

TERCEIRIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

ARNALDO SÜSSEKIND*

1 — REESTRUTURAÇÃO DA PRODUÇÃO EMPRESARIAL

A revolução tecnológica acelerada ocorrida, a partir dos anos 70, visando, sobretudo, a informática, a telemática e a robotização, constituíram a era pós-industrial. E a ampliação da concorrência (por vezes desleal), exigiu melhor qualidade dos bens e serviços, além da redução dos custos (produtividade).

Consequências de relevo foi a horizontalização da produção empresarial, ao invés da verticalização iniciada no século XX.

Antes: conglomerados empresariais ou grandes empresas tratavam da matéria-prima e da venda ao consumidor. Agora cada empresa procura concentrar as suas pesquisas na formação profissional de seu pessoal, de seus investimentos, de seus programas de produção e a administração superior das atividades caracterizadoras do fim da empresa, isto é, do seu objetivo social e, também daqueles que, embora constituindo atividade-meio, são essenciais para o seu funcionamento.

A verdade é que a terceirização trata da descentralização e transferência a terceiros de atividades de uma empresa que não são consideradas essenciais e indispensáveis à verdadeira finalidade a que se propõe.

Isto acarreta, inevitavelmente, uma redefinição do próprio conceito de negócio empresarial. Este deixa de ser abrangente, abarcando ampla gama de produtos e torna-se específico, voltado apenas para a verdadeira vocação de empresa. A estratégia passa a ser a da especialização e concentração em áreas em que a própria empresa possua vantagens, o que resulta na formação de parcerias ou, ainda, em um sistema empresarial.

“O que se busca com isso é o incremento da eficiência, como também a redução de custos, causada pelo enxugamento da estrutura da empresa. Partindo-se da premissa de que uma empresa especializada m determinada atividade é capaz de desenvolvê-la com maior rapidez, melhor tecnologia e a preços mais acessíveis, esta estratégia possibilitaria a obtenção do fim almejado por todo empresário: maior qualidade e produtividade a preços mais baixos” (Journal dos Trabalhadores no Comércio do Brasil”, Brasília, dez. de 1988, pág. 5).

II — CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

O Enunciado nº 331, do TST, adotado em 1993 para substituir o de nº 256, de 1986, preceitua:

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 6.019/74).

II — 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”

III — Outrossim, o conceito de atividade-meio vem-se alargando. A terceirização tem sido admitida para serviços especializados, complementares da atividade-fim da empresa. Conforme acentua AMAURY MASCARO NASCIMENTO, “a atividade-meio deve ser compreendida como aquela que dá suporte ao desenvolvimento, pela empresa, de sua função preponderante e principal, enquadrando-se, também no conceito, serviços especializados que são etapas de montagem de produto principal” (Ver “BIT” nº 78, Nov./97, pág. 27).

O Ministro VANTUIL ABDALA, principal relator do Enunciado 331, esclarece:

“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 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”

— Daí o nosso entendimento: a terceirização corresponde à contratação de empresas especializadas em seguimentos da produção não correspondentes

ao objetivo final da contratante ou para a execução de atividade-meio não fundamentais ao funcionamento da empresa.

— A jurisprudência tem admitido a terceirização dos serviços de restaurantes ou de preparação de alimentação; de segurança; de conservação e limpeza, de conservação e assistência a máquinas, elevadores e outros equipamentos; de assistência médica, jurídica ou contábil; de transporte; de seleção e treinamento de pessoal.

III — TERCEIRIZAÇÃO LEGÍTIMA OU SIMULADA

Não basta que o objeto da prestação de serviço possa ser terceirizado. Imprescindível será que essa prestação seja executada 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, a Lei nº 6.019/74 autoriza a delegação do poder de comando); b) não acarrete, direta ou indiretamente, pagamento de salário pelo usuário.

A Justiça do Trabalho tem reconhecido reiteradamente o contrato de emprego, ainda que a relação jurídica tenha sido simulada sob o outro título. Consoante sublinha PLÁ RODRIGUES, “em matéria trabalhista importa o que ocorre na prática mais do que as partes pactuam em forma mais ou menos solene ou expressa” (“Los principios de Derecho DeL Trabajo”, pág. 234).

Os princípios constitucionais constante dos arts. 7º, 170 e 193, além dos arts, 9º e 442 da CLT, fundamentam esta conclusão.

IV — COOPERATIVAS DE TRABALHO

Tratando dessas cooperativas, registrei em livro:

“A Constituição faculta a criação de cooperativas, na forma da lei (§ 2º do art. 174). Por seu turno, o cooperativismo foi catalogado entre os objetivos da política agrícola (art. 178, VI).

“Já o Decreto Legislativo nº 22.239, de 1932, esclarecia que as cooperativas podem ter “por objeto qualquer gênero de operação ou de atividade” (§ 2º do art. 16) e definiu as cooperativas de trabalho como aquelas constituídas de operários que, “dispensando a intervenção do patrão ou empresário, se propõem a contratar ou executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns” (art. 24). A Lei nº 5.764, de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e dispõe sobre o regime jurídico das sociedades cooperativas, revogando somente as disposições em contrário (art. 117), estatui:

“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)” (“Direito Constitucional do Trabalho”, pág. 86)..

Na síntese do magistrado ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA,

“As cooperativas de Trabalho detêm, como associados-cooperativados, trabalhadores que, dispensando a intervenção de terceiros qualificados como patrões, dispõem-se a contratar determinados serviços relacionados a suas profissões ou ofícios, em razão do conjunto, seja pelo trabalho de todos, seja pelo trabalho de grupos, em prol do bem comum geral”(“As cooperativas de Trabalho, in publicação de TRT da 10ª Região, abril/maio de 1998, pág. 4).

Para RAIMUNDO SIMÃO DE MELLO, Procurador-Chefe do MPT da 15ª Região, a verdadeira cooperativa se caracteriza pelos seguintes requisitos:

“1) animus/espontaneidade quanto à criação da cooperativa e do trabalho prestado;

2) independência e autonomia dos seus cooperados, que obedecem apenas as diretrizes gerais e comuns estabelecidas nos estudos da cooperativa;

3) objetivo comum que une os associados pela solidariedade;

4) autogestão;

5) liberdade de associação e desassociação;

6) não flutuação dos associados no quadro cooperativado.

E acentuou:

“A cooperativa de trabalho é criada por profissionais autônomos que se unem em um empreendimento e prestam seus serviços à coletividade e a terceiros, sem nenhuma intermediação” (“Cooperativas de Trabalho” in Trabalho em Revista” de dezembro de 1996, pág. 33).

Em recente livro, aduzi:

“Entre as cooperativas 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”.

Daí a ter a precitada lei de 1971 estatuído:

“Art.90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

“A Lei nº 8.949, de 1994, repetiu essa norma ao editar um parágrafo (único) ao art. 442 da CLT, e acrescentou:

“nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Por fim, conclui:

“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, só não forma vínculo empregatício com o tomador dos serviços, quando os cooperativados trabalham na cooperativa e para a cooperativa de que são partes, como seus associados. 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” (Ob. cit., pág. 87).

Conforme escreveu 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 trabalhem com vínculo empregatício” (“Suplemento Trabalhista LTr., nº 127/99”).

Para que a cooperativa de trabalho funcione de acordo com o sistema legal pertinente, é imprescindível, como advertiu AMAURY, que se observem os seguintes aspectos: “a) salários, que não devem ser pagos pelo Contratante por que associados de cooperativas não recebem salários do mesmo mas, apenas, dividendos da cooperativa; b) honorários de trabalho que não podem ser estabelecidos pelo Contratante por que se assim for estará mantendo a subordinação; c) ordens diretas de serviço que devem ser eliminadas uma vez que os cooperativados estão sujeitos unicamente às diretrizes fixadas pela cooperativa de acordo com as suas deliberações em assembléia interna da mesa; d) organização autônoma da cooperativa, sendo de toda a conveniência que a mesma tenha capital e equipamentos próprios; e) inexistência de exclusividade para o Contratante, o que significa que a cooperativa deve ser livre de prestar serviços para aqueles que quiser; f) idoneidade da prestadora uma vez que, evidentemente, não há proteção ao trabalhador se a empresa prestadora da qual é empregado não tem meios de responder, com o seu patrimônio, pelos débitos trabalhistas ou se não apresenta condições mínimas de natureza econômica para funcionamento, aspecto que tem motivado a responsabilidade subsidiária” (TST, E. nº 331, do contratante).

Destarte, as cooperativas de trabalho permanecem fora do campo de incidência do art. 7º, da Constituição, sempre que operarem de conformidade

com a sua estruturação jurídica e finalidade social. Inversamente, quando os cooperativados trabalharem, na realidade, como empregados do tomador dos serviços da cooperativa, configurada estará a relação de emprego entre eles e a empresa contratante. Aplicar-se-ão ao caso o princípio da primazia da realidade consagrado no art. 9º da CLT, tal como referido no Enunciado TST nº 331 e prevalece na doutrina e na jurisprudência.

VI — ESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Na responsabilidade solidária qualquer dos devedores é integralmente responsável pelo débito mas, como dispõe o art. 8.896 do Código Civil,

“A solidariedade não presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Parágrafo único. Há solidariedade quando da mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação à dívida toda”.

Já a responsabilidade subsidiária ocorre somente na inadimplência do devedor originário: culpa *in eligendo* (art. 1518, 1521, 1522 e 1523 do Código Civil) — inadimplência e não insolvência.

O art. 455 da CLT é explícito no que tange à sub-empregada:

“Nos contratos de sub-empregada responderá o subempregado pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empregado principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único. Ao empregado principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregado e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”.

A culpa extracontratual está baseada no dever legal de não causar dano a outrem, nascendo daí a teoria do risco, bem como “a culpa *in eligendo*, quando há má escolha da pessoa a quem uma tarefa é confiada” (Caio Mário da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, pág. 281).

Consoante o TST, “A culpa *in eligendo* por parte da tomadora de serviços em virtude da idoneidade econômica da prestadora de serviços, implica responsabilidade subsidiária daquela em relação aos direitos trabalhistas dos empregados desta, e não responsabilidade solidária” (Ac. da 1ª Turma no RR-191.515/95, Rel. Min. RONALDO LEAL, *in* “Consulex” nº 7, junho de 1997, pág. 209). E o Enunciado nº 331 do mais alto tribunal de Justiça do Trabalho reza:

“IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

NOTA

* Ministro (aposentado) do Tribunal Superior do Trabalho.