o regulamento previsto no art. 12 e a resolução do contrato, quando identificado o inadimplemento das obrigações trabalhistas (art. 2º).

Imputa nula, de pleno direito, a cláusula contratual que proíba ou imponha condição à contratação de empregados da contratada pela contratante.

O anteprojeto considera a contratante solidariamente responsável pelas obrigações e deveres trabalhistas durante o período e nos limites da execução do serviço contratado, inclusive se houver subcontratação de serviços (art. 5º), admitindo a responsabilidade subsidiária se a contratante comprovar que na celebração e durante a vigência do contrato cumpriu o disposto nos arts. 2º, 3º e 7º.

Deixa claro que a imputação de responsabilidade solidária ou subsidiária refere-se ao pagamento de direitos e cumprimento de obrigações trabalhistas, sem gerar vínculo empregatício entre a contratante e o empregado da contratada (§ 2º do art. 5º).

Admite a quarteirização (art. 6º), ou seja, a subcontratação da realização de parte de serviços terceirizados, desde que previsto no contrato originário firmado com a contratante.

Por fim, assegura aos empregados da empresa contratada os direitos instituídos em convenção coletiva celebrada pelo sindicato representativo da categoria profissional respectiva.

Destaco a relevância da iniciativa de busca da regulação da prática social, cujos pressupostos para a formação válida foram amadurecidos pela reflexão da jurisprudência.

A proposta foi apresentada pelo Ministério do Trabalho após um ano de debates e reuniões com representantes de trabalhadores e empregadores e divulgado no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho no dia 13.11.08. Ficou aberta a sugestões até 23.11.08, na promoção de um diálogo social de um tema

que interessa aos trabalhadores, na busca de um tratamento digno, e aos empregadores, prejudicados pela concorrência de empresas irregulares, exploradoras da mão-de-obra, e ainda aos consumidores da produção e/ou dos serviços, para quem, além da qualidade, importa manter um padrão civilizatório decente, incompatível com a concorrência selvagem de um mercado sem regras.

10 – AS VÁRIAS HIPÓTESES DA TERCEIRIZAÇÃO

10.1 – Trabalho temporário

Regulado pela Lei nº 6.019/74, trabalhador temporário é o trabalhador contratado, mediante intermediação por empresa prestadora de mão-de-obra temporária, para o atendimento de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de serviço (art. 2º, Lei nº 6.019/74).

O trabalhador temporário não é empregado da empresa tomadora e nem da intermediária, mas a lei determina a anotação, na CTPS, de sua condição de temporário (art. 9º do Decreto nº 73.841/74) e lhe atribui, por extensão, direitos trabalhistas.

O trabalho temporário da Lei nº 6.019/74 distingue-se do contrato por prazo determinado previsto no art. 443 da CLT. Neste, o trabalhador é empregado e trabalha, sem intermediação, para a realização de serviço de natureza transitória, para o atendimento de atividade empresarial de caráter transitório, ou então em caráter experimental. Naquele, trabalha de forma intermediada por empresa fornecedora de mão-de-obra temporária, para suprir a ausência de pessoal regular ou extraordinária demanda de serviço do tomador final.

O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito, dele constando o motivo justificador da demanda de trabalho temporário (art. 9º da Lei nº 6.019/74).

O trabalho temporário para um mesmo tomador tem a duração máxima de três meses, podendo, todavia, na condição de temporário, ser intermediado pela mesma empresa sucessivas vezes para tomadores distintos (art. 10).

O desatendimento aos requisitos previstos em lei para a configuração do trabalho temporário leva à formação de contrato de emprego. Assim também se a prestação de serviços exceder o prazo legal.

Aos trabalhadores temporários são assegurados, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.019/74: a) remuneração equivalente à dos empregados da mesma

categoria da empresa tomadora; b) jornada máxima diária de 8 horas, mas com respeito à aplicável para o empregado que prestar serviço igual ou equivalente ou para os empregados da mesma categoria na empresa tomadora; c) adicional de horas extras de 50%; d) férias proporcionais de 1/12 por mês de serviço ou fração superior a 15 dias, acrescidas de 1/3, salvo dispensa por justa causa; e) repouso semanal remunerado; f) adicional noturno de 20%; g) FGTS em substituição à inicialmente prevista indenização por dispensa sem justa causa ou término do contrato, correspondente a 1/12 do salário por mês de serviço (Instrução Normativa nº 9 da SNT do MTPS); h) registro da condição de temporário na CTPS; i) seguro contra acidente do trabalho; j) proteção previdenciária.

O art. 12, *a*, impõe, na verdade, a isonomia de tratamento entre os trabalhadores temporários e os empregados da mesma categoria da empresa tomadora.

O aviso prévio é incompatível com o contrato de trabalho, que pressupõe a ciência antecipada da data prevista para a sua terminação.

A lei não prevê o pagamento de gratificação natalina, mas a jurisprudência, com base no art. 2º, CLT, art. 100, CRFB, e analogia do art. 455 da CLT, *c/c* 8º, *caput*, da CLT, interpreta a ampliação da responsabilização a todas as parcelas.

Nos termos do art. 13 da Lei, constituem justa causa para a resolução do contrato de trabalho temporário as hipóteses previstas nos arts. 482 e 483 da CLT.

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, assim como pela remuneração e indenização previstas em lei (art. 16). O dispositivo deve ser interpretado de forma a se considerar subsidiária a responsabilidade ali prevista, mas incluindo, além da falência, o mero fato do inadimplemento das parcelas, desde que o tomador final tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (vide Súmula nº 331, IV, TST).

10.2 – Responsabilidade do Estado

A Súmula nº 331 do TST atribui aos tomadores finais de serviços a responsabilidade subsidiária pelos créditos contraídos pelos terceiros. Não excepciona o Estado, mas apenas a responsabilidade pelo estabelecimento do vínculo empregatício do trabalhador com o Estado.

DOUTRINA

Ora, o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666 (Lei de Licitações), de 21.06.93, estabelece um privilégio que fere a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, constitucionalmente prevista (art. 37, § 6º, CRFB), pelo que é inaplicável aos créditos trabalhistas.

Mesmo que se entenda que a hipótese não é de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, a má escolha da empresa intermediária caracterizaria *culpa in eligendo*, e a falta de fiscalização, *culpa in vigilando*.

Entendemos, no entanto, que a responsabilização pela percepção do crédito obreiro é objetiva, decorrente do próprio fato da intermediação, não importando o exame da culpa.

No RO 709-2005-511-01-00-7, julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, conforme acórdão publicado no dia 17.05.07, em que se discutiu a responsabilidade subsidiária da administração pública municipal, decidiu-se o seguinte:

“Sustenta o Município que o art. 37, II, da CRFB impõe a aprovação prévia em concurso para investidura em cargo ou emprego público; que a inobservância desse requisito torna o ato nulo; que não havendo a contratação regular, não há que se cogitar de condenação em verbas de natureza trabalhista, eis que o ato é nulo.

Sem razão.

O juízo de primeiro grau reconheceu o vínculo de emprego entre a autora e 1ª ré – Cooperativa de Educação e Trabalho, condenando de forma subsidiária o Município, eis que tomador dos serviços (contrato de prestação de serviços reconhecido pelo Município – defesa fl. 297).

Ora, prevê a regra do art. 71 da Lei nº 8.666/93 (*in verbis*):

‘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.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.’

DOCTRINA

A regra do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não é aplicável em sede trabalhista, porque atenta contra o princípio de proteção ao crédito do trabalhador, que é de natureza alimentar e que norteia todo o ordenamento jurídico.

Verificando-se a colisão entre os princípios da proteção do interesse público e o da proteção ao trabalhador, prevalece aquele capaz de realizar o Direito no caso concreto.

Daí a impertinência de se qualificar como inconstitucional a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho expressa na Súmula nº 331. Ao contrário, a referida súmula – cujo inciso IV foi alterado em 18.09.00 – permite a concretização dos princípios constitucionais quando entende pela responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenham participado das relações jurídico-processual (como no caso em tela) e constem no título executivo judicial.

O art. 37, § 6º, da Constituição da República garante a responsabilidade objetiva da Administração Pública aos danos causados direta ou indiretamente a terceiros, pelo que, se houvesse necessidade de discutir a integridade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não teríamos dúvida em considerá-lo inconstitucional.

Ainda que considerássemos a responsabilidade subjetiva, no mesmo capítulo do art. 71 (Da Execução dos Contratos), o art. 67 da Lei nº 8.666/93 estabelece que é dever da Administração acompanhar e fiscalizar o contrato pactuado com o vencedor do processo licitatório. Se não realiza esta fiscalização e controle, responde pelo inadimplemento dos direitos do empregado da prestadora de serviços.

Assim concluímos quando observando o arts. 67 e 70, *in fine*, da Lei nº 8.666/93.

‘Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º *Omissis*.

§ 2º *Omissis*.’

‘Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente pela Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.’

Portanto, mesmo que se entenda que a hipótese não é de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, a má escolha da empresa intermediária caracteriza *culpa in eligendo*, e a falta de fiscalização, *culpa in vigilando*.

Esclareço, por fim, que não há qualquer violação à regra do concurso público, expressa no art. 37, II, § 2º, da Constituição da República, pois não se postula vínculo de emprego entre o trabalhador e a Administração, mas tão-somente a responsabilização desta de forma subsidiária. Rel. Des. Agra Belmonte.”

10.3 – Subempreitada

Prevista no art. 455 da CLT, a transferência de atividades de construção para outras entidades caracteriza a subempreitada.

Na subempreitada, o empreiteiro principal responde, subsidiariamente, pelas obrigações inadimplidas pelos subempreiteiros contratados.

Ao contrário da jurisprudência que considerava solidária a responsabilidade, a inserção como terceirização fê-la cair na regra geral, da responsabilização subsidiária.

Acionado diretamente, deverá o empreiteiro principal denunciar à lide o verdadeiro empregador, que é o subempreiteiro.

Nas falsas subempreitadas, empreiteiro principal e subempreiteiro respondem solidariamente.

Poderá o trabalhador acionar o subempreiteiro e o empreiteiro principal, este na qualidade de garante do crédito.

Mesmo nos casos de revelia, o empreiteiro principal pode produzir, processualmente, as provas que entender cabíveis à sua defesa.

10.3.1 – Dono da obra

O dono da obra não responde, solidária ou subsidiariamente, nos casos em que a obra destina-se a aproveitamento próprio, por exemplo, obras de construção, ampliação e reformas de unidade produtiva.

Assim, se o empregador resolve reformar o estabelecimento onde é desenvolvido o seu negócio, não responde pelas obrigações contraídas pelo empreiteiro contratado para o desiderato. No caso, a atividade de reforma não é o negócio desenvolvido pelo empregador, para o qual haveria a necessidade permanente de empregados.

Com mais razão, nos casos em que a obra de reforma ou construção é de natureza residencial.

No RO 501-2004-068-01-00-7, julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região (acórdão publicado em 07.11.06), em que se discutia a responsabilidade do tomador final, restou decidido que ele, vendedor de produtos e prestador de serviços, era dono da obra, *verbis*:

“O contrato realizado entre as rés teve por objeto ‘a reforma dos sanitários do núcleo central, substituição dos forros dos jardins, instalação de sistemas de detecção e sonorização contra incêndios – SDI e substituição dos transformadores e refrigeradores a óleo’ (fl. 80), sob o regime de empreitada e por preço global, por um prazo de três meses que foram prorrogados através de termos aditivos.

No mesmo sentido é a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho, expressa na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 nº 191: ‘Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora’.

Assim, dou provimento ao recurso para excluir a responsabilidade da recorrente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.”

10.4 – Consórcios de empregadores

Previsto para o setor rural nas Leis ns. 8.212/91 e 10.256/01, consórcios de empregadores é a união de produtores rurais pessoas físicas, outorgantes de poderes a um deles para a contratação, gestão e dispensa de trabalhadores para a prestação de serviços exclusivamente aos seus integrantes. São solidariamente responsáveis pelas obrigações previdenciárias. Gera solidariedade passiva dos consorciados, mas também a solidariedade ativa em relação aos empregados, como empregador único. A solidariedade decorre da indivisibilidade do vínculo.

Nada impede a caracterização do consórcio em atividades urbanas, mas a instituição do consórcio visa incentivar a formalização de contratos de emprego no campo.

10.5 – Cooperativas

Cooperativa é a sociedade em que as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, sem objetivo de lucro e para prestar serviços aos associados. As cooperativas não estão sujeitas a falência e, por força do art. 442, parágrafo único, da CLT, não é de emprego o vínculo entre a cooperativa e os seus associados, e nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

No trabalho prestado através de cooperativa (Lei nº 5.764/71), o trabalhador exclui a figura do intermediário na prestação dos serviços (o empregador), para vincular-se a outros trabalhadores, visando à oferta organizada pela cooperativa, diretamente ao mercado, para a obtenção de um preço melhor pelo trabalho a ser efetuado.

É empregado, no entanto, o trabalhador que presta serviços essenciais à cooperativa (atendente, escriturário).

As cooperativas de táxis e de prestação de serviços de informática são exemplos de cooperativas.

Os princípios aplicáveis às cooperativas são os seguintes:

- a) princípio da dupla qualidade: o cooperado precisa ser cooperado e cliente. A prestação de serviços deve ser feita pela cooperativa diretamente ao associado, que assim auferirá as vantagens da dupla qualidade;
- b) princípio da retribuição salarial diferenciada: obtenção de retribuição pessoal superior à que obterá se não estiver associado. A cooperativa visa eliminar o intermediário (o patrão) na prestação de serviços a terceiros;
- c) princípios da livre integração e da plena participação: o cooperado deve livremente integrar a entidade e ser participante de assembléias para discussão das questões da cooperativa enquanto entidade;
- d) princípio da eventualidade: o serviço prestado não pode estar diretamente relacionado ao desenvolvimento da atividade e definição de objetivos.

A ausência dos referidos princípios leva à utilização da cooperativa como instrumento de fraude à caracterização da relação de emprego, simplesmente precarizando as condições de trabalho.

De fato, as verdadeiras cooperativas têm por finalidade afastar o empregador intermediário, proporcionando diretamente ao associado ganhos diferenciados pela prestação de serviços. Tais ganhos, bem como os objetivos, condições da prestação de serviços e problemas do dia-a-dia, são, com autonomia e liberdade, decididos e enfrentados pelos associados em assembléias da cooperativa. Esse vínculo que os une é denominado de *affectio societatis*.

Logo, a inexistência de reuniões, de pauta, de participação dos associados em torno das questões comuns e a supervisão do trabalho pelo tomador final evidenciam a subordinação, incompatível com o vínculo cooperativo.

Em nossa experiência na magistratura, temos nos deparado até mesmo com cooperativas multidisciplinares de trabalho, que funcionam como verdadeiras agências de colocação.

Diante de uma reclamação trabalhista de vínculo, caberá ao magistrado verificar se estão presentes os elementos caracterizadores do vínculo associativo ou se, ao contrário, trata-se de falso associado de cooperativa que presta, com subordinação e pessoalidade, serviço essencial ou secundário à atividade do tomador final.

Caracterizada a fraude, deve declarar a ineficácia da vinculação associativa para os efeitos da relação de emprego (art. 9º da CLT) e, afastando o disposto no art. 442 da CLT, reconhecer a relação de emprego formada diretamente com o tomador final.

No RO 1960-2004-282-01-00-0, apreciado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região (publicado em 16.10.06), restou decidido que:

“(...) a recorrida não trouxe qualquer ata de assembléia ordinária ou extraordinária, nem mesmo os editais de convocação destas assembléias, bem como a listagem de cooperados ou prova de efetiva participação dos mesmos nas decisões da cooperativa.

Ademais disso, conforme o inciso I do art. 2º do estatuto social da recorrida (fl. 60), propõe em seu objeto ‘congregar os integrantes de múltiplas profissões, para a sua defesa econômica e social (...)’.

No capítulo III do mesmo estatuto que trata dos associados, dispõe de 4 (quatro) grupos de profissionais diferenciados, tais como: I – Administradores de Empresa, Advogados, Analistas, Arquitetos,

DOCTRINA

Assistentes Sociais, etc.; II – Compradores, Desenhistas, Digitadores, Fotógrafos, Professores, Programadores de computadores, etc.; III – Assistentes de creche, Auxiliares de escritório, Caixas, Carpinteiros, etc.; IV – Coletores de lixo, Faxineiros, Jardineiros, Pedreiros, Pintores, etc. O que demonstra nitidamente tratar-se de ‘cooperativa multidisciplinar de trabalho – várias profissões nos quadros da cooperativa’, que nada mais é, haja vista a falta de especialização, do que agência de colocação de pessoal.

A própria razão social da recorrida sugere ser fraudulenta, demonstrando a multiplicidade de profissões em seu quadro de ‘associados’.

As verdadeiras cooperativas, quais sejam, aquelas que se encaixam no parágrafo único do art. 442 da CLT e na lei que rege o cooperativismo, têm como escopo elementar e principal servir inicialmente o associado cooperado proporcionando ganhos diferenciados de acordo com a prestação de serviços, não havendo subordinação, devendo se fazer presente a *affectio societatis*, o que comprovadamente inexistiu na presente relação jurídica.

Assim, verifico, de plano, o objetivo nítido e desvendado por esta justiça, da recorrida, em tentar burlar o ordenamento jurídico, se apresentando como verdadeira intermediadora do labor despendido pelo recorrente, evidenciando a fraude trabalhista prevista no art. 9º da CLT.

No mesmo sentido, é o parecer do Ministério Público do Trabalho às fls. 111/112.

Sendo assim, dou provimento para reformar a r. decisão *a quo* e reconhecer o vínculo empregatício de 19.09.97 (fl. 81) a 30.06.03 (pedido *b* de fl. 08), considerando a projeção do aviso prévio, com a recorrida (Coopercampos), na função de Atendente, com salário de R\$ 360,00, com a devida anotação na CTPS da recorrente (...). Rel. Alexandre Agra Belmonte.”

Em outro processo (RO 323-2006-081-01-00.6, conforme acórdão publicado em 22.08.07), a empresa, uma farmácia, alegou que o demandante era cooperado e que assinou declaração de que a atividade exercida junto à demandada não gerava vínculo empregatício. Acrescentou que fazia vendas de balcão e que a atividade de entregas, que não fazia parte de seu objeto social, era terceirizada, laborando o cooperado exatamente nessas entregas, como motociclista.

Analisando-se o contrato social, verificou-se que a circulação de mercadorias fazia parte de seu objeto social. E a prova oral produzida confirmou que a filial em que trabalhava o autor tinha serviço permanente de entregas, com horário e trabalho fiscalizados pelo gerente.

Logo, porque o serviço prestado fazia parte da atividade-fim empresarial, a terceirização foi considerada ilícita e o trabalhador foi tido como empregado do tomador final, com os consectários legais.

Nas hipóteses em que se verificar que a prestação de serviços é realmente cooperativada, nem por isto deixará de ser da Justiça do Trabalho, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, a competência para apreciar as questões trabalhistas decorrentes da prestação de serviços.

10.6 – Empresas seguradoras e corretores de seguros de previdência

Atualmente, é possível identificarmos três tipos de trabalhadores:

- a) os subordinados, que trabalham pessoalmente, de modo não eventual e assalariado, cumprindo ordens emanadas do empregador;
- b) os autônomos, assim entendidos os que executam, de modo contínuo ou eventual, um trabalho com autodeterminação das condições de sua prestação. Estabelecem o preço e não sofrem ingerência sobre o modo, o tempo e o lugar da execução, tendo assim liberdade de organização do trabalho. Ao contrário do trabalho que autônomos prestam de modo continuado, os autônomos eventuais executam um tipo de trabalho que não guarda relação direta com a atividade desenvolvida pelo tomador de serviços, não fazendo assim parte da necessidade habitual do empreendimento;
- c) os parassubordinados, que executam o trabalho com personalidade e continuidade, mas não atuam de forma subordinada, e sim coordenada, partilhando com o tomador o *modus faciendi* da prestação. Os parassubordinados não sofrem ingerência sobre o tempo, modo e lugar da execução, mas necessitam observar certas diretrizes, necessárias à realização do trabalho, prestado de modo colaboracional.

A representação comercial, o agenciamento e a distribuição civis, quando o serviço é executado pessoalmente, são hipóteses de trabalho parassubordinado. O representante comercial, o agenciador e o distribuidor atuam na prestação de serviço de natureza continuada e coordenada, de caráter exclusi-

vamente pessoal, para o atendimento de necessidade ligada à atividade-fim do tomador. O que descaracteriza o vínculo é a ausência de subordinação. Ela é substituída pela de coordenação. Como a relação é de coordenação, são inaplicáveis os atos de admoestação, como advertência e suspensão. Embora siga certas diretrizes do tomador de serviços, o trabalhador parassubordinado conserva a liberdade de organização da própria atividade e assim a autonomia sobre a modalidade, o tempo e o local da execução, podendo trabalhar com ou sem exclusividade.

Outra hipótese de parassubordinação é a dos corretores de seguros.

Contrato de corretagem é aquele em que uma pessoa se obriga a, mediante instruções, obter para outra, com quem não tem ligação direta em virtude de mandato, de prestação de serviços ou qualquer espécie de relação de dependência, um ou mais negócios com terceiros (art. 722 do CC).

Trata-se de um contrato que encerra uma obrigação remunerada de fazer, consistente na intermediação para a obtenção de um ou mais negócios para outrem.

Nos termos do art. 722 do CC, entre o comitente e o corretor não pode haver contrato de mandato, de prestação de serviços ou empregatício. Em relação ao corretor de seguros, essa vedação é reafirmada no art. 17 da Lei nº 4.594/64, recepcionada pelo Código Civil de 2002.

O contrato de corretagem é bilateral, consensual, oneroso, aleatório, complexo e acessório.

O contrato é bilateral, porque impõe direitos e deveres às partes: o corretor obriga-se a buscar um ou mais negócios, conforme instruções recebidas, e efetivamente aproximar o terceiro ao comitente, para a respectiva concretização.

Cuida-se de contrato consensual, porque estabelecido sem maiores formalidades, formando-se pelo simples acordo de vontades.

O contrato de corretagem é oneroso, porque tanto o comitente como o corretor auferem vantagem ou benefício patrimonial: o corretor, a remuneração correspondente, e o comitente, a realização do negócio principal, objeto da intermediação.

Trata-se de contrato acessório e aleatório. Acessório, porque depende da conclusão de outro contrato, que a intermediação tem por objeto; aleatório, porque se o negócio principal não se concretizar, não haverá retribuição devida.

Realmente, o contrato de corretagem pressupõe a celebração de um outro contrato, a ser firmado posteriormente por quem contratou inicialmente com o

DOCTRINA

corretor (comitente) e pelo terceiro interessado, identificado e efetivamente aproximado pelo corretor ao comitente.

O contrato é complexo porque, na prática, envolve mais de uma relação jurídica: entre o comitente e o corretor e entre este e o cliente, visando, por meio da aproximação que constitui a tarefa do corretor, a realização do negócio principal entre o comitente e o cliente.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964, que regula a profissão do corretor de seguros, é ele o profissional autônomo (pessoa física) ou a pessoa jurídica que atua como intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado.

O exercício da profissão de corretor de seguros depende da prévia obtenção do título de habilitação (art. 2º).

Estabelece o art. 17 da Lei nº 4.594/64 vedação para que os corretores de seguros sejam considerados empregados de sociedades seguradoras, *verbis*:

“É vedado aos corretores e aos prepostos:

- a) aceitarem ou exercerem empregos de pessoa jurídica de direito público, inclusive de entidade paraestatal;
- b) serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros.

Parágrafo único. O impedimento previsto neste artigo é extensivo aos sócios e diretores de empresa de corretagem.”

O Código Civil brasileiro reafirma o disposto no citado art. 17 da Lei nº 4.594/64, ao definir, no art. 722, como contrato de corretagem aquele em que uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Com efeito, além de sublinhar a característica da parassubordinação do corretor ao estabelecer uma obrigação de fazer (obtenção de um ou mais negócios), a alteridade (obtenção para outrem) e a coordenação (prestação do serviço de acordo com as instruções recebidas), a lei civil insiste na vedação do corretor à manutenção de qualquer relação de dependência (art. 722). A independência é indispensável ao relacionamento, eis que o corretor não atua por conta da seguradora, e sim de forma independente, na aproximação do comitente e terceiro, a quem está obrigado a prestar todas as informações, inclusive sobre os riscos do negócio.

D O U T R I N A

Assim, ao contrário do trabalhador subordinado, que por força de lei mantém contrato de emprego com os respectivos tomadores do seu labor, o corretor de seguros, trabalhador parassubordinado, por força de lei está impedido de manter vínculo de emprego com as empresas seguradoras.

Em se tratando de corretor de seguros de previdência complementar, o chamado supercapitalismo tem propiciado grupos econômicos em que bancos despontam como controladores de seguradores de previdência complementar. Discute-se então a responsabilidade das seguradoras e dos bancos controladores em relação ao trabalho efetuado pelo corretor de seguros.

Ora, o trabalho efetuado no interior de agência bancária à qual a empresa seguradora é vinculada, por si só, não é capaz de caracterizar o vínculo. Afinal, ali está, sem a necessidade de correr mundo para encontrá-lo ou bater de porta em porta, o cliente a ser captado.

Por outro lado, a observância de diretrizes, próprias do contrato, também não é capaz de levar à configuração do vínculo empregatício. Coordenação não se confunde com subordinação. Até mesmo o representante comercial autônomo precisa, por força de lei, prestar contas detalhadas.

Nem mesmo a exclusividade, limitação que pode ser objeto de livre contratação, é elemento configurador de vínculo empregatício. A exclusividade pode se revelar um bom negócio para o corretor que, em troca de ter acesso a toda uma clientela latente e certa à disposição, obriga-se a vender papéis da seguradora ligada ao banco. O que não o impede de procurar outras pessoas fora dali.

Finalmente, estar presente no horário de expediente bancário também não significa nada, porque o cliente a ser captado, quando freqüenta o banco o faz exatamente no horário de expediente, sendo de interesse do próprio corretor observá-lo.

Tem-se, portanto, que nas verdadeiras relações de corretagem entre a seguradora e o corretor, aplicáveis, em termos de responsabilidade, são as normas do Código Civil, complementadas pela legislação especial aplicável. Nesta hipótese, os bancos controladores serão solidariamente responsáveis pelo implemento dos créditos devidos ao corretor. A solidariedade decorre da existência do grupo econômico, em prol de quem o trabalho é executado.

Ocorre que determinadas circunstâncias de fato poderão configurar a fraude das leis civil e trabalhista.

Com efeito, caso venha a ficar demonstrado que o corretor é um mero vendedor de um negócio de corretagem destinado à venda de seguros para

uma empresa seguradora, estará configurada a relação de emprego. Nesta hipótese, estaremos diante de corretores de uma corretora informal patrocinada por uma seguradora para, com subordinação, exclusividade e cumprimento supervisionado de horário e metas, fazer vendas de seguros. Tal situação fática descaracteriza o enquadramento na lei civil e, ante o princípio da primazia da realidade, leva ao reconhecimento do vínculo de emprego, ante a fraude à lei. Não tem sido outra a solução encontrada pela jurisprudência para a utilização do trabalho subordinado em falsas cooperativas.

A lei veda a vinculação empregatícia para a hipótese que ela prevê, ou seja, a relacionada à intermediação na venda de papéis por pessoas registradas como corretoras e que prestam serviços com autonomia ou mesmo de forma empresarial. É evidente que ela não incide nos casos em que, contrariando o princípio da primazia da realidade, buscam-se subterfúgios fraudulentos para esconder a subordinação na prestação do trabalho. Invoca-se, a respeito, o disposto no art. 9º da CLT, *verbis*:

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

Verificada a fraude e diante da proibição legal, em caráter indenizatório deverão ser implementados os direitos empregatícios do corretor, e a seguradora, juntamente com o banco controlador, responderão solidariamente, quer em razão do grupo econômico, quer em razão do ilícito.

10.7 – Terceirização nos serviços de telecomunicações

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, *verbis*:

“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 infraestrutura 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;

DOCTRINA

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações do concessionário com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.”

Trata-se, portanto, de legislação regulamentadora de atividade econômica específica, com eficácia limitada ao âmbito do exercício da concessão pública que disciplina e que, além de não afastar os efeitos da tutela conferida ao trabalhador pelo Direito Laboral, termina por reafirmar a responsabilização subsidiária nas hipóteses de intermediação lícita da sua mão-de-obra. Como o crédito do trabalhador é protegido contra os riscos de inadimplemento, a responsabilidade do tomador final de serviços não decorre da existência de vínculo de emprego, e sim de sua condição de beneficiário final dos serviços prestados pelo trabalhador.

Assim, sempre que a concessionária de serviços de telecomunicações contratar empresas para a execução dos serviços inerentes, acessórios ou complementares à prestação dos serviços de telecomunicações, como instalação e reparo de linhas telefônicas, os trabalhadores contratados para o desiderato estarão licitamente vinculados a essas empresas, respondendo, no entanto, de forma subsidiária, pelo implemento das obrigações trabalhistas.

A hipótese retratada não se confunde com a atuação dessas concessionárias como donas-da-obra. Nestas hipóteses, em que a obra não for destinada à exploração da atividade, mas sim à própria instalação da concessionária, não responderá pelas obrigações dos trabalhadores arrematados pelas empresas contratadas.

Serão de responsabilidade direta da própria concessionária, todavia, os trabalhadores vinculados às suas condições de funcionamento, caso do serviço de atendimento aos clientes e ampliação da clientela, secretárias dos diretores, atendentes de balcão e demais funcionários da administração.

10.8 – Empresas de call centers e terceirização

Call centers 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. Tanto pode destinar-se a atingir clientes por meio da oferta de produtos e serviços, pesquisa de informações de mercado, formação

DOCTRINA

de cadastro e atendimento de consultas sobre carteira de pedidos, faturamento, crédito e títulos, histórico de compras e disponibilidade de estoque (*telemarketing*), como versar sobre o teleatendimento, relacionado ao agendamento de serviços ou atendimento de reclamações.

Essas atividades, de *telemarketing* ou teleatendimento, seriam de apoio e poderiam ser terceirizadas ou se apresentariam como *longa manus* dos empreendimentos aos quais estão relacionadas?

Afinal, é trabalhador em empresa de *telemarketing* ou financiário quem trabalha em *call center* acessando dados pessoais, autorizando empréstimos e financiamentos, cancelando lançamentos e liberando cartões de crédito?

É empregado do setor de reclamações de empresa de telecomunicações ou de *telemarketing*/teleatendimento quem se ocupa da oferta de produtos, esclarecimento de dúvidas, agendamento de serviços ou atendimento de reclamações?

É empregado de empresa de *telemarketing* ou promotor de vendas quem trabalha no atendimento ao público para o recebimento de oferta de produtos e serviços, pesquisa de informações de mercado, formação de cadastro e atendimento de consultas de clientes sobre carteira de pedidos e verificação de disponibilidade de estoque?

Se admitida a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, sempre que as empresas de *call centers* se dedicarem ao desenvolvimento, embora em local destacado da sede, do próprio objeto social das empresas às quais prestam serviços, a terceirização será ilícita, com formação do vínculo diretamente com o tomador final e enquadramento na mesma atividade econômica, tudo com responsabilização solidária das empresas envolvidas na fraude.

11 – CONCLUSÕES

Inicialmente restritiva (conforme o então Enunciado nº 256 da Súmula da Jurisprudência do TST), a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, atenta às transformações econômicas e práticas sociais, passou a permitir a intermediação da mão-de-obra, desde que incidente sobre as atividades-meio, salvo quando permitidas por lei sobre as atividades-fim, a exemplo do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74 (Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho).

A referida jurisprudência inclinou-se pela responsabilização subsidiária da empresa tomadora ou contratante da terceirizada, exceto nos casos de fraude,

em que é solidária, como corolário da nulidade ou ineficácia da utilização intermediada ilícita do trabalho.

A responsabilidade subsidiária, fundada na teoria do risco empresarial e garantidora da percepção dos créditos trabalhistas como decorrência do aproveitamento do trabalhador no desenvolvimento geral da atividade, é de natureza patrimonial, ficando assim, de regra, excluídas a responsabilidade pelos danos morais e outras obrigações puramente pessoais, sempre com limitação aos créditos referentes ao período do contrato de terceirização.

Decidiu ainda a jurisprudência da Egrégia Corte Trabalhista que a contratação irregular por meio de empresa interposta (ou seja, para a atividade-fim) não gera vínculo de emprego diretamente com a administração direta ou indireta, que responde apenas como garante dos empregados do terceiro.

Entendemos que a responsabilidade subsidiária da tomadora é de natureza objetiva, resultando do fato da prestação intermediada de serviços e assim não importando o exame da *culpa in vigilando* no cumprimento das obrigações ou a *culpa in eligendo* pela má escolha da empresa intermediária.

Por outro lado, frente à omissão da CLT e diante do que dispõe o art. 12 da Lei nº 6.019/74, pensamos que devem ser estendidos aos trabalhadores da prestadora de serviços isonomia de tratamento em relação aos trabalhadores da tomadora. Outra solução estimularia a formação do subemprego, atentatório do princípio da valorização do trabalho.

O anteprojeto de lei de terceirização do MTb elimina a distinção entre atividade-meio e atividade-fim como pressuposto da licitude da terceirização. Altera assim a forma de proteção em relação à atual construção jurisprudencial, eis que busca evitar os efeitos de uma possível precarização por outros meios, ou seja, da concessão de igualdade de tratamento entre os trabalhadores da empresa tomadora e da empresa contratada e da variação da responsabilidade: solidária, nas hipóteses de inobservância dos pressupostos que estabelece, e subsidiária, quando cumpre os ditames da lei, incluindo a fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas pela terceirizada.

Ocorre que a revolução tecnológica e a descentralização empresarial trazem constantes e novos desafios para o intérprete. Os *call centers* ou centrais de atendimento, que têm por objetivo fazer a interface entre os clientes e a empresa, são exemplo significativo. Muitas empresas estão transferindo para esses centros parte de suas atividades essenciais, o que, mesmo se admitida a ampla terceirização, importará em questionamentos sobre enquadramento na atividade econômica principal da empresa tomadora, isonomia de tratamento

DOCTRINA

entre os empregados da terceirizante e da terceirizada e outras tantas problematizações.

Se essas questões, exemplificativas das controvérsias que ainda rondam a matéria, impõem a necessidade de ampliação dos debates e maior reflexão na busca de soluções que assegurem um tratamento digno ao trabalhador nas terceirizações, o que dizer então da possibilidade de utilização quarteirizada do trabalho, prevista no anteprojeto do MTb?

12 – BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Anteprojeto de Terceirização do Ministério do Trabalho e Emprego*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/consulta_publica/Minuta_terceirizacao.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.