

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E AS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Arnaldo Süssekind*

SUMÁRIO: I – A subcontratação de serviços, o Enunciado TST/331 e a jurisprudência; II – Considerações doutrinárias sobre a terceirização; III – Cooperativas de trabalho: legislação e natureza jurídica; IV – O novo parágrafo do art. 442 da CLT; V – A recomendação da OIT sobre cooperativas.

I – A SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS, O ENUNCIADO TST/331 E A JURISPRUDÊNCIA

A exigência de reduzir custos da produção de bens e serviços, em decorrência da globalização da economia e da imposição das leis do mercado (não observadas plenamente por alguns países desenvolvidos), levou muitas empresas a subcontratar terceiras pessoas, naturais ou jurídicas, para a execução de segmentos dos respectivos empreendimentos.

No Brasil, essa subcontratação (terceirização) é o objeto do Enunciado nº 331, de 1993, do Tribunal Superior do Trabalho, sendo certo que a legislação é omissa a respeito, salvo para: a) serviços de vigilância; b) algumas atividades da Administração Pública; c) prestação de serviços transitórios por trabalhador vinculado a empresa de trabalho provisório. Nesta última hipótese, a Lei nº 6.019, de 1974, prevê a delegação do poder de comando da contratada à contratante.

O item fundamental desse Enunciado preceitua:

“Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

A contrário senso, excluídas essas hipóteses, a relação de emprego se configura, tal como explicita o mesmo Enunciado e confirma a jurisprudência.

O conceito de atividade-meio, que se contrapõe ao da atividade-fim, tem gerado controvérsia, sobretudo na doutrina, a qual, tendo em vista o direito comparado, pondera que algumas atividades-fim poderiam ser terceirizadas, enquanto que certas atividades-meio (p. ex.: serviço de pessoal ou de recursos humanos) não deveriam ser objeto de terceirização.

* *Ministro aposentado do TST e titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

O douto ministro do TST, VANTUIL ABDALA, principal redator do Enunciado, ao focalizar a questão no II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho da Escola Nacional da Magistratura (Foz do Iguaçu, Novembro de 1995), assinalou:

“A realidade sócio-econômica estava a demonstrar que era inexorável a adoção pelas empresas do sistema de delegar a terceiros ou a terceiras a execução de serviços complementares à sua finalidade.”

E, reconhecendo que nem sempre é fácil distinguir a atividade-meio da atividade-fim, tendo em vista o objetivo final da empresa contratante, pondera que o Juiz deverá levar *“em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos”* (Rev. LTr., nº 60, SP., 1996, págs. 587/8).

Nesse sentido também nos manifestamos num dos renomados congressos promovidos pela Revista LTr., em São Paulo: a *“terceirização deveria restringir-se à contratação de empresas especializadas em segmentos da produção não correspondentes ao objetivo final da contratante ou para a execução de atividades-meio não fundamentais ao funcionamento da empresa”*.

A jurisprudência tem admitido a terceirização dos serviços de restaurante ou de preparação de alimentação; de vigilância ou segurança; de conservação e limpeza do estabelecimento; de conservação e assistência a máquinas, elevadores e outros equipamentos; de assistência médica, jurídica ou contábil; de transporte; de seleção e treinamento de pessoal. Mas só excepcionalmente, quando indispensável, os serviços terceirizados devem ser prestados no estabelecimento ou local de trabalho da empresa contratante.

II – CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Não basta, como se infere da precitada norma, que o objeto do contrato de prestação de serviços possa ser terceirizado. Imprescindível será que o trabalho seja executado sob o poder de comando dos dirigentes ou prepostos da firma terceirizada e não sob a direção do tomador dos serviços (Somente no trabalho temporário como já assinalamos, a Lei nº 6.019/74 autoriza a delegação do poder de comando). Esse poder, atribuído ao empregador, por assumir o risco do empreendimento (art. 2º da CLT), se desdobra nos poderes diretivo, hierárquico e disciplinar.

Se o trabalhador registrado como empregado da firma contratada prestar serviços à contratante sob o poder de comando desta, configurada estará a relação de emprego com esta última, fundada no princípio da primazia da realidade, que é amplamente admitido no direito do trabalho (cf. os arts. 9º e 442 da CLT).

Como escrevemos alhures, *“o que importa é que os trabalhadores não fiquem juridicamente subordinados à empresa contratante, numa operação triangular só admitida nos casos de trabalho temporário, prestando os respectivos serviços sob a direção e a disciplina da mesma. O empregador desses trabalhadores, responsável primário pelo cumprimento das obrigações social-trabalhistas, é a empresa contratada. À empresa*

contratante, responsável pela escolha da contratada, é atribuída a responsabilidade subsidiária” (“Direito Constitucional do Trabalho”, Rio, Renovar, 2ª ed., 2001, págs. 100/1).

Essa responsabilidade, subsidiária e não solidária, é afirmada pelo referido Enunciado (item IV). Só entre empresas do mesmo grupo econômico é que a responsabilidade é solidária (art. 2º, § 2º da CLT).

III – COOPERATIVAS DE TRABALHO: LEGISLAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

A Constituição faculta a criação de cooperativas na forma da lei (art. 5º, XVIII), a qual deve apoiar e estimular essa e outras formas de associativismo (§ 2º do art. 174). Por seu turno, o cooperativismo foi catalogado entre os objetivos da política agrícola (art. 187, VI).

Lei nº 5.764, de 1971, que dispõe sobre a Política Nacional de Cooperativismo, esclarece;

“Art. 3º – Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

E sublinhou que as cooperativas são sociedades de pessoas “constituídas para prestar serviços aos associados”, cuja admissão deve ficar limitada” às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços” (art. 4º, *caput* e inciso XI).

Por conseguinte, entre os cooperativados prevalece a *affectio societatis*, que constitui “o elemento subjetivo essencial para a formação da sociedade ou associação, traduzida na obrigação mútua assumida pelos sócios de combinarem seus esforços e recursos para lograr fins comuns” (“Dicionário jurídico” da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, redigido por seu presidente, D.M. Othon Sidou, Rio, Forense Universitária, 4ª ed., 1996, pág. 35). Isto é, os trabalhadores que se associam para a formação de uma cooperativa de trabalho, nela e para ela executam as respectivas tarefas. A cooperativa é que negocia com terceiros a venda do que produz e divide o resultado financeiro com os seus associados, em obediência ao seu estatuto.

As cooperativas de trabalho podem ser contratadas para a produção de bens ou de serviços com observância das disposições do Enunciado nº 331, do TST. Mas a produção objeto da subcontratação, ainda que pertinente o seu objeto, há de ser executada na cooperativa contratada, em regime de cooperação entre os seus associados (*affectio societatis*), e não em estabelecimento da contratante, como se fossem seus empregados. Aplicam-se, portanto, à hipótese as considerações aduzidas sobre a terceirização em geral (Seções I e II deste trabalho).

Dai porque o trabalhador cooperativado não pode ter relação de emprego nem com a cooperativa, nem com as empresas que com ela negociam para a contratação de bens ou serviços.

Consoante a advertência de Eduardo Gabriel Saad, “é de primordial importância que se ressalte a circunstância de que uma cooperativa de trabalho não é uma

agência de emprego, nem pode reunir profissionais que trabalham com vínculo empregatício” (“Suplemento Trabalhista” LTr. nº 127/99, SP, pág. 670).

IV – O NOVO PARÁGRAFO DO ART. 442 DA CLT

A Lei nº 8.949, de 1994, aditou um parágrafo ao art. 442 da CLT, com a seguinte redação:

“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Esse acréscimo, porque óbvio e desnecessário, gerou a falsa impressão e o conseqüente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços às empresas contratantes, sob a supervisão ou direção destas, sem a caracterização da relação de emprego. Na verdade, porém, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador dos serviços quando os cooperativados trabalham na cooperativa e para a cooperativa de que são partes, como seus associados. Conforme sublinhei alhures, “O tomador dos serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação jurídica e de fato com a sociedade e não uma relação fática, com efeitos jurídicos, com os cooperativados” (“Direito Constitucional do Trabalho”, Rev. Renovar, 2ª ed., 2001, pág. 105).

V – A RECOMENDAÇÃO DA OIT SOBRE COOPERATIVAS

O trabalho de cooperativados, e não a aquisição de bens e serviços das cooperativas, vem sendo utilizado largamente em fraude à lei, para encobrir incontestáveis relações de emprego, não obstante a judiciosa reação da Justiça do Trabalho. Quem presta serviços não eventuais a uma empresa, juridicamente subordinado ao seu poder de comando, dela é empregado (arts. 2º e 3º da CLT), qualquer que seja o rótulo dado ao contrato formalmente estipulado.

Precisamente porque essa simulação não ocorre apenas no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, na conferência geral de junho do corrente ano, a Recomendação nº 185, na qual, entre inúmeras disposições, acentua:

“8.1– As políticas nacionais deveriam, especialmente,

.....

b) velar para que não se possa criar ou utilizar cooperativas para evitar a legislação do trabalho, nem que ela sirva para estabelecer relações de trabalho encobertas, e lutar contra as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, visando a que a legislação do trabalho se aplique em todas as empresas.”

Aplaudo, neste ensejo, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra da Silva Martins Filho por sua primorosa atuação na Comissão sobre a promoção das cooperativas, da mencionada Conferência, sobretudo porque a expressão “e combater as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores”, resultou da Emenda D. 60, que ele apresentou e defendeu com ardor no seio da Comissão.