

LATINOAMÉRICA

O REGIME DA SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

O regime da subcontratação de serviços no Direito do Trabalho brasileiro

No presente texto, analisaremos os principais conceitos relacionados à forma de regulamentação da subcontratação no Brasil. A regulação das consequências e limites de tal prática foram estabelecidos pela jurisprudência brasileira com base nos princípios históricos de proteção ao trabalhador do Direito do Trabalho. Entretanto, os limites entre terceirização regular e cessão fraudulenta de mão-de-obra, em face dos conceitos estabelecidos pela jurisprudência, nem sempre são de fácil distinção, o que constitui grande dilema para o Direito do Trabalho, especialmente no setor de serviços.

As relações de trabalho nos últimas décadas sofreram diversas modificações decorrentes da alteração no sistema produtivo e nos métodos de gestão de mão-de-obra.

A gênese do sistema de subcontratação ou *outsourcing* de serviços advém da necessidade econômica de as empresas remodelarem sua estrutura produtiva visando à criação de modelos mais eficazes, baseados na especialização das atividades. Historicamente, a terminologia «terceirização» utilizada no Brasil advém de vocabulário de administração de empresas e gestão de pessoas, criando-se neologismo relacionado com a idéia da existência de uma empresa interveniente. Muito embora se possa criticar a terminologia por se distanciar da noção jurídica de terceiro, o termo «terceirização» é amplamente aceito pela comunidade acadêmica e empresarial no Brasil.

Juridicamente, a terceirização demanda uma regulação específica, uma vez que aparentemente rompe com o binômio clássico empregado-empregador criando categorias complexas que necessitam ser melhor analisadas diante do inexorável processo de descentralização e especialização das relações de produção.

Diante deste cenário, o Direito do Trabalho buscou ordenar tal fenômeno segundo seus princípios históricos de proteção ao trabalhador. A construção do modelo de regulação da terceirização no Brasil tem contorno nitidamente jurisprudencial, que foi obrigada a criar elementos de adaptação aos princípios inerentes ao Direito do Trabalho.

No presente texto, pretendemos analisar os principais conceitos relacionados à forma de regulamen-

The outsourcing of services regime in the Brazilian Labour Law

In this article we will analyze the main concepts related to outsourcing regulations in Brazil. The setting of limits and consequences arising from such practice have been established by Brazilian case law based on the Labour Law historical principles of workers' protection. However, the boundaries between regular outsourcing and a fraudulent transference of manpower – in view of the criteria established by case law – are not always easy to distinguish, as this situation constitutes a major dilemma for Labour Law, especially in the service sector.

tação da terceirização no Brasil, os riscos e vantagens desta forma de contratação e, finalmente, de forma sucinta, refletiremos criticamente sobre os desafios do direito do trabalho em relação ao presente tema

Conceito

Entende-se por terceirização a transferência de atividades para empresa especializada, de forma a liberar a empresa contratante tomadora dos serviços para o desenvolvimento de sua atividade principal, bem como diminuir os custos provenientes da contratação direta de mão-de-obra.

A cessão de mão-de-obra, por sua vez, é a mera colocação à disposição da empresa contratante de trabalhadores que realizem serviços contínuos, que constituem necessidade permanente da contratante, ligados ou não a sua atividade fim. Estes trabalhadores embora cedidos pela prestadora seriam gerenciados pela empresa tomadora de mão-de-obra.

A legislação trabalhista não contém regras claras que disciplinem a terceirização de serviços, sendo tal procedimento aceito pelos juizes do trabalho brasileiro de maneira reservada, visando a evitar prejuízos aos trabalhadores. A jurisprudência, à luz dos princípios protetores do Direito do Trabalho, consolidou posicionamento de a terceirização somente ser admitida nos casos de trabalho temporário ou para realização de atividade-meio da empresa, sendo considerada ilegal tanto a terceirização referente às atividades-fim da contratante ou a mera cessão de mão-de-obra para ser gerenciada

pelo próprio contratante, sendo presumida, nesses casos, a ocorrência de fraude aos direitos trabalhistas de tais empregados.

Nesse sentido a determinação da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, como se observa dos incisos I e III, da Súmula n.º 331, daquele tribunal:

N.º 331. 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 n.º 6.019, de 03.01.1974). (...)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 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. (...)

O objetivo do Tribunal Superior do Trabalho com tal súmula é reprimir a fraude aos direitos do trabalhador praticada por meio da ilícita intermediação de empresas fornecedoras de mão-de-obra, que lucram às custas da exploração do trabalho. O que se veda é o «*marchandage*», ou seja, a pura e simples intermediação do trabalho alheio, como objetivo determinante do contrato entre duas empresas, e não a terceirização de serviços.

Cessão de mão-de-obra x Terceirização

Nem sempre é fácil estabelecer a linha divisória entre terceirização regular e cessão fraudulenta de mão-de-obra, em face desses conceitos, o que constitui grande dilema para o Direito do Trabalho, especialmente no setor de serviços. De qualquer forma, é possível a distinção entre a cessão irregular de mão-de-obra e a verdadeira terceirização.

Para identificar a terceirização lícita, há que se partir da existência de uma atividade ou ciclo da produção atribuído integralmente ao subcontratado. Ao se terceirizar determinada atividade se está, em última análise, contratando um serviço especializado ou uma obra definida, que o contratado realiza com superior qualidade e produtividade, constituindo fase autônoma no processo produtivo.

Tal contratação não visa a contratar pessoas, mas sim um serviço, com vistas a um resultado. O que

se busca é a realização de tarefas especializadas não desenvolvidas pela contratante, sob a direção de terceiro que possui domínio de determinada tecnologia e/ou técnica para a prestação de determinado serviço ou tarefa, envolvendo uma atividade-meio da empresa tomadora.

A empresa contratada, ou subcontratada, além de desenvolver uma atividade específica e peculiar, dirige a prestação pessoal dos serviços prestados pelos seus próprios empregados e responde pelas obrigações trabalhistas. Este assume os riscos, obrigações e responsabilidades próprios da sua condição, com organização e gestão próprias, realizando as obras ou serviços a ele confiados pelo tomador.

Casos de pura intermediação de mão-de-obra para exploração do trabalho, nos quais os empregados da empresa prestadora de serviços trabalhem mediante pessoalidade, subordinação direta, onerosidade e não-eventualidade em relação ao tomador de serviços, são considerados fraude à legislação trabalhista e, segundo a exegese do artigo 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho («*CLT*»), considerados nulos em caso de ajuizamento de reclamação trabalhista ou fiscalização por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo, nestes casos, reconhecido vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador do serviço.

Merece também destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à terceirização ilegal, o qual, visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, ajuíza ações civis públicas requerendo não só seja a empresa compelida a cessar a prática de terceirização ilícita, como, em muitos casos, que também seja ela condenada a pagar multa por danos morais coletivos.

Atividade-meio x atividade-fim

Nos termos da Súmula n.º 331 do TST, somente podem ser terceirizadas atividades de apoio ao processo produtivo, afastando qualquer possibilidade de terceirizar a atividade principal da tomadora. Caso isso aconteça, haverá a descaracterização da terceirização e os trabalhadores serão considerados empregados da tomadora, pois a empresa não poderia supostamente repassar ao terceiro a execução de sua própria atividade-fim. Nesse sentido o posicionamento da maioria dos tribunais trabalhistas:

TERCEIRIZAÇÃO - ILICITUDE - VÍNCULO DE EMPREGO - SÚMULA N.º 331, I, DO TST A ter-

ceirização reveste-se de ilicitude e gera vínculo de emprego com o tomador dos serviços quando comprovado que o Reclamante ocupava-se de serviços vinculados à atividade-fim da empresa, tudo a teor da Súmula n.º 331 do TST. Recurso de Revista conhecido parcialmente e provido. (TST - RR 601/2007-007-24-00.0, Relator(a): Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Publicação: 23/10/2009)

RELAÇÃO DE EMPREGO. TRABALHO NA ATIVIDADE FIM DA EMPRESA. Evidenciado nos autos que o reclamante prestava serviços na atividade fim da empresa, não há como deixar de reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes. É inconcebível a «terceirização» dos objetivos da empresa. Inteligência da Súmula n.º 331, I, do Col. TST. (TRT-10ª Região - RO 01120-2008-004-10-00-0, Relator(a): Desembargador André R. P. V. Damasceno, 1ª Turma, Publicação: 23/10/2009)

No entanto, nem sempre é fácil distinguir o que compõe as atividades de apoio, que admitem terceirização, das chamadas atividades-fim. Dentro do processo produtivo, as atividades podem ser classificadas em permanentes ou excepcionais, sendo as permanentes divididas em atividades principais e de apoio. Excepcionais são aquelas desvinculadas dos objetivos sociais da empresa, enquanto as atividades permanentes envolvem o próprio processo produtivo.

Em outras palavras, a atividade-fim corresponde à vocação da empresa e, por isso, deve ser realizada diretamente pelo concurso de seus próprios empregados. As atividades de apoio, periféricas ao processo principal, tais como limpeza, manutenção e segurança, podem ser terceirizadas, nos termos da Súmula n.º 331 do TST.

Na prática, porém, não é simples distinguir as atividades de apoio daquelas que se inserem como parte do processo principal da empresa, nem sempre sendo possível identificar com segurança a regularidade do processo de terceirização.

Isso porque, diante do dinamismo da economia e o grau de especialização cada vez maior das empresas decorrente da incorporação de novas tecnologias, referidos conceitos de «atividade-meio» e «atividade-fim» muitas vezes encontram-se em zonas cinzentas e chegam até mesmo a se confundir, pois uma atividade que antigamente estaria inserida no processo produtivo e era considerada essencial, hoje pode ser acessória.

O que ocorre, na realidade, é que os tribunais trabalhistas brasileiros, à luz dos princípios protetores

do Direito do Trabalho e como forma de salvaguardar os trabalhadores quanto a uma possível degradação de suas condições de trabalho e supressão de direitos em decorrência de sua contratação por meio de empresas prestadoras de serviço que lhes proporcionem menos benefícios e piores condições de trabalho, na maioria das vezes, mantêm uma visão corporativista das relações trabalhistas e não acompanham as modernas tendências econômicas, considerando como fraude contratações absolutamente lícitas.

A verdade é que embora sedimentado jurisprudencialmente, o impedimento de terceirização da atividade-fim além de ser critério de contornos pouco claros e difícil interpretação, representa um desvirtuamento ao princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170, da Constituição Federal. Com efeito, impedir práticas gerenciais que valorizem a especialização na produção, além de constituir entrave injustificável e contrário aos princípios da livre iniciativa, resultam em um maior custo do produto nacional e possível fator cerceador da criação de mais empregos.

Obviamente que as fraudes decorrentes da mera cessão de mão-de-obra ou criação de empresas de fachada sem qualquer especialização devem ser combatidas. Porém, os critérios de proibição irrestrita da terceirização de atividade-fim nos parece gerar efeitos demasiadamente perniciosos para o desenvolvimento da gestão empresarial baseada em novos métodos e tecnologias.

A exceção das empresas de Telecomunicações e Concessionárias

Apesar da inexistência de regulamentação legal específica em relação ao procedimento de terceirização, as leis n.º 8.987/95 – que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – e n.º 9.472/97 – relativa à organização dos serviços de telecomunicações – autorizam as empresas concessionárias de serviços públicos e de serviços de telecomunicações a contratar com terceiros o desenvolvimento de «atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço».

Tal disposição é entendida pela maioria da jurisprudência como sendo um permissivo legal para a terceirização tanto das atividades-meio quanto das atividades-fim por parte de tais empresas.

Entretanto, o conceito de «atividade inerente» é muito controvertido e, mesmo diante de tal dispo-

sição legal, muitas vezes a terceirização das atividades-fim em tais hipóteses não é aceita pelos juizes do trabalho, não sendo por eles consideradas as «atividades inerentes» como expressão equivalente a «atividade-fim», mantendo-se, assim, a vedação a tal prática prevista pela Súmula n.º 331, do TST.

A constitucionalidade de tais previsões legais quanto à terceirização de atividades nos setores de telecomunicações e concessionárias de serviços públicos encontra-se em discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

Responsabilidades das partes envolvidas

Definidos os critérios que devem pautar a análise da legalidade da terceirização, afastando a «*marchandage*» ou qualquer outra modalidade de fraude, cabe verificar a questão da responsabilidade por créditos trabalhistas. Como regra, quem responde pelos direitos do trabalhador envolvido no processo de terceirização é sempre seu empregador, seja real, seja aparente.

No entanto, a jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho, por analogia ao art. 455, da CLT, e buscando evitar prejuízos aos trabalhadores que prestaram sua força de trabalho, acabou ampliando a responsabilidade dos tomadores em casos de terceirização. Nesse sentido o posicionamento consolidado da jurisprudência daquele tribunal consolidado no inciso IV da Súmula n.º 331:

N.º 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993).

Assim, de acordo com a Súmula n.º 331, no caso de inadimplemento ou insolvência do prestador, o tomador responde de forma subsidiária pelos passivos trabalhistas. Daí resulta o direito regressivo para seu ressarcimento, por aplicação analógica do artigo 455 da CLT.

Ao adotar a técnica da responsabilidade subsidiária do tomador quanto às obrigações trabalhistas da

prestadora, a preocupação do legislador é estimular o controle, pelo tomador, da idoneidade econômica da fornecedora e sua aptidão para garantir os direitos dos trabalhadores, uma vez que tal procedimento evitaria ou, no mínimo, reduziria a formação de passivo trabalhista que, posteriormente, poderá ser subsidiariamente cobrado da empresa contratante.

Terceirização - tomador dos serviços - responsabilidade subsidiária -

A terceirização dos serviços não exime o seu tomador da responsabilidade pelo adimplemento dos encargos trabalhistas, mormente quando se tem patente a inadimplência, a insolvência ou o sumiço do prestador dos serviços. Trata-se de responsabilidade subsidiária, derivada da culpa in eligendo e in vigilando do tomador dos serviços, em relação à empresa que contratou, como fornecedora da mão-de-obra, dita terceirizada. Afinal, se o tomador dos serviços escolhe, como prestadora, pessoa jurídica não cumpridora de suas obrigações, deve arcar com os riscos assumidos. Assim se erigiu o inciso IV do Súmula 331 do C. TST, cuja aplicação é a arma de quem, diretamente, põe a sua força de trabalho a favor de terceiros, mediante empresa interposta, e que não pode ficar à mercê de sua própria sorte. (TRT 15ª R. – RO 013798/2000 – Rel. Juiz Luiz Antônio Lazarim – DOESP 04.03.2002)

Tal busca pela garantia dos direitos dos trabalhadores nos processos de terceirização também se manifesta em legislações de outros países, porém muitas vezes esta é implementada de forma distinta. Para o Direito do Trabalho espanhol, por exemplo, as empresas são livres para terceirizar suas atividades, sejam elas principais ou acessórias, partes de sua atividade fim ou não. Entretanto, a terceirização da atividade-fim da empresa (em espanhol, a *propia actividad*), apesar de legalmente permitida, ocasiona a responsabilização solidária do tomador de serviços em relação a eventuais salários e contribuições previdenciárias não pagos pela contratada.

Contrariamente ao que ocorreu em países como a Espanha, no Brasil, o princípio da livre iniciativa não foi privilegiado em relação à terceirização de serviços, ficando tal prática restrita apenas a atividades acessórias da empresa não relacionadas à sua atividade fim e, ainda assim, mediante responsabilização subsidiária da tomadora em caso de inadimplemento de quaisquer obrigações trabalhistas por parte da contratada.

Conclusão

Apesar de a legislação trabalhista brasileira não possuir regras específicas que disciplinem a terceirização de serviços, à luz da jurisprudência consolidada na Súmula n.º 331, do TST, tal procedimento tem sido aceito pelos juízes do trabalho de maneira restrita, sendo a terceirização admitida apenas nos casos de trabalho temporário ou para realização de atividade-meio da empresa. A contrário senso, a terceirização referente às atividades-fim da contratante ou a mera cessão de mão-de-obra são entendidas pelos juízes como fraude aos direitos trabalhistas de tais empregados, sendo consideradas ilegais em tais hipóteses.

Além das controvérsias ocasionadas pela amplitude dos conceitos de atividade-fim e atividade-meio da empresa, mesmo nos casos de terceirização de ati-

vidades assessorias, a Justiça do Trabalho entende que o tomador responde de forma subsidiária pelos passivos trabalhistas da empresa contratada no caso de inadimplemento ou insolvência do prestador.

Dessa forma, verifica-se que a terceirização, ao lado dos evidentes benefícios de produtividade, qualidade e economia que proporciona, apresenta também diversos riscos. Por isso, na busca de maior segurança em relação a eventuais passivos trabalhistas decorrentes de tal procedimento, mostra-se necessário que, ao se terceirizar serviços, seja observado pelas empresas que este seja de apoio às atividades da contratante, e que o prestador, além de especializado na atividade a ser realizada, cumpra rigorosamente suas obrigações trabalhistas.

**RICARDO DE PAULA ALVES E
ARTUR PIRES DE AQUINO***

* Abogados destacados en la Oficina de Sao Paulo.