

Um Breve Estudo sobre a Terceirização: Brasil e Uruguai

Valdete Souto Severo^{1}*

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um estudo comparado da jurisprudência brasileira e uruguaia acerca da terceirização, a fim de aproximar essas realidades e habilitar seus intérpretes aplicadores a lidarem com um tema tão preocupante para quem acredita no Direito do Trabalho, como é a intermediação de mão de obra.

Sumário: Introdução, 1. A terceirização na legislação trabalhista brasileira e uruguaia, 2. A terceirização na jurisprudência, Conclusão, Referências

Introdução

A terceirização é um procedimento de administração empresarial que visa a diminuir os custos da produção, em evidente compromisso com uma visão econômica do direito. Caracteriza-se pelo repasse de parte do empreendimento², a terceiras pessoas, com o objetivo de enxugar a ‘máquina administrativa’ e, assim, obter maior lucro. Têm servido à fragilização e à supressão de direitos fundamentais trabalhistas. É definida como “técnica administrativa, efeito do modelo de produção pós-fordista, que requer o enxugamento da empresa, transferindo parte dos serviços da empresa para outras empresas”³.

1 * Juíza do Trabalho, Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS

2 Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, considerando a reduzida circulação financeira, requisitos próprios de segurança para as cooperativas singulares de crédito e suas dependências que contemplem, entre outros, os seguintes procedimentos: III – dispensa de contratação de vigilantes, caso isso inviabilize economicamente a existência do estabelecimento. Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

3 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa cau-

O Ministro Maurício Godinho Delgado a define como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação juslaborista que lhe seria correspondente”⁴. Provoca “uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, o prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido”⁵.

Apesar de amplamente aceita e praticada, a terceirização não está regulada no ordenamento jurídico brasileiro, senão em duas hipóteses específicas que referiremos no próximo tópico. No Uruguai, há lei tratando especificamente da possibilidade de terceirizar. As consequências desse “fenômeno social” são sentidas de modo semelhante nos dois países e, de resto, em praticamente todo o mundo ocidental.

O estudo comparado que ora se apresenta é fruto de uma coletânea de decisões realizada em conjunto, por juízes gaúchos e uruguaios, com o objetivo de verificar como o Estado-Juiz está enfrentando a matéria, nesses dois países. Os tópicos a serem abordados dizem com a licitude da tomada da mão de obra por meio de empresa interposta e com a responsabilidade da tomadora, e sua extensão, nas hipóteses de ação trabalhista proposta por empregado cuja força de trabalho reverteu em favor de duas ou mais empresas.

As decisões nos permitem, porém, uma reflexão mais profunda, acerca da necessidade de superar ou enfrentar essa suposta ‘realidade inexorável’, a

sa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

4 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

5 Art. 455 da CLT - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo

fim de resgatar o conceito de relação de trabalho que justifica e caracteriza o modelo capitalista de produção.

Trataremos brevemente, no primeiro tópico, das legislações brasileira e uruguaia sobre o assunto, para então, na segunda parte desse estudo, analisarmos algumas jurisprudências que revelam como a matéria vindo sendo enfrentada na prática.

1. A terceirização na legislação trabalhista brasileira e uruguaia

A terceirização não está regulada no Brasil, senão por leis esparsas que tratam da possibilidade de uma relação de trabalho “interposta” por empresa de serviços temporários (Lei 6.019/74)⁶ ou de uma relação de trabalho de vigilância, em que a empresa coloca trabalhadores a exercerem suas tarefas de proteção ao patrimônio na sede de seus clientes (Lei 7102/83)⁷.

A Constituição brasileira de 1988 garante, em seu artigo sétimo, o direito dos trabalhadores à relação de emprego (inciso I), sem qualquer referência a possibilidade de intervenção de terceiros nessa relação⁸. A CLT opta por definir as figuras de empregado e empregador, em lugar de conter uma definição do que seja relação de emprego⁹. Deixa claro, porém, se tratar de um vínculo entre dois sujeitos (e não três). Sequer precisaria dizê-lo, já que decorre da dinâmica da exploração capitalista do trabalho humano que a produção de mercadorias ou a prestação de serviços seja realizada por seres humanos, cuja força de trabalho é empregada com a finalidade de tornar viável o empreendimento. Desse modo, quem emprega trabalho humano será necessariamente o empregador e, por consequência, o responsável direto pela satisfação e pelo respeito aos direitos fundamentais desse indivíduo.

Apesar disso, a terceirização vem sendo amplamente praticada no

6 Nesse sentido, ver: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008; e SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

7 SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

8 Nesse sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

9 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. N° 247. jul./sept. 2012.

Brasil, com a chancela do Poder Judiciário, que inicialmente, editou, em 1986, a Súmula 256, cujo teor era: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

O verbete, porém, foi cancelado em 2003, após a Constituição de 1988, e substituído pela Súmula 331 do TST, cuja redação atual é:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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 03.01.1974).

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/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas

pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Não é difícil perceber a grave crise de instituições que se instaura hoje no Brasil, pois a súmula 331 constitui verdadeira norma que procura disciplinar matéria não regulada pelo legislador. O Poder Judiciário, portanto, extrapolando suas funções, editou regras que permitem terceirização em atividades de limpeza ou “atividades-meio”, criando conceitos que não estão consolidados na jurisprudência nem previstos em norma legal. Essa atitude pró-ativa (em sentido flagrantemente negativo, já que a terceirização constitui medida de evidente precarização / flexibilização nas relações de trabalho) adotada pelo Poder Judiciário trabalhista, revela a magnitude do problema que resolvemos abordar.

No Brasil, portanto, a terceirização é, como regra, ilícita, sendo legalmente permitida apenas nas hipóteses já referidas. Nada obstante, na prática trabalhista tem sido amplamente praticada, com a chancela do Poder Judiciário, que “regula” a matéria por meio de súmula que, como adiante poderemos observar, acaba por constituir o fundamento das decisões proferidas sobre a matéria.

Importante pontuar que a inexistência de previsão expressa da possibilidade de terceirizar não impede a declaração da responsabilidade da tomadora dos serviços, seja quando a intermediação da mão de obra é considerada ilícita, seja quando é tolerada como prática regular, pela Justiça do Trabalho no Brasil.

A responsabilidade da tomadora dos serviços, pelos créditos trabalhistas, deve ser fundamentada na lei civil, justamente em razão da ausência de legislação própria. Na Consolidação das Leis do Trabalho temos apenas regras que podem ser invocadas, por analogia, tal como a que estabelece solidariedade na relação entre trabalhador, pequeno empregador e subempregador¹⁰.

No Código Civil, por sua vez, estão as regras gerais acerca da responsabilidade, cuja aplicação se revela absolutamente compatível com os princípios que instruem o Direito do Trabalho. O artigo 927 do Código Civil, regra geral acerca da teoria da responsabilidade nas relações privadas no Brasil, dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-

10 Art. 595 e 596 do CPC, já referidos neste artigo.

lo”. O parágrafo único desse dispositivo acrescenta que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se do que a doutrina denomina teoria do risco, em que a responsabilidade é identificada não em razão de culpa ou dolo, mas em face da simples assunção do risco do resultado lesivo. Na parte geral do mesmo Código Civil, o artigo 187 refere que responde pelo dano quem exerce seus direitos “excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social”.

Esse constitui outro dispositivo de grande valia ao Direito do Trabalho, pois fixa a responsabilidade para além da culpa, pelo simples fato de exceder o fim social que, no caso da empresa, é em última análise a finalidade de “dar emprego”.

Temos, ainda, no direito brasileiro, o artigo 932 do Código Civil, segundo o qual são também responsáveis pela reparação civil: “III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. O tomador de serviços qualifica-se, aqui, como comitente, em caso de reconhecimento da licitude da terceirização.

Por fim, o artigo 942, também do Código Civil, refere que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito “ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. E diz claramente, em seu parágrafo único, que “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

No Brasil, portanto, a responsabilidade da tomadora dos serviços pelos créditos do trabalhador é solidária. A responsabilidade subsidiária não existe como instituto próprio. É mera criação da súmula 331 do TST, que na qualidade de orientação jurisprudencial, não pode legislar ou prevalecer sobre comando legal vigente. Em realidade, a única hipótese de subsidiariedade, denominada ‘benefício de ordem’ prevista na ordem jurídica brasileira atinge a figura do fiador e do sócio (ambos legitimados como responsáveis solidários, na forma da lei civil).

A previsão legal é de que “o fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembarcados do devedor” (art. 595 do Código de Processo Civil). Em relação ao sócio, o Código de Processo Civil também prevê

que “bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade” (Art. 596). O mesmo dispositivo refere que “cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito”.

Essa é a base legal em que deveria se fundamentar o que a súmula apelida de responsabilidade “subsidiária” e que, na prática forense, vem sendo aplicado como um novo instituto, como se orientações jurisprudenciais tivessem legitimidade para criar institutos jurídicos. É de anotar, porém, que essa interpretação extensiva do dispositivo civilista, na contramão do princípio basilar da proteção, implica subversão injustificável das normas trabalhistas, cujas consequências sociais (algumas das quais bem retratadas nas decisões colacionadas) vêm sendo sentidas no Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar da responsabilidade solidária, com ou sem benefício de ordem, dá ao credor a possibilidade de escolher contra quem irá dirigir sua demanda. Ao tratar do litisconsórcio, o Código de Processo Civil brasileiro refere que só há litisconsórcio necessário quando “por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes” (Art. 47). Não é essa a hipótese da ação trabalhista que lida com relações de trabalho terceirizadas. A sentença não será necessariamente igual para a prestadora e para a tomadora. Logo, trata-se de hipótese de litisconsórcio facultativo. Isso fica ainda mais claro quando o mesmo Código refere, no artigo 77, que é admissível o chamamento ao processo de terceiro, de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (inciso III). Ora, a possibilidade (e não obrigatoriedade) de chamar aos autos indica claramente tratar-se de hipótese de litisconsórcio facultativo.

E isso decorre da disposição legal contida no Código Civil, segundo a qual “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” (Art. 275). E o parágrafo único desse mesmo dispositivo refere que “não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

Ainda assim, a súmula 331 do TST exige a presença da tomadora no pólo passivo da ação trabalhista, como condição para que seja declarada a sua

responsabilidade. O faz, portanto, novamente subvertendo a legislação vigente em favor da tomadora, em atitude incompatível com a proteção que justifica e orienta o Direito do Trabalho.

A jurisprudência, como veremos no próximo tópico, salvo raras e honrosas exceções, presta homenagem ao entendimento sumulado, ignorando as disposições legais acerca da matéria, fato que acarreta manifesto prejuízo ao trabalhador.

Importante referir, ainda, a utilização, pela jurisprudência majoritária, de regra contida na Lei 6019 (Lei do trabalho temporário), por analogia, a todas as relações em que reconhecida a terceirização lícita. O artigo 12 dessa lei assegura aos trabalhadores temporários o direito a “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. Essa paridade de remuneração é estendida a todos os trabalhadores terceirizados, inclusive por força do entendimento cristalizado na Orientação Jurisprudencial n. 383, da SDI1 do TST, cujo teor é:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

Essa orientação, embora inegavelmente protetiva ao trabalhador, nada resolve acerca da verdadeira discriminação que identificamos em uma relação de trabalho intermediada. Salário igual não significa idêntica condição de trabalho, nem a aplicação de idênticas normas coletivas.

Nesse aspecto, embora não seja possível o aprofundamento do tema, em razão do âmbito deste artigo, é de salientar a existência de inúmeros estudos que revelam esteja a terceirização a provocar o que o autor francês Christophe

Dejours denomina ‘banalização da injustiça social’[□] e que Baumann identifica como a invisibilidade dos seres humanos submetidos à terceirização[□]. Muito mais do que salários diferentes, esses trabalhadores recebem tratamento diverso. Não frequentam o mesmo refeitório, nem usam o mesmo uniforme. Não são reconhecidos como colegas de trabalho nem como empregados. São invisíveis em seus ambientes de trabalho. A tomadora, de preferência, desconhece seus nomes, para evitar qualquer espécie de vínculo, mesmo o mais elementar vínculo humano de solidariedade e reconhecimento recíproco.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o Uruguai optou por regularizar a terceirização, editando inicialmente, em 2007, a Lei 18099[□], posteriormente modificada pela Lei 18251, de 2008. Essa última estabeleceu que a empresa tomadora tem dever de fiscalização consistente em solicitar informações à prestadora acerca do cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

A lei conceitua as figuras que participam de uma relação “terceirizada”, estabelecendo em seu artigo 1º que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

Estabelece, ainda, que o intermediário é o empresário que “contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal”. Por fim, define como empresa “suministradora de mano de obra” como aquela que presta “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

A nova lei, que parece mais protetiva, na medida em que exige

a fiscalização por parte da tomadora, em realidade inaugura – na linha do entendimento jurisprudencial dominante no Brasil – a possibilidade de responsabilização “subsidiária” da tomadora, sempre que provada a efetiva fiscalização[□].

Há, portanto, uma evidente diferença na conduta adotada pelo Uruguai, em relação ao Brasil. Lá, a técnica da terceirização, com suas consequências nocivas a todo o conteúdo que informa a relação de emprego (central ao Direito do trabalho), foi disciplinada. Há, aí, a vantagem do reconhecimento da responsabilidade, inclusive solidária, da tomadora, por lei própria, bem como a atribuição específica do ônus da prova, em caso de reclamatória trabalhista. De outra parte, não resta dúvida de que a positivação do fenômeno implica desistir da luta que contra ele ainda se trava no âmbito do Direito do Trabalho no Brasil.

Trata-se de um modo absolutamente diverso de enfrentar o problema da precarização das relações de trabalho por meio da terceirização, e que na Europa recebeu o nome de flexissegurança[□]. A ideia de flexibilizar garantindo algum nível de segurança aos trabalhadores (o que Souto Maior chama de “mal menor”[□]) surge na Europa, e de certo modo está retratada no “Livro Verde sobre Relações Laborais da União Europeia”, cujo escopo é fortalecer a competitividade econômica e a base é o denominado Consenso de Washington, seguido igualmente pelos países da América Latina.

Apresentado o panorama legal acerca da matéria, passaremos agora ao exame da jurisprudência acerca do assunto.

2. A terceirização na jurisprudência

A primeira observação a ser feita, após o exame de jurisprudências uruguaias e brasileiras acerca da terceirização, é de que em ambos países, as tomadoras de serviço oferecem defesa em que negam qualquer responsabilidade. Alegam ilegitimidade passiva e pretendem sua exclusão do feito[□]. A terceirização, portanto, disciplinada ou não em normativo legal, continua tendo, na realidade social, sua eficácia social reconhecida apenas para efeitos econômicos. Em outras palavras, ao empreender, a empresa facilmente opta pelo repasse da mão de obra a terceiro. Entretanto, ao ser demandada, não aceita a responsabilidade pelo risco que assumiu ao fazê-lo.

Nos dois países, acaba sendo do Juiz do Trabalho a tarefa de declarar a responsabilidade e determinar o pagamento pelos créditos. Nesse aspecto, a

legitimação do ‘fenômeno’ pela edição de lei que o regula não parece ter tido o efeito de gerar uma responsabilidade social. É no âmbito do processo e, portanto, apenas com a intervenção do Estado-Juiz, que a tomadora responde.

A jurisprudência tem reconhecido o dever da tomadora de responder pelos créditos trabalhistas, sempre que a empregadora formal for reconhecida como inadimplente.

No Uruguai, as jurisprudências examinadas revelam discussão acerca da natureza da responsabilidade da tomadora e de sua inclusão como responsável, a partir do rol de atividades passíveis de terceirização, elencadas na Lei

O argumento é interessante, porque compreender como taxativo o rol legal para as atividades passíveis de serem terceirizadas deveria ter o efeito de declarar a fraude na intermediação de mão de obra em relação a quaisquer outras tarefas. O objetivo da empresa, no processo em exame, era, porém, eximir-se de qualquer responsabilidade. A sentença definitiva n. 527/2011, da lavra do Ministro Redator Dr. Julio Alfredo Posada Xavier, do Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, datada de 16 de novembro de 2011, ressalta que o rol legal não é taxativo, incluindo todas as atividades passíveis de serem terceirizadas, mesmo não contempladas no dispositivo legal.

Trata-se de discussão travada também em âmbito doutrinário. Em recente artigo publicado na revista *Derecho Laboral*, de número 247, Alejandro Castello, Professor Adjunto da Facultad de Derecho de la Universidad de la República, faz referência a essa interpretação da lei de forma restritiva, para o efeito de permitir exploração de força de trabalho sem responsabilidade. □

Refere que a Lei 18.251, já em sua exposição de motivos, deixa clara a intenção de delimitar seu campo de aplicação às relações contratuais que originam relações de trabalho triangulares, na forma da Recomendação n. 198 da OIT. Essa Recomendação estabelece que deve ser objetivo dos países membros:

combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção.

O autor prossegue mencionando, entretanto, que em seu entendimento o rol de atividades referido na lei é taxativo e diz com o repasse das atividades de “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia”. O problema dessa compreensão é a conclusão, expressa pelo autor, de que nas demais atividades, não havendo falar em terceirização, não há, igualmente, responsabilidade da tomadora dos serviços. A Recomendação n. 198 da OIT, porém, é flagrantemente tendente a majorar as hipóteses de reconhecimento de vínculo direto, restringindo a possibilidade de repasse de mão de obra, e não o alcance da responsabilidade daqueles que dela se beneficiam.

A jurisprudência examinada, além de superar essa visão restritiva, firma premissa importante para a fixação da natureza da responsabilidade (solidária ou subsidiária) da tomadora. Refere que a fiscalização exigida pela lei específica deve ser efetivamente demonstrada pela tomadora. Não basta, portanto, referir tenha solicitado os documentos para a prestadora. A tomadora dos serviços deve demonstrar que efetivamente os obteve e os analisou, a fim de prevenir prejuízos aos trabalhadores. Transcreve-se o trecho da sentença definitiva em que essa conclusão é exposta:

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma....Así, a vía de ejemplo, dicha circunstancia surgirá debidamente probada en los casos en que se haya intimado al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra a regularizar su situación, o se haya rescindido tempestivamente el contrato civil o comercial a causa del incumplimiento.

No mesmo sentido, a sentença definitiva n. 30, de 18 de abril de 2012, faz constar que o tomador “será responsable subsidiario si ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista sobre el monto y cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como la protección de contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art, 4 de la Ley N° 18251).” Em caso contrário, si no ejerce este derecho a ser informado, su responsabilidad será solidaria”. Não basta, pois, alegar tenha solicitado documentos, sendo necessário verificar tenha ocorrido a efetiva fiscalização pela tomadora, para que haja reconhecimento de responsabilidade subsidiária.

É importante ressaltar que essa “natureza” diversa não subsiste no direito brasileiro, em que não há lei disciplinando de modo específico a terceirização, nem por consequência, a responsabilidade da tomadora, como já salientamos. A súmula 331 do TST, quando faz referência à responsabilidade subsidiária, se apropria de um termo teórico relativo à disposições contidas no Código Civil, que se destinam aos sócios e fiadores.

Na sentença n° 30, de 18 de abril de 2012, da lavra da Dra. Ana Gabriela Rivas, Juez Letrado, enfrentam-se outras discussões interessantes acerca da terceirização. Há referência à discussão jurisprudencial sobre a definição do que seria, para efeitos legais, subcontratação laboral. Havia entendimento de que a subcontratação só se caracterizaria quando existisse contrato comercial principal e um contrato acessório, e havia, também, o entendimento de que qualquer forma de atividade contratada poderia caracterizar-se como subcontrato para efeitos trabalhistas. A sentença cita, nesse sentido, doutrina de “Rosenbaum y Castello, Subcontratación e intermediación, p. 141 y ss”.

Com a edição da Lei n° 18251 a discussão perde sentido, já que o texto claramente refere que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”. (artigo 1º, A)

Segunda essa concepção, ressalta a sentença, a subcontratação existe mesmo quando “hay un único contrato, de naturaleza comercial o civil, entre la empresa y el subcontratista y luego un contrato de trabajo entre el subcontratista y el trabajador”. Sendo desnecessária a formalização de um subcontrato na forma da lei civil. A decisão ressalta que para efeito de responsabilidade trabalhista, “el concepto de esporádico no es idéntico al concepto de “ocasional””, e, seguindo doutrina de Barbagelata, acrescenta que “puede interpretarse que tareas ocasionales son aquellas de carácter excepcional, provisional o anormal, con relación al giro regular de la empresa y destaca la corta duración de las mismas (citado por Garmendia y Gauthier, en Tercerizaciones, p. 100). Tarefas realizadas de modo esporádico, portanto, seguem constituindo tarefas subcontratadas, a atrair a responsabilidade da tomadora de serviços.

A jurisprudência brasileira trazida a debate também apresenta elementos interessantes. No processo 0032800-13.2008.5.04.0601, reconhece a ilicitude da terceirização. Embora admita a observância da súmula 331 do TST, o Relator observa que o repasse de atividade-fim afronta as disposições do Direito do Trabalho no Brasil. A ementa é assim redigida:

CONDICÃO DE BANCÁRIO. Hipótese em que se trata, inequivocamente, de terceirização de mão de obra irregular, repudiada pelo ordenamento jurídico. Airregularidade da contratação, no caso, emerge da sua finalidade, de suprir necessidade de mão de obra para o atendimento à atividade fim do tomador. Enquadramento pelas atividades efetivamente desempenhadas. Apelo provido.

O Relator Alexandre Correa da Cruz ressalta tratar-se de típica hipótese de configuração de subordinação objetiva, suficiente para caracterizar a existência de relação jurídica de emprego diretamente com a suposta tomadora. Observa com perfeição que conforme a autorizada doutrina de Ribeiro de Vilhena, “as premissas básicas do conceito de subordinação objetiva ou funcional” são:

(a) o trabalho não se separa da pessoa do prestador, havendo, contudo, relação de imediatidade com o trabalho e não com o prestador de serviços; (b) a intervenção do poder jurídico do empregador na conduta do empregado justifica-se exclusivamente

em razão da manutenção da atividade do empregado em favor da empresa; (c) o limite de exercício do poder de direção é a adequação da atividade do prestador à atividade da empresa; (d) o trabalho do empregado é exercido por meio de atos autônomos, conquanto, no seu todo, são orientados pelo empregador; (e) o que se integra na empresa é a atividade do trabalhador e não a sua pessoa; (f) a atividade do empregado é imprescindível à atividade da empresa, havendo o acoplamento delas, em razão de expectativas recíprocas anteriores das partes; (g) a inserção ocorre de atividade em atividade e não de pessoa em pessoa

Desse modo, quando a atividade reverte em proveito de empreendimento que não lhe pertence e não permanece com os frutos do seu trabalho, nem assume os riscos de ganhos ou perdas pelo risco do negócio, trata-se de simples exploração de força de trabalho pelo capital, nos moldes do capitalismo clássico e na forma dos artigos 2º e 3º da CLT. O Relator ressalta o fato de que a teoria da subordinação objetiva propõe, em realidade, uma nova concepção de subordinação, preocupada em incluir na proteção regulatória” do Direito do Trabalho aqueles trabalhadores que estão inseridos no âmbito de repercussão das deliberações da empresa, ou seja, pretende integrar os trabalhadores desprotegidos pelo sistema de acumulação flexível.

Em outra decisão proferida no processo n. 00650-2009-373-04-00-4, proferida pelo Juiz do Trabalho Almiro Eduardo de Almeida, igualmente é reconhecida a irregularidade da terceirização, evidenciada como uma estratégia empresarial para mascarar a existência de vínculo de emprego, evitando, assim, o pagamento das verbas trabalhistas que daí decorrem. Trata-se do repasse de tarefas necessárias à confecção de sapatos, para ateliês contratados muitas vezes para trabalhar com exclusividade para duas ou três empresas, das quais depende financeiramente. Esses ateliês acabam por se caracterizar, na prática, como linhas de produção das fábricas de calçado.

A decisão refere que “é de conhecimento geral que a produção de calçados depende, quase que exclusivamente, de trabalho manual. É praticamente impossível produzir um par de sapatos sem a utilização de um grande número de trabalhadores. E formula a seguinte pergunta: de que modo poderia a segunda reclamada produzir um grande número de produtos a um custo baixo? A resposta encontrada pela segunda demandada parece óbvia, e está bem à nossa frente neste mesmo processo.” A resposta é o repasse de força de trabalho sob a forma de terceirização.

E a sentença continua, expondo de modo brilhante a realidade que é de conhecimento público na região calçadista do sul do país, mas que a ‘técnica empresarial’ da terceirização maquia, com a benevolência da jurisprudência majoritária:

A precarização das relações trabalhistas geradas pela “terceirização” no setor calçadista é tão grande que fica até difícil saber exatamente quem trabalhou para quem. Débora trabalhou para Marizete e para João, o qual também trabalhou para Marizete e depois trabalhou por conta própria e cuja filha trabalhou em seu favor.

Caminhando por determinadas ruas é possível ver toda uma “linha de produção” montada em garagens, sem qualquer estrutura. (...)

Diante do que foi dito, resta claro que a relação mantida entre as reclamadas visou, portanto, mascarar a real relação de trabalho existente, configurando fraude aos direitos trabalhistas, razão pela qual as reclamadas devem responder de forma solidária pelos créditos devidos à reclamante.

Há, por fim, outra sentença da lavra do mesmo magistrado, em que os fundamentos jurídicos positivados para o reconhecimento da responsabilidade da tomadora dos serviços são explicitados com clareza, tornando evidente a necessidade de resgatarmos a verdadeira motivação das decisões, ultrapassando a fase em que infelizmente nos encontramos no Brasil, de reduzir a fundamentação à mera citação de um entendimento jurisprudencial consolidado.

O Juiz Almiro Eduardo de Almeida refere que os fundamentos para a responsabilidade devem ser perseguidos no Código Civil, inclusive se partirmos da premissa, defendida por aqueles que “terceirizam”, de que entre as empresas que se beneficiam da força de trabalho existe uma relação contratual. Menciona que “de acordo com o artigo 932, inciso III, combinado com os artigos 933 e 942, parágrafo único, todos do Código Civil, o comitente responde, independentemente de culpa, de forma solidária com os seus prepostos pelos atos destes. No caso da terceirização, a figura do comitente coincide com a do tomador dos serviços, sendo a empresa prestadora, por ele contratada, considerada sua preposta.”

E acrescenta que:

A responsabilidade objetiva se dá, ainda, pela aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, visto que ao terceirizar

a atividade, a empresa tomadora, transferindo parcela de sua atividade para a realização por parte de outra empresa, aumenta o risco dos trabalhadores contratados por esta de não receberem seus créditos trabalhistas, ou, em uma projeção mais otimista, de terem seus créditos satisfeitos tardiamente, não antes sem árdua luta processual contra a ex-empregadora e a tomadora de seus serviços, como sói acontecer nas ações trabalhistas propostas perante esta Justiça especializada. Não se deve esquecer, a propósito, que, tanto pela aplicação da teoria do risco criado quanto pela aplicação da teoria do risco proveito, aquele que cria o risco e retira o proveito da atividade econômica deve responder pelo seu custo. (...)

A par disso, diante da função social do contrato, os seus efeitos não se limitam às partes contratantes, gerando obrigações em face de terceiros (relativização do princípio dos efeitos interpartes dos contratos). Assim, ao contratar empresa interposta em processo de terceirização, ainda que legítima, a empresa tomadora deve responder pelos prejuízos causados aos empregados daquela, sob pena de não restar observado um dos fins sociais do empreendimento econômico (art. 187 do Código Civil), que é a valorização do trabalho humano (art. 170 da Constituição Federal).

Infelizmente, esse não é o retrato da jurisprudência dominante, que reconhece mera responsabilidade subsidiária e, como já mencionamos, e exige a presença da tomadora no pólo passivo da demanda, para que seja viabilizada a execução contra seus bens. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE MÃO DE OBRA. O tomador dos serviços é responsável subsidiário pela satisfação das verbas trabalhistas referentes ao contrato de trabalho mantido entre a parte autora e a empresa prestadora de serviços no período em que beneficiário dos serviços prestados, em caso de inadimplemento do devedor principal. Aplicação da Súmula 331, IV, do TST. (ACÓRDÃO 0177600-76.2009.5.04.0221)

Há, porém, decisões proferidas no sentido de ampliar a proteção ao trabalhador, seja desconstituindo a terceirização, por entender configurado o repasse de atividade-fim (necessária à realização do empreendimento) e a

formação de vínculo direto com a tomadora, seja reconhecendo a responsabilidade solidária :

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Hipótese em que as reclamadas concorreram à terceirização ilícita de serviços, razão de se justificar a responsabilidade solidária fixada em sentença. Inteligência dos arts. 9º da CLT e 942, caput, do CPC. Recurso ao qual se nega provimento. (ACÓRDÃO 0009500-44.2009.5.04.0841)

A opção brasileira em, por enquanto, não legitimar o fenômeno através de legislação própria, a existência de mecanismos como aqueles mencionados em decisão antes referida, no âmbito civil, assim como a existência de uma jurisprudência de resistência, oferecem certo conforto aos intérpretes aplicadores que acreditam no caráter construtivo de que se deve revestir o Direito do Trabalho.

Conclusão

Um discurso com tom de dogma insiste em tentar convencer a todos da inevitabilidade da flexibilização nas relações trabalhistas, da qual a terceirização é talvez a face mais perversa. As jurisprudências examinadas nos indicam dois caminhos diversos, escolhidos por cada um dos países examinados.

Enquanto o Uruguai, a exemplo de tantos outros países, optou por disciplinar a triangulação da relação de trabalho, visando de certo modo limitá-la e estabelecer claramente a responsabilidade do tomador, o Brasil adotou (pelo menos até agora) caminho diverso.

No Brasil, ainda há possibilidade de resistência ao reconhecimento do fenômeno da terceirização como algo adequado à ordem constitucional vigente. Como vimos no início desse breve estudo, a Constituição brasileira garante aos trabalhadores o direito fundamental à relação de emprego, enquanto a CLT define as figuras do empregado e do empregador. Empregador é quem, auferindo vantagens, dirige a atividade e assume o ônus do empreendimento. Há de se reconhecer, portanto, pela própria definição contida na CLT, como empregador todo aquele que efetivamente empregue a mão de obra do trabalhador.

As jurisprudências examinadas revelam que a prática continua sendo a de negar não apenas esse conceito de relação de trabalho, mas também a responsabilidade da tomadora, ainda que nessa qualidade. Mesmo em situações como a do Uruguai, em que a terceirização é legalmente aceita e disciplinada, as empresas continuam a pretender sua pura e simples exclusão em relação a qualquer responsabilidade diante do contrato de trabalho.

A lógica liberal encontra na terceirização um excelente aliado. Empreender com a finalidade de lucro, sem qualquer responsabilidade pelos indivíduos que contrata talvez seja o ápice dessa ideia de exploração sem limites e, especialmente, sem preocupação com o Outro.

Insistimos no fato de que a regulamentação ampla do fenômeno da terceirização não tem servido a promover a efetiva modificação das relações sociais, com o reconhecimento espontâneo de que as tomadoras de serviço são responsáveis pelos créditos dos trabalhadores, cuja mão de obra reverte em seu favor. Essa talvez seja a maior lição que o Direito do Trabalho brasileiro tem a aprender com a realidade uruguaia.

Destacamos, ainda, a importante existência de uma jurisprudência de resistência à precarização das relações de trabalho. Tanto no Uruguai, quanto no Brasil, percebemos que o Poder Judiciário trabalhista vem enfrentando a questão com certa dose de coragem, buscando evitar a precarização das conquistas sociais.

Ainda há, porém, um longo caminho a percorrer nesta encruzilhada em que se encontra o Direito do Trabalho. Acreditamos que esse caminho passa pelo enfrentamento direto e sem mediações, do fenômeno da terceirização, reconhecendo-o como um entrave à realização de um Estado que se pretenda social e inclusivo.

Por isso, encerramos o artigo com a citação de uma música brasileira que define bem o quão amargo é o gosto da terceirização para todos aqueles que acreditam no Direito do Trabalho como instrumento de efetivação de Estados que, embora capitalistas, tenham compromisso com a solidariedade.

Os terceirizados não têm voz nem vez. Seu grito é mudo, sufocado por uma pretensa necessidade de desenvolvimento econômico. Esquecemos que a economia capitalista forja-se inclusive por meio de regras de proteção ao trabalho, a fim de impor limites e condições a essa dinâmica relação que o capital (fruto da criatividade humana) estabelece com o trabalho (parte da condição humana). O discurso de flexibilização, em que a terceirização está

inserida, inverte a lógica histórica de construção do Estado liberal e nos propõe um retorno descomprometido, à realidade do século XVIII.

Talvez os juízes devam romper o silêncio, que especialmente no Brasil permeia as discussões acerca da necessidade e da conveniência de edição de uma lei regulamentando a terceirização, e reconhecer, com a experiência dos demais países ocidentais, o erro histórico que representa o reconhecimento da ruptura da dualidade capital x trabalho e a admissão de interposição de atravessadores na exploração do trabalho humano.

Como beber dessa bebida amarga
Tragar a dor, engolir a labuta
Mesmo calada a boca resta o peito
Silêncio na cidade não se escuta

(...)

Como é difícil acordar calado
se na calada da noite eu me dano
quero lançar um grito desumano
que é a maneira de ser escutado

(...)

Esse silêncio todo me atordoia
atordoados eu permaneço atento
na arquibancada pra qualquer momento
ver emergir o monstro da lagoa

(Cálice. Chico Buarque de Holanda)

Referências

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTELLO, Alejandro. Alcance de la responsabilidad laboral en caso de subcontratación. Derecho laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e

informaciones sociales. Montevideo, tomo LV, n. 247, p. 521-534, jul./set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008.

DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2006

SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

_____. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.