

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR EMPRESA — TERCEIRIZAÇÃO (*)

Euclides Alcides Rocha (**)

1. INTRODUÇÃO

O trabalhador brasileiro, a par das inúmeras mazelas que distinguem (as vezes, vergonhosamente) a sociedade nacional, como a má distribuição da renda e da riqueza, o desemprego e o subemprego e a inexistência de uma autêntica política de emprego, ainda se vem defrontando nas últimas décadas com outro fenômeno igualmente degradante e nefasto: sob variadas denominações (locação de mão-de-obra, prestação de serviços, intermediação de trabalho, sublocação de trabalhadores, etc.), tem-se praticado no Brasil, escancarada e irresponsavelmente, a pura e simples comercialização do trabalho humano.

Pior, ainda: o contingente humano que tem sido alvo e vítima dessa degradante modalidade de mercancia situa-se geralmente na base da pirâmide social, constituído de trabalhadores humildes, desqualificados profissional e culturalmente, desorganizados ou frágeis sindicalmente. São zeladores, ascensoristas, vigias, telefonistas porteiros e outros, que formam o quadro dos que se transformaram em objeto de uma nova e nefasta atividade empresarial.

Paralelamente, sob o rótulo de “empresas prestadoras de serviços” vêm-se constituindo e proliferando empresas inidôneas, sem qualquer lastro econômico, compostas por “empresários” cujo capital constitui-se predominantemente de argúcia, esperteza e de alguns poucos bens materiais (telefone, máquina de escrever, uma sede alugada), capacitando-se a contratar trabalhadores e colocá-los a serviço de um tomador (público ou privado), objetivando a obtenção de lucro em tal intermediação.

Lesam-se os trabalhadores, que muitas vezes batem às portas da Justiça do Trabalho para obter o pagamento de salários e indenizações por extinção dos contratos. Não raro, as citações e notificações são cumpridas por edital, porque a “empresa” desapareceu. As execuções, com freqüência, permanecem inconclusas nas prateleiras dos juízos, inviabilizadas pelo sumiço do empregador. Lesam-se os cofres públicos, não apenas pela inexecução de contratos celebrados com entes dessa natureza, mas especialmente pela não satisfação de obrigações fiscais, previdenciárias e sociais.

Esse quadro, pintado, quiçá, com cores demasiadamente fortes, não está, lastimavelmente, muito distante da realidade vivenciada em todos os quadrantes do país. A intermediação ou a colocação do trabalho alheio a serviço de terceiros tem propiciado exploração e lesividade a significativa parcela da população, constituindo-se num instrumento de agravamento dos níveis de injustiça social.

(*) Trabalho apresentado no Congresso de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em 25.4.1995, realizado no Rio de Janeiro — Painel: “Prestação de Serviços por Empresas — Terceirização”.

(**) O autor é Juiz Togado do TRT da 9ª Região

É nesse contexto que se insere o tema deste painel: **Prestação de serviços por empresas — terceirização.**

2. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS — TERCEIRIZAÇÃO

A verdade é que, mal compreendido o processo de terceirização, entre nós, tem-se alastrado em diversas atividades a intermediação do trabalho, singularmente considerado, não como decorrência da tendência de horizontalização das atividades produtivas, mas de espúria e inadmissível exploração do homem pelo homem.

A terceirização (ou "terciarização", como prefere o Prof. **Arion Sayão Romita**) não é um fenômeno recente e nem particular à nossa realidade. É, naturalmente, um processo de evolução dos meios de produção, necessário em certos estágios do desenvolvimento econômico, em que as empresas optam por entregar a outros — terceiros — a execução de determinadas tarefas ou fases do processo produtivo, especialmente aquelas que não constituem a atividade essencial e finalística de um negócio, seja ele agro-pecuário-extrativo (setor primário), seja na atividade industrial (secundário) ou nas atividades comerciais e de serviços (terciário).

Entre nós, o mais notório exemplo de horizontalização produtiva ou de terceirização verificou-se, desde sua implantação, na indústria automobilística, onde os tradicionais fabricantes são, na realidade, montadores de automóveis e veículos, porquanto os vários e múltiplos componentes, como todos sabemos, são fabricados por incontáveis pequenas, médias e grandes empresas que se especializam na produção de um ou de alguns produtos. Em vários outros ramos industriais, como prospecção de petróleo, fabricação de calçados e roupas, alimentos e mesmo em atividades comerciais, tem sido comum o fracionamento de atividades, visando à racionalização e à otimização produtiva.

Não é diferente na maioria dos países de economia mais adiantada. A Itália, por exemplo, desenvolveu-se industrialmente nas últimas décadas com um modelo essencialmente voltado à pequena e média indústria, com a pulverização de grandes estabelecimentos industriais e comerciais e utilização de um modelo fundado na produção horizontal. Nos Estados Unidos da América os grandes empreendimentos, especialmente na área tecnológica, contam com fabricantes de componentes específicos em vários cantos do mundo: Hong Kong, Coréia, China, Singapura, etc.

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

Empresas prestadoras de serviço sempre existiram entre nós e é absolutamente normal e até mesmo indispensável que se diversifiquem e apareçam em maior número, especialmente nos grandes centros urbanos, 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, técnicos, autônomos, trabalhadores eventuais, adventícios e avulsos, artífices, artesãos, pequenos e médios empreiteiros, em que raramente se questiona a sua licitude e — em regra — a ausência de vínculo de emprego com o tomador de seus serviços.

Em tais situações, de típica prestação de serviços ou de fracionamento ou terceirização de determinadas fases produtivas, as relações de trabalho que se estabelecem entre a empresa prestadora de serviços ou envolvida no processo produtivo descentralizado e seus empregados não oferecem sob o ponto de vista jurídico-trabalhista, regra geral, maiores dificuldades ou controvérsias, porque, inequivocamente, o vínculo jurídico de emprego envolve o trabalhador e o imediato destinatário de seu trabalho. Percebe-se, em tais atividades, estejam elas voltadas à prestação de serviços ou integradas a um processo industrial, que não se verifica, aqui, simples transferência de trabalho, porque numa e noutra hipótese agregam-se elementos produtivos, seja pela especialização técnica exigida para sua execução, seja pela inclusão de bens e matérias-primas sujeitas à transformação.

3. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA — “MARCHANDAGE”

Disseminou-se nos últimos vinte anos a prática de locação de mão-de-obra, no flanco das Leis n. 6.019/74 (Trabalho Temporário) e n. 7.102/83 (Vigilância nos Estabelecimentos Bancários), em que, utilizando-se indevidamente da idéia e do processo da “terceirização”, passou-se à prática de fornecimento de mão-de-obra ou de pessoal, sob o rótulo ou o escudo de tratar-se de pretensos contratos de prestação de serviços.

Como adverte com a proficiência de sempre o Prof. Arion Sayão Romita, “é essencial distinguir o ‘fornecimento de pessoal’ da prestação de serviços por empresa. Na primeira figura, há mero *leasing* do trabalho, condenável sob todos os aspectos. O ‘agenciamento de colocações’ se caracteriza pela exploração do trabalhador, que não é empregado do intermediário. Afirma-se, sem qualquer hesitação, a existência de relação empregatícia entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços. Tais características não se identificam no contrato de prestação de serviços por empresa, desde que o serviço contratado se execute fora do âmbito das atividades essenciais e normais exercidas pela empresa principal” (in “Política de Emprego”, 1993, Genesis Ed., pág. 52).

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

Nessas hipóteses, embora muitas vezes se procure tangenciar ou simular uma aparente subordinação do trabalhador ao agenciador, o que se dá na verdade é que aquele passa a prestar serviços no estabelecimento do tomador, ficando a este estrita e incontestavelmente subordinado.

4. A INTERMEDIAÇÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO DIREITO COMPARADO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem se preocupado com essa modalidade lesiva e indigna de intermediação do trabalho humano, manifestando o justo receio de que os ordenamentos jurídicos admitam a cessão de trabalhadores em face dos malefícios a esses ocasionados. Por isso mesmo, adotou duas Con-

venções limitativas das atividades das agências de colocação (a de n. 34, de 1933 e n. 96, de 1949), além de incentivar serviços públicos de colocação, através da Convenção n. 88, de 1948. O Brasil ratificou a Convenção n. 96, de 1948, mas denunciou em 1972, justamente na época em que legislou a respeito da contratação de vigilantes bancários através de empresas especializadas (Lei n. 7.102).

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores, no art. 43, proíbe o recrutamento e a contratação de trabalhadores para emprestá-los ou cedê-los temporariamente a um empresário, quaisquer que sejam os títulos de dito tráfico de mão-de-obra, assim como a utilização dos serviços dos referidos trabalhadores, sem incorporá-los ao pessoal da empresa em que trabalham. Os empresários que infringam a proibição anterior responderão solidariamente pelas obrigações contraídas com os trabalhadores e com a Seguridade Social, sem prejuízo das demais responsabilidades, inclusive penais (n. 2). Por outro lado, "os trabalhadores submetidos ao tráfico terão direito, a seu critério, a adquirir a condição de fixos na empresa cedente ou cessionária, uma vez transcorrido prazo igual ao que legalmente poderiam ter fixado para o período de prova. Na nova empresa seus direitos e obrigações serão os que correspondam em condições normais a um trabalhador da mesma categoria e posto de trabalho, assim como a antigüidade se contará desde o início da cessão ilegal" (n. 3).

A França tem se destacado como um dos países que, tradicionalmente, reprimiu com rigor a intermediação de trabalho ou "marchandage", como lá se denomina. O atual Código do Trabalho, de 1973, prescreve: "Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão-de-obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou **marchandage**, é proibida" (art. L. 125-1). A esse respeito, pertine mais uma vez o escólio esclarecedor de Arion Sayão Romita: "Historicamente, a intermediação de trabalho prestou-se a variadas formas de exploração dos trabalhadores. Reprimida na França desde 1848, sob a denominação de **marchandage**, ela acarreta para os empregados um duplo inconveniente: se o intermediário for considerado o único empregador dos operários contratados, estes poderão sofrer as conseqüência da insolvência do **marchandeur**; e os salários dos operários serão reduzidos, já que o lucro do intermediário provém da diferença entre o pagamento que ele recebe do dono da obra e o montante destinado aos empregados" (obra cit., pág. 22).

Também a Itália, através da Lei n. 1.369, de 29.10.1960, coibiu a intermediação e interposição de mão-de-obra, introduzindo igualmente, uma nova disciplina nas empreitadas de obras e de serviços. Inspirada em dispositivos do próprio Código Civil que, no artigo 2.127, dispõe que, em caso de violação desta proibição, o empregador deve responsabilizar-se pessoalmente, em relação aos empregados contratados pelo intermediário, pelas obrigações derivadas dos contratos por ele estipulados. Esclarece a respeito Luisa Riva Sanseverino: "Seguindo a mesma diretriz, mas ampliando-a de modo notável em seu alcance e sancionando-a penalmente, a Lei n. 1.369, veda: a) a tarefa coletiva autônoma, isto é, quando o intermediário não seja um dependente do empresário; b) dar em empreitada ou subempreitada ou por qualquer outra forma, mesmo para sociedades cooperativas, a execução de meras prestações de trabalho mediante o emprego de mão-de-obra, contratada e remunerada pelo empreiteiro ou por intermediário, qualquer que seja a natureza da obra ou do serviço a que se referem as prestações. Para tal fim é considerada 'empreitada de meras prestações de trabalho' — toda forma de empreitada ou subempreitada, mesmo para execução de obras ou de serviços, sempre que o empreiteiro empregue capitais, máquinas e apetrechos fornecidos pelo dono da obra ou serviço, e ainda que para seu uso

seja paga uma retribuição pelo empregado ou subempregado" (in "Curso de Direito do Trabalho", LTr Edit., SP, 1976 — Trad. Elson Gottschalk — pág. 88).

5. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO BRASIL

Entre nós, infelizmente, a história da intermediação ou locação de mão-de-obra tem se apresentado como se possuíssemos a prerrogativa ou a virtude de andar pela contramão. É que sob a bandeira equivocada da "terceirização" estamos a tolerar e, pior ainda, a incentivar a exploração direta do trabalho.

Num primeiro momento, saímos pelo caminho acertado: o Brasil ratificou em 1957 a Convenção n. 88 da OIT, a respeito da organização dos serviços públicos e gratuitos de emprego; em 1968, também ratificou a Convenção n. 96 sobre agências de emprego. Concomitante a este último fato, baixou o Decreto n. 62.756, de 22.5.68, dando cumprimento ao compromisso internacional assumido, admitindo as agências de colocação, coordenadas e fiscalizadas pelo Departamento 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 estabeleciam entre si uma relação bilateral, geralmente de caráter permanente, como lembra Evaristo de Moraes Filho (in "Estudos de Direito do Trabalho", LTr, 1971, p. 127).

Entretanto, sob o pretexto de introduzir e regulamentar a prestação de trabalho temporário, denunciou-se em 1972 a Convenção n. 96 da OIT. No rastro do trabalho temporário, disciplinado pela Lei n. 6.109/72, aprovou-se a Lei n. 7.102/83, que tratou dos serviços de segurança de estabelecimentos bancários e financeiros. Esta, recentemente, foi surpreendentemente ampliada pela Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994, para compreender, também, a segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais, além de entidades sem fim lucrativo, órgãos e empresas públicas. Extinguiu-se, por força desta última lei, a tradicional figura do vigia de estabelecimentos industriais e comerciais, que agora, como já vinha ilegalmente ocorrendo antes, passa a ser "terceirizado".

Com o beneplácito da lei em alguns casos (Leis ns. 6.109/72, 7.102/83, 5.645/70; DL. 200/67) e ilegalmente, na maior parte das hipóteses, proliferam e assumem proporções escandalosas os contratos triangulares (empresa locadora x trabalhador x tomador de serviços), em que o trabalhador é colocado a serviço de terceiro, a este jungido pessoal e continuamente, confundindo-se e em tudo assemelhado a um trabalhador fixo e diretamente contratado por quem se beneficia diretamente de seu labor.

Contudo, este trabalhador "terceirizado" recebe ordens e se subordina a empresa ou pessoa que não é, formalmente, seu empregador. Trabalha, convive, relaciona-se com um grupo de trabalhadores que se encontram em sua mesmíssima situação, mas não integra a categoria de seus parceiros de trabalho. Não participa da mesma agremiação sindical; não recebe benefícios ou vantagens previstos no regulamento da empresa; é excluído das convenções e acordos coletivos de que participe a empresa para a qual trabalha; percebe menor salário, porque do valor de seu trabalho extrai-se o lucro que irá remunerar o intermediário ou "atravessador".

6. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO — VÍNCULO COM O TOMADOR

Não vislumbro, numa perspectiva serena e isenta, como reconhecer validade a tais contratos triangulares, envolvam pessoas físicas, empresas do setor privado ou entes públicos.

A lei brasileira, exceto nas hipóteses expressamente mencionadas, não autoriza a intermediação de trabalho. Para a nossa lei, aquele que presta serviços pessoais, não eventuais, mediante salário e subordinado, é empregado. E, é empregado de quem se beneficia diretamente do seu trabalho, e não de quem, apenas formalmente, o contrata e o explora. Empregador é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (artigos 3º e 2º da CLT). Os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar tais preceitos “serão nulos de pleno direito” (artigo 9º).

Portanto, ainda que queira muitas vezes neutralizar os termos enfáticos e indiscutíveis da lei, o contrato triangular não logra obter qualquer beneplácito. Não se pode imaginar, como alguns têm sustentado, que a jurisprudência sinalize em outra direção, porque embora se encontre aqui e acolá julgados “flexibilizantes” acerca da locação de mão-de-obra, a lei ainda é a mesma nestes conceitos básicos. A jurisprudência tem a função e a virtude de indicar a orientação predominante acerca de determinado tema controverso, mas ainda não se lhe alçou ao patamar de mecanismo anômalo de derrogação ou revogação de expresse texto legal.

Também não se queira ver o Enunciado n. 331 do colendo TST qualquer tendência flexibilizadora. A premissa fundamental é a mesma que já estava no antigo Enunciado n. 256: “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” (Item I) e na contratação de vigília (Item III).

A segunda parte do aludido item III, no sentido de que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviço 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”, retrata, **data venia**, penduricalho dispensável e inútil e que só permitirá — como já vem permitindo — visão e entendimento destorcido. Nas relações de trabalho subordinado à pessoalidade (caráter **intuitu personae**) e à subordinação direta (a que a CLT denomina de dependência) são requisitos indispensáveis para a caracterização do vínculo de emprego. Portanto, não apenas aqueles serviços expressamente nominados ou os vinculados à atividade-meio, como até mesmo os em favor da atividade-fim (v.g. representação, vendas, etc), não propiciarão o surgimento de vínculo empregatício se estiverem ausentes os requisitos da pessoalidade e da subordinação!

7. CONCLUSÃO

À vista dessas considerações, que já se alongam em demasia para os limites de tempo proposto, inclino-me a dar às indagações formuladas pelos organizadores deste conclave (que transcrevo), as seguintes respostas:

1ª) *O empregado da empresa prestadora de serviços pode postular validamente o reconhecimento de vínculo empregatício em face da empresa tomadora?*

Não, se se tratar de autêntica prestação de serviços, em que a empresa prestadora desenvolver atividade econômica própria, voltada à execução de atividades especializadas, não essenciais ou traduzidas como permanentes aos fins econômicos perseguidos pela tomadora.

Sim, se se tratar de simples intermediação de mão-de-obra, em que o intermediário apenas se coloca entre o trabalhador e o tomador, como fornecedor de pessoal, sem acrescentar nesta relação qualquer transformação do trabalho, por algum tipo de especialização profissional e técnica, de mínima, média ou notória especialização.

2ª) Qual é a responsabilidade de empresa tomadora em face daquele empregado, inclusive quanto às normas de segurança e saúde do trabalhador?

Exatamente as mesmas responsabilidades e obrigações que assume em face dos empregados diretamente admitidos, sejam elas pertinentes à remuneração e condições de trabalho em geral, sejam as decorrentes das normas de medicina e segurança do trabalho.