

Doutrina

TERCEIRIZAÇÃO - 14 | 24 | SET | 2012

Título: TERCEIRIZAÇÃO E OS RISCOS JURÍDICO-TRABALHISTAS DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Autor: Gustavo Cauduro Hermes

Por: Gustavo Cauduro Hermes

Advogado e Administrador de Empresas. Atua nacionalmente como palestrante, consultor e assessor organizacional nas áreas de redação, gestão, fiscalização e auditoria de contratos com terceiros, planejamento e avaliação de processos terceirizados e quarteirizados, redução e prevenção de passivo trabalhista, bem como na normatização e manualização de procedimentos de contratação. Diretor da AUGURE Desenvolvimento Empresarial Ltda. Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Licitações e Contratos Administrativos do Instituto Nacional de Gestão Pública - INGEPE. Foi professor no curso de graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA /RS por 14 anos. Foi professor no curso de graduação em Administração da Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM/RS. Palestrante e facilitador de treinamentos abertos e fechados relacionados com temáticas de contratação, incluindo licitações e projetos básicos, em diversas organizações, dentre as quais destacam-se Auditoria do Estado do Espírito Santo, Banco do Brasil, Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, DELL, EMBRAER, FLEM - Fundação Luis Eduardo Magalhães, INFRAERO, ITAIPU Binacional, PETROBRAS, REFAP - Refinaria Alberto Pasqualini, SENAC/RS, TELEFÔNICA, TRENSURB S.A., Tribunal de Contas da União-DF, Tribunal de Justiça da Bahia, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunais Regionais Eleitorais de São Paulo, Rio de Janeiro, Maranhão, Tocantins e Paraná, Tribunal Superior Eleitoral, Universidade Federal do Pará, e outras. Autor de diversos artigos publicados e co-autor dos livros "Gerenciamento de Contratos na Administração Pública", publicado pela Editora Makron Books em 1998 e já esgotado e do livro "Subsídios para Contratação Administrativa", publicado pelo Ingepe Editora, atualmente na 2ª. Edição, de 2011.

SUMÁRIO: 1 Definindo a Terceirização; 2. Vantagens Auferidas com a Terceirização; 3. Contratando Atividades Terceirizadas; 4. Riscos Jurídico-trabalhistas Inerentes à Terceirização; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

1. DEFININDO A TERCEIRIZAÇÃO

A Terceirização chegou a ser tachada como o mecanismo de fraude trabalhista mais difundido no meio empresarial brasileiro. Sua aplicação traz consigo um temor jurídico-trabalhista, pois não são poucos os julgados que condenam empresas *terceirizadoras* e *terceirizadas* a pagar verbas imprevistas e muitas vezes vultosas aos trabalhadores engajados no processo.

O início da prática efetiva da Terceirização admite grandes divergências entre os doutrinadores. Da década de cinquenta a meados da década de noventa encontram-se menções. O fato é que, indubitavelmente, a contratação de empresas de fora da tomadora para realizarem certas atividades necessárias ao processo produtivo já era prática constatada na década de cinquenta nos Estados Unidos da América. Contudo, não se tem dados concretos de que esta prática era generalizada e,

tampouco, se era por opção empresarial ou imposição do mercado. Logo, pode-se dizer que como instituto, mesmo que intrinsecamente considerada, a Terceirização remonta à década de cinquenta em âmbito mundial.

No cenário nacional, no início dos anos noventa já se verificavam focos de implantação da terceirização em diversas empresas, tendo sido a Riocell S.A., empresa do ramo de celulose então sediada na cidade de Guaíba, no Rio Grande do Sul, considerada uma das vanguardistas, posteriormente incorporada pela Aracruz Celulose. Ao seu diretor-superintendente da época, Aldo Sani, e ao advogado que deu a sustentação jurídica naquele momento, Jerônimo Souto Leiria, atribui-se o mérito de terem sido os criadores do instituto como é hoje conhecido, tendo inclusive Leiria escrito o primeiro livro sobre o tema no país, ainda em 1991.

Atualmente, a *Terceirização* já se firmou no cenário nacional como forma juridicamente admissível de estruturação das atividades organizacionais. Contudo, sua implantação e manutenção exige uma série de cuidados doravante estudados, especialmente no que concerne aos contratos de prestação de serviços decorrentes e respectiva gestão, incluída a aí a fiscalização trabalhista específica.

Terceirização consiste numa forma de estruturar o funcionamento de uma organização repassando a terceiros especialistas, prestadores de serviços, a responsabilidade pela execução de determinadas atividades afastadas do foco da tomadora. Sua definição, em que pese importe em algumas divergências, mantém uma certa harmonia entre os doutrinadores.

Para POLONIO[1], *Terceirização* é "a contratação de terceiros para a execução de trabalhos pertinentes às atividades das empresas tomadoras".

CARRION[2], em conceito mais amplo, assim define a *Terceirização*:

"ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta".

De uma forma ainda mais abrangente, NASCIMENTO[3] admite a *Terceirização* como instituto da administração empresarial assim a definindo:

"processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição."

E acrescenta:

"Para alguns melhor seria terciarização, na medida em que sustentam que o que se aprecia é a valorização do setor terciário da economia."

MARTINS[4], em sua conhecida obra sobre o tema, assim coloca:

"Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários."

Em obra destinada a gestores da administração pública, e em conjunto com outros dois profissionais renomados no meio jurídico-organizacional, Jerônimo Souto Leiria e Marllano Silva Goulart[5], outrora assim definimos a Terceirização:

"Terceirizar é delegar a terceiros habilitados (idôneos e especialistas) atividades de apoio □ as denominadas atividades-meio □ da empresa contratante, que permanece realizando diretamente as chamadas atividades-fim □ ligadas à vocação da empresa □ e as atividades-meio estratégicas (atividades de apoio que, por conveniência gerencial, não são repassadas a terceiros)."

A origem do instituto remonta a preocupações e exigências exclusivas do meio empresarial do fim da década de oitenta. Preocupações como controle e evolução tecnológica de atividades de apoio, redução de ativo imobilizado, flexibilidade e competitividade - leia-se: redução de custos e incremento de qualidade - foram significativas neste processo.

Por uma questão de lógica gerencial, chegou-se à conclusão que o esforço interno para executar atividades destoantes da finalidade de uma empresa conduziam ao exercício desqualificado de tais atividades, repercutindo no produto final entregue ao cliente, ao desgaste interno e perda de foco administrativo, ao desperdício, à limitação quantitativa e, enfim, a uma série de resultados indesejáveis a qualquer empresa.

Por este motivo, muitas empresas brasileiras - e pode-se ousar reconhecer que hoje *todas elas* - apelaram para a *Terceirização*, e estão a praticá-la de uma forma mais ou menos abrangente. Não foi com o único intuito de reduzir custos e desmobilizar sindicatos, como se noticiara na época, mas buscando justamente centrar seus esforços em suas atividades-fim, obter ganhos de qualidade, reduzir seus custos e, adicionalmente, angariar ganhos de flexibilidade.

Note-se, portanto, que o fato da *Terceirização* debruçar-se sobre atividades-meio consiste numa definição gerencial, não jurídica, pois nestas atividades-meio estaria o verdadeiro potencial de ganho da *Terceirização*. Mais adiante vemos que esta segmentação influenciou as interpretações jurídicas, impondo certa restrição à contratação de atividades-fim, ressalvados alguns casos especiais, como em telecomunicações, onde é prevista em disposição legal.

2. VANTAGENS AUFERIDAS COM A TERCEIRIZAÇÃO

Implantando a terceirização, as empresas centram seus esforços em suas atividades-fim, isto é, podem se dedicar mais ao negócio que realmente agrega valor, sobre o qual possuem mais especialidade e, por conseguinte, obtêm ganhos de competitividade no mercado, aumentando sua fatia de mercado e/ou sua lucratividade.

Isto ocorre na medida em que as empresas tomadoras não necessitam mais controlar atividades estranhas à sua especialidade - atividades-meio - que consomem muita energia e recursos para ofertar resultados "amadores" ou menos eficazes e mais caros.

Mesmo nos casos de repasse de atividades-fim, como no caso das telefônicas, esta vantagem pode aparecer, pois certamente a cedência da execução de certas atividades a terceiros faz com que o leque de atividades residuais - "gerenciáveis" internamente - reduza, permitindo a concentração e ajuste de foco, melhorando o rendimento.

Os ganhos de qualidade também são significativos. Tanto a qualidade do produto ou serviço final da tomadora ofertado aos seus clientes, quanto a qualidade dos serviços inerentes às imprescindíveis

atividades-meio, sofrem sensível incremento.

As atividades-meio passam a ser realizadas por uma empresa que realmente conhece o que faz, de sorte a entregarem as melhores soluções técnicas existentes para seus clientes tomadores. Com isso, certas atividades antes inarredavelmente consideradas supérfluas, passam a ser vistas com a máxima prioridade por quem foram incumbidas de desempenhá-las: as empresas prestadoras de serviços.

A redução de custos é outra vantagem possível e almejada, que importa necessariamente em crescimento de lucros. E reduzir custos, bem como incorporar os lucros nas atividades empresariais, longe de ser um mal combatível, é um objetivo lícito e propulsor do progresso da humanidade. Só que a redução de custos experimentada com a terceirização não deriva da lesão a direitos adquiridos por empregados internos ou dos prestadores de serviço, como preconceituosamente alguns comentam, mas sim do incremento tecnológico propiciado pela especialização dos terceiros em suas atividades, e investimento em ferramental de trabalho (mais rapidamente amortizados e atualizados), decorrendo inclusive em redução dos recursos humanos envolvidos, tudo a favor da queda de custos.

Adicionalmente, angariar ganhos de flexibilidade sempre foi um objetivo do empresariado. Com a terceirização, os tomadores de serviços se libertam dos custos irreduzíveis com mão-de-obra própria, trocando-os por preços de contratos de prestação de serviços embasados em quantitativos móveis. Além disso, libertam-se da limitação produtiva que seu rígido corpo interno de empregados apresenta e passa a comprar resultados específicos, isto é, quantitativos de serviços mutáveis conforme a necessidade momentânea.

Isto permite afastar a ociosidade tão danosa às empresas, bem como poder incrementar ofertas ao mercado em menor lapso temporal, ante simples incremento na solicitação quantitativa aos terceiros que, devido à sua estrutura dedicada e especializada, têm melhores condições de adaptação rápida e resposta aos anseios do mercado com aumento proporcional de preços (ou até menor em caso de adição), quando ainda não se angarie descontos pela economia de escala.

No âmbito público, esta vantagem ganha um reforço especial, na medida em que a Lei de Licitações prevê alterações quantitativas unilaterais até os limites legais de 25% de modo generalizado, entregando à Administração Pública uma verdadeira ferramenta de flexibilidade de gestão.

3. CONTRATANDO ATIVIDADES TERCEIRIZADAS

A estruturação do processo terceirizado funciona através de contratos de prestação de serviços ou de compra de bens, complementados por mandatos acessórios (que também são contratos) como adiante veremos.

O contrato de prestação de serviços, aquele em que um contratado (prestador de serviços) se compromete a realizar determinada tarefa em benefício do contratante (tomador de serviços), surge como o mais adequado e presente nas estruturas organizacionais atuais porque consiste no único contrato típico adequado às situações postas pela *Terceirização*.

Infelizmente não existe na legislação brasileira uma parte dedicada exclusivamente aos contratos de prestação de serviços, sendo certo que o contemplado no Código Civil a respeito merece diversas ressalvas, dado à excessiva proximidade entre o instituto da locação de serviços com o contrato de trabalho delimitado pela Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive com menção expressa no

Código Civil da palavra salário como retribuição do locador, e outras colidências jurídicas que merecem estudo à parte.

Na já clássica obra sobre contratos[6], de autoria do Prof. Orlando Gomes, e contando com atualização deveras qualificada do Prof. Humberto Theodoro Júnior, o chamado contrato de prestação de serviços "stricto sensu" assim foi definido:

"Sob essa denominação, designa-se o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com independência técnica e sem subordinação hierárquica."

Salvo no tocante à mencionada eventualidade, que parece-nos impropriamente inserida nesta definição, já demonstrando preocupação com decorrências trabalhistas do instituto, de resto é irretocável.

O contrato de prestação de serviços se adapta aos mais diversos tipos de atividades, continuadas e eventuais, essenciais ou supérfluas à organização, com maior ou menor carga técnica requerida, de contratos de limpeza a contratos de consultoria técnica milionários. O importante passa a ser bem estipular tais contratos, evitando dissuasões fraudulentas e equivocadas, e buscando sempre a clara e objetiva contratação de serviços.

Quando se contrata um prestador de serviços, espera-se deste a realização de atividades e não a mera cessão de mão-de-obra. Os próprios juízes do trabalho, tão instados a posicionar-se sobre tal questão, são claros ao oferecer distinção entre Prestação de Serviços e Locação de Mão-de-obra, inclusive proibindo esta última na forma generalizada como tem sido vista.

Muitos profissionais não conseguem visualizar a diferença entre contratar pessoas e contratar serviços, afirmando que estes exigem aquelas. Ora, se exigir o trabalho de pessoas por trás de uma requisição fosse o fundamento necessário para justificar que a contratação é de pessoas, como explicar a compra de uma cadeira, na qual certamente pessoas trabalharam?

Ora, um dos critérios distintivos de serviços e pessoas mais didáticos é a análise da base de pagamento do preço estabelecida na contratação. Se o objeto for uma cadeira, o valor será preestabelecido e fixo por cadeira ou cadeiras, independentemente de quem, quantos e por quanto tempo trabalhou(aram) para fazer a cadeira.

Para serviços, este critério mostra-se igualmente elucidativo: quando se contrata pessoas (seja de forma reconhecida em contrato ou de maneira simulada e fraudulenta) paga-se por seu tempo à disposição, independentemente do resultado do seu trabalho. Exemplo: A hipotética contratação de serviços de limpeza exigindo-se um número determinado de serventes e pagando-se por sua disponibilidade. Se a empresa contratada colocar tais serventes a trabalhar no período todo contratado mensalmente, limpando o tempo inteiro, mas o ambiente não restar sempre efetivamente limpo, paga-se igual ao contratado, pois ele fez sua parte: colocou os trabalhadores requisitados a trabalhar na contratante, provavelmente com preço fixado pelo evitável "homem/hora", na medida em que o objeto contratado pode ser resumido como sendo fornecimento de pessoal para a limpeza e não limpeza de tantos metros quadrados de certo tipo de área. Isto, por mais que se diga ou escreva o contrário no contrato, é contratar pessoas/trabalhadores, e não serviços.

Contratar serviços verdadeiramente é contratar o resultado do trabalho de pessoas, não importando quem ou quantos façam, mas sim os resultados efetivamente entregues do que se objetivou. Paga-se,

por conseguinte, por estes resultados, como, por exemplo, pagar por área limpa (serviços de limpeza), por equipamento consertado ou disponibilidade destes usufruída (manutenção), por caracteres digitados ou laudas (digitação), por atos processuais ou processos acompanhados por mês fechado de assessoria jurídica (advocacia), por unidades transportadas ou quilômetros percorridos (transporte), montante de ligações atendidas (tele-atendimento), etc., e não faxineiras, mecânicos de manutenção, digitadores, advogados, motoristas, telefonistas, etc.

Não é à toa que hoje se fala em "comprar serviços", aparentando equívoco de linguagem, mas se referindo ao sentido de contratar e pagar por um resultado pronto decorrente de um labor especializado, e é justamente isto que deve conter na descrição dos objetos contratados.

A contratação de efetivos serviços oferece uma gama de vantagens empresariais em nível de gerência, controle, custo e qualidade, mas sobretudo minimização de riscos jurídicos (que se equivalem a perdas financeiras - prejuízos). Reduzindo-se as possibilidades e probabilidades da empresa perder demandas judiciais trabalhistas, está-se a reduzir despesas e fomentar lucros.

Já o simples contrato de compra e venda também aparece como alternativa em processos hipoteticamente terceirizados, o que ganhou destaque especialmente nos processos produtivos intitulados de consórcio modular, tipicamente adaptados à fabricação de veículos, mas não a estes limitados.

Nestes, pouco se contrata serviços e muito se compra. A diferença é que se agrega aos bens comprados o benefício da instalação. Compra-se motor instalado, painel de instrumentos instalado, rodas e pneus montados, etc. Com isso, se evita incrementar o número de pessoas laborando em favor da hipotética tomadora. O fato de muitas "montadoras" cederem parte de sua área física para o desenvolvimento de certas atividades em nada desvirtua o contrato existente de natureza jurídica clara de compra e venda mercantil.

Contudo, um terceiro tipo contratual não raras vezes aparece um tanto quanto submerso a tantas relações jurídicas decorrentes da terceirização, qual seja, o de mandato. "Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato", segundo a definição constante no Código Civil Brasileiro, em seu artigo **653**, sendo a procuração o instrumento do mandato, ou seja, sua necessária documentação - constituição física.

O mandato surge como instituto presente nas estruturas terceirizadas na medida em que os empresários titulares das empresas de prestação de serviços não estão presentes o tempo todo de execução de serviços no ambiente do tomador, podendo surgir questões pertinentes ao objeto contratado, sem a necessária presença de representante legal da prestadora de serviços para resolver problemas cotidianos ou emergenciais.

Para solucionar tais situações é que se faz necessário constituir mandatário, empregado ou não, para representar o prestador de serviços perante o tomador dos mesmos. Esta providência, de nomear mandatário, em que pese a possibilidade jurídica de constituir-se tacitamente, há de ser cautelosamente escrita, sob pena de risco de configuração de subordinação direta deste representante e todas as decorrências judiciais trabalhistas daí decorrentes e adiante explanadas. Esta figura por vezes é confundida com o "encarregado" ou "cabo de turma", mas na verdade é um preposto mesmo, como previsto no artigo 68 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) que merece tratamento exemplar como mandatário, do ponto de vista jurídico-documental.

Para Sílvio Rodrigues[7], em sua consistente obra sobre os contratos, integrante de sua coleção sobre Direito Civil,

"a circunstância de o mandatário receber poderes para agir em nome de outrem, ou seja, a idéia de representação, mais do que qualquer outra, distingue o contrato de mandato dos outros contratos, principalmente do de locação de serviços".

Neste sentido, não há que se confundir mandatário com empregado, próprio ou de terceiro, em que pese quanto a este último possa-se haver coincidência.

O mandato, que é contrato na medida em que depende do acordo de vontades de ambas as partes, e não apenas do outorgante mandante, faz-se presente, então, nas relações terceirizadas, por decorrência da necessidade dos prestadores de serviços fazerem-se presentes no contato próximo com o tomador de serviços, através do representante legal □ mandatário, sob pena de configurar subordinação direta de trabalhadores, como adiante exposto.

4. RISCOS JURÍDICO-TRABALHISTAS INERENTES À TERCEIRIZAÇÃO

A estrutura de uma empresa terceirizada, com toda a gama de complexidade inerente ao processo e com os diferentes institutos jurídicos envolvidos, impõe uma série de riscos a serem administrados, de toda a ordem. Neste estudo, busca-se concentrar o foco nos riscos jurídico-trabalhistas, conforme proposta inicial.

Os riscos jurídico-trabalhistas decorrentes de processos terceirizados podem ser assim divididos, para efeitos didáticos:

□ Vínculo de emprego direto entre empregados do terceiro e tomador;

□ Pagamento (subsidiário), pelo tomador, de parcelas trabalhistas devidas aos empregados do prestador de serviços insolvente; e

□ Pagamento (solidário), pelo tomador, de encargos trabalhistas originados pelo prestador de serviços.

O risco de vínculo empregatício decorre da interpretação conjunta dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe:

"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 serviços.

§ 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."

Da interpretação destas normas legais trabalhistas, os doutrinadores têm deduzido requisitos à formação do vínculo de emprego e conceituações acerca da figura do empregado. Nesta linha assim define Amauri Mascaro Nascimento:

*"Empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário."***[8]**

*"Empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outrem serviços não eventuais, subordinados e assalariados."***[9]**

Neste diapasão, somente pessoas físicas poderiam figurar como empregados desde que, simultaneamente, houvesse a presença de quatro requisitos essenciais e cumulativos, a saber: não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Inexistindo um deles apenas, já não se estaria diante de um vínculo empregatício.

Não-eventualidade significa continuidade do trabalho, significa que o trabalho executado há de ser contínuo, permanente, e não episódico. Necessário haver repetição do trabalho de forma a demonstrar constância, habitualidade.

Onerosidade, que melhor seria se chamada de não-gratuidade, é o requisito decorrente da interpretação ampla da palavra salário; significa que o trabalhador tem direito a uma remuneração e que o beneficiário por seu trabalho deve pagá-la. Esta onerosidade pode ser direta ou indireta. Direta, quando pago o salário pelo seu próprio e direto empregador. Indireta, quando tal retribuição vem de outra pessoa que não seu verdadeiro empregador, como ocorre nos casos de terceirização. Nesses casos, há um fluxo financeiro entre tomador e empregados do terceiro com o prestador de serviços e real empregador, figurando no meio desta relação.

Pessoalidade significa que o trabalho há de exigir a prestação pessoal pela pessoa física que se pretenda caracterizar empregado, exigindo efetivo desgaste físico do obreiro selecionado.

Já o requisito da subordinação admite múltiplas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), abaixo transcrita na íntegra, acrescenta ao requisito subordinação o complemento "direta", em seu principal inciso, que é o terceiro, como vemos:

"N" 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE

Revisão do Enunciado 256

1 - 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 6.019, de 03.01.74).

II- A contratação irregular de trabalho, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), 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 de 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 8.666/93, 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 a subordinação direta, mencionada nesta Súmula, significa dar ordens diretamente aos trabalhadores, às pessoas encarregadas de executar as tarefas."

Como se pode inferir, nos contratos de prestação de serviços, especialmente aqueles decorrentes de terceirização, é difícil, senão impossível, afastar os quatro requisitos do vínculo de emprego. A não-eventualidade e onerosidade, por exemplo, sequer foram referidas no inciso terceiro da Súmula em destaque, em sinal de que os ilustres magistrados do TST admitem presentes e inafastáveis tais requisitos, mencionando expressamente a necessidade de afastamento apenas dos demais: pessoalidade e subordinação direta.

Na verdade, nesta parte final da redação original do inciso III do Enunciado em referência existe um equívoco: ao invés de "e" deveria constar um "e/ou" entre as palavras pessoalidade e subordinação, pois afastando-se apenas um destes requisitos já se estaria a afastar a possibilidade de vínculo empregatício, na medida em que são requisitos cumulativos para a configuração da relação de emprego.

Porquanto, o risco de configuração de vínculo empregatício entre tomador de serviços e empregados do prestador de serviços existe, bastando para sua configuração mero descuido operacional que permita a caracterização dos requisitos da pessoalidade e da subordinação direta.

Além disso, no mesmo inciso ora em apreço, impõe-se outros dois requisitos a serem observados sob pena de configurar vínculo de emprego: a necessidade de tratar-se de serviços especializados e de referirem-se à atividades-meio do tomador dos serviços.

A questão da especialização sobre os serviços, do ponto de vista jurídico, limita-se a provar a habilitação específica do terceiro para exercer respectiva atividade. Isto quer dizer, em termos práticos, que somente podem ser contratados terceiros habilitados juridicamente a exercerem tal atividade, o que se comprova pela mera interpretação do objetivo social da pessoa jurídica contratada, ou mesmo pela habilitação pessoal do profissional autônomo. Não se admitiria, à guisa de exemplo, um médico advogar, nem tampouco uma empresa de vigilância prestar serviços de pintura, e assim por diante. Se a empresa foi constituída com a finalidade de executar os serviços que serão contratados, é juridicamente especializada. A sua competência técnica não entra nesta discussão, pois existem empresas especializadas melhores e mais evoluídas e outras piores, mesmo

péssimas, que nem por isto deixam de ser juridicamente consideradas especializadas naqueles serviços.

A questão de exigir-se que os serviços prestados refiram-se à atividade-meio do tomador é mais complexa e polêmica. Primeiramente, cumpre esclarecer a absoluta impertinência deste requisito nesta Súmula, pois não carrega fundamento jurídico algum, tratando-se de verdadeiro exagero normativista dos magistrados envolvidos nesta redação.

Contudo, como condenações podem existir, e existem, com base neste absurdo requisito jurisprudencial muitas vezes descumprido, por vezes de forma autorizada, como nos serviços de telefonia - que, por força da Lei 9.472/97, em seu artigo 94, inciso II, permite a contratação de terceiros para execução de serviços inerentes à atividade da concessionária em telecomunicações, passemos à sua definição. Pois bem, atividades-meio são todas aquelas não se enquadrem como atividade-fim, representando atividades essenciais ou de mero apoio à própria atividade-fim. Atividade-fim, por sua vez, consiste na atividade primordial explorada pelo tomador de serviços, de regra exposta no objetivo/finalidade do estatuto social do tomador de serviços. Tudo o que não estiver contido especificamente na atividade delineada no objeto social do tomador pode ser terceirizado, podendo ser contratada sua execução junto a terceiros.

Neste mesmo sentido, entendem os especialistas na matéria Saratt, Silveira, Daibert e Moraes[10], que identificam e classificam as atividades empresariais em três grupos:

- atividades-meio de apoio;
- atividades-meio essenciais;
- atividades-fim ou vocacionais.

Por esta razão, empresas que terceirizam atividades-fim, sem amparo legal, correm sérios riscos de experimentarem condenações judiciais trabalhistas, por configuração do impedimento contido no inciso III da Súmula 331 do TST.

Na esteira da análise desta importante jurisprudência, ainda é possível encontrar a imposição de responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços referentemente às obrigações trabalhistas dos prestadores de serviços quanto aos seus empregados utilizados nas atividades terceirizadas. Trata-se de mais um risco trabalhista inerente à terceirização.

No exato sentido do acima debatido, esta nova redação oferecida pelo TST à Súmula 331 veio a firmar a regra de co-responsabilidade da Administração Pública em caso de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações, especialmente no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

Em verdade, exalta regra jurídica há muito conhecida, a da *culpa in vigilando*, que vem a ser somada à *culpa in eligendo*, que já estava consagrada em âmbito público desde que foram insertas na habilitação em licitação as comprovações de regularidade trabalhista, e as demais modalidades de culpa admitidas em direito independentemente do negócio jurídico original.

A *culpa in vigilando* é aquela derivada da falta de diligência, atenção, vigilância, fiscalização ou quaisquer outros atos que estariam no bojo obrigacional da pessoa capaz. Ou seja, a conduta mínima previsível, dedutível e exigível do agente.

Ocorre que a Lei de Licitações, referida textualmente na atualizada súmula 331 do TST, é diminuída no tocante à fiscalização de contratos, limitando-se às poucas indicações do Artigo 67, que assim dispõe:

"Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes."

Diante de tão econômico texto, não se pode extrair verdadeiras regras de atuação da Administração Pública na fiscalização de terceiros que possam servir de parâmetro da atuação desejada, e cujo descumprimento pudesse caracterizar *culpa in vigilando*. Limita-se a indicar a necessidade de servidor especialmente designado para a tarefa de acompanhamento e fiscalização, que deverá registrar todas as ocorrências e exigir regularização de falta e defeitos. Mas a amplitude executiva desta fiscalização não é aprofundada na lei.

Neste cenário, mesmo com a declaração de constitucionalidade do Artigo 71 da Lei de Licitações, a verdade é que a Administração Pública mantém-se em situação preocupante, de iminente responsabilização a qualquer momento.

A rigor, as correntes mais radicais pró extensão de responsabilidades poderão simplesmente deduzir que, se houve surgimento de dívida trabalhista durante a relação de trabalho que teve por objeto atender necessidades de um tomador, este foi negligente ou incompetente na fiscalização, de modo que atrai a co-responsabilidade. Algo muito parecido com a preocupante desconsideração da personalidade jurídica de empresas que se tornou regra no cenário trabalhista nacional.

Ocorre que esta dedução é inaceitável, porque o surgimento de dívidas trabalhistas não necessariamente decorre de falta ou falha de fiscalização, e tampouco existe sistema de fiscalização que garanta integral prevenção e fiscalização trabalhista. Isto mesmo, não há como fiscalizar e acenar com 100% de garantia de cumprimento dos direitos trabalhistas. Este controle somente seria hipoteticamente considerado como viável se fossem colocados fiscais individuais sobre cada empregado de terceiro por todo o tempo de sua vida, no trabalho, em casa e mesmo em férias, além de auditoria contínua sobre documentos gerados na relação de trabalho, e mesmo assim subsistiria algum risco.

Ora, aqueles que acreditam no controle trabalhista integral desconhecem a realidade das origens e condenações trabalhistas, e acreditam de modo quase ingênuo que basta analisar os documentos trabalhistas fornecidos pelas contratadas para se garantir a lisura e cumprimento de direitos.

Em primeiro lugar, vem a dificuldade de verificar a autenticidade dos documentos trabalhistas, a maioria gerada em ambientes informatizados e impressos no escritório por impressoras comuns. A ampla maioria se presta a fraudes e falsificações das mais diversas, e existe enorme dificuldade dos tomadores em procederem à conferência das informações. Muitos têm aceitado cegamente os documentos fornecidos e partido para a conferência interna de números e informações.

Nesta fase de auditoria, surge a segunda dificuldade, a de aprofundar o estudo de correção sobremodo quando existe um grande contingente de empregados. É preciso realmente fazer uma consolidação documental de períodos trabalhados, jornadas, salários, benefícios, encargos e etc. Esta conferência já gera enorme trabalho, que merece sistematização executiva e arquivamento adequado, o que tem inclusive incentivado o repasse a outros terceiros para proceder a esta verificação - dita quarteirização.

Ocorre que, mesmo obtida a garantia de originalidade da documentação fornecida e avaliados profundamente seus números, ainda assim não se teria a certeza de correção trabalhista por parte do prestador de serviços. Isto porque nem sempre o que é lançado em documentos confere com a realidade havida, e o Direito do Trabalho é aquele que mais eleva o Princípio da Primazia da Realidade, pelo qual o que mais vale na relação jurídica são os fatos verdadeiramente ocorridos e não os documentos gerados. Por exemplo, é bom lembrar que não é raro no Brasil empregadores obrigarem empregados a registrar saída no registro de ponto e seguirem trabalhando, ou mesmo assinarem e pagarem férias a empregado que não chega a se afastar do trabalho, só para exemplificar situações marcantes e recorrentes em condenações trabalhistas contemporâneas. Para mitigar estes riscos, só acompanhando as 24 (vinte e quatro) horas de cada empregado, que poderia ainda se dirigir ao descanso de sua casa e retomar trabalhos de forma remota (!).

Além disso, importante esclarecer que a responsabilidade em voga é do tipo subsidiária, isto é, aquela em que o responsável somente deve cumprir a obrigação após comprovada impossibilidade de obtê-la junto ao seu devedor original, que caracteriza-se como responsável principal.

Já a responsabilidade solidária é outro tipo de co-obrigatoriedade que impõe ao responsável solidário uma condição de igualdade com o devedor original, permitindo aos credores que cobrem de um ou outro, independentemente de quem gerou a dívida. Neste tipo, enquadram-se as obrigações previdenciárias e fundiárias dos empregados do terceiro, sendo tais encargos de responsabilidade solidária do tomador de serviços, conforme suas leis instituidoras, existindo no tocante a estas, pois, base legal que impõe, inclusive e somente em caso de cessão de mão-de-obra, retenção de 11% sobre a nota fiscal de serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Terceirização chegou para ficar. Hoje em dia é praticamente inconcebível uma empresa permanecer no mercado sem praticar a terceirização. Esta prática, instituída aqui no Brasil há cerca de quinze anos, permite uma série de vantagens aos seus adeptos, e a cada dia mais benefícios são identificados.

Por outro lado, existem riscos, inclusive e sobretudo trabalhistas, em sua operacionalização. Esses riscos dividem-se basicamente em três: risco de vínculo de emprego direto entre tomador de serviços e empregados do prestador dos serviços respectivos, responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo terceiro, e responsabilidade solidária por encargos trabalhistas.

Ocorre que, dentro da estrutura funcional dos processos terceirizados, surgem normalmente muitos contratos de prestação de serviços e mandatos acessórios. Cumpre às partes envolvidas nas atividades terceirizadas acautelarem-se atentamente aos riscos existentes, evitando-os, sob pena de colocar a perder a estruturação terceirizada levada a cabo.

Neste sentido, a redação de contrato escrito de prestação de serviços com objeto bem definido, recaindo sobre verídicos serviços, e sintônico à finalidade estatutária do prestador de serviços surge como primeira providência jurídica.

Em segundo lugar, e não menos importante, em caso do representante legal da contratada (prestadora) não estar acessível a contatos cotidianos de trabalho com o tomador dos serviços, impõe-se nomear representante legal habilitado para estes contatos rotineiros de ajuste operacional. Este representante, verdadeiro mandatário, normalmente também se apresenta como potencial reclamante, razão pela qual a cautela de redigir documento de nomeação deste preposto, aos moldes de uma verdadeira procuração, inclusive com seu aceite firmado no mesmo, mostra-se de grande valia.

Em terceiro lugar, e diante desta estruturação jurídica acima, deve-se evitar possíveis desvios de gerência e finalidade dos contratos de prestação de serviços, visando a não permitir que se exija do contratado objeto diverso do que se contratara ou mesmo que tais exigências cotidianas recaiam sobre pessoa diversa do representante legal da contratada, o que caracterizaria a subordinação direta e o vínculo empregatício por decorrência, em sintonia com o importante princípio trabalhista da primazia da realidade.

Em quarto lugar, cumpre ao tomador, então cauteloso a conter possível configuração de vínculo empregatício, também eger um prestador de serviços idôneo e em boa condição financeira, além de fiscalizar o cumprimento de suas obrigações trabalhistas, inclusive e sobretudo no tocante aos encargos, mas também sobre documentos cotidianos das obrigações trabalhistas e mesmo em auditorias sobre a realidade laboral dos empregados dos terceiros, a fim de minimizar a possível e indesejável hipótese de ser instado a pagar dívidas que não gerou.

Como se viu, são vários os riscos que correm as partes, especialmente os tomadores de serviço, em virtude da terceirização. E o pior, muitos deles arbitrariamente impostos ao empresariado, sem sustentáculo legal. Contdo, muitos destes riscos, como se percebe, são juridicamente administráveis, bastando tomar medidas acautelatórias.

Dentre estas medidas, algumas pessoas entenderam pertinente contratar cooperativas, imaginando estarem sob o manto protetivo das disposições legais explicitamente afastadoras da configuração de vínculo empregatício com cooperados, contempladas no artigo 90 da Lei 5.764/71 e no parágrafo único do artigo 442 da CLT. Esta opção, de contratar cooperativas, não representa uma "salvação" ao vínculo empregatício, pois não são poucos os casos de condenação de empresas que terceirizaram através de cooperativas, tendo bastado que o magistrado considerasse fraudulenta a constituição da cooperativa ou mesmo sua contratação.

A terceirização, mesmo diante dos tropeços e atuais riscos especialmente ligados ao Direito do Trabalho, tem todas as condições para crescer e evoluir no cenário nacional, sendo instituto de grande valia a toda sociedade. Espera-se que os juízes trabalhistas acompanhem estas mudanças, deixando de lado preconceitos e arbitrariedades contra tomadores de serviço, passando a aceitar a terceirização como ela licitamente se apresenta, o que certamente contribuiria para reduzir os riscos tão temidos pelo empresariado e fomentaria a economia nacional.

- [1] POLONIO, Wilson Alves. Terceirização □ Aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000. p.16.
- [2] CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 302.
- [3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 27 ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 174.
- [4] MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.
- [5] HERMES, Gustavo Cauduro; GOULART, Marlano Silva; LEIRIA, Jerônimo Souto. Gerenciamento de Contratos na Administração Pública. São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998. p. 09.
- [6] GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 292.
- [7] RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3. p. 271.
- [8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 2, ed, São Paulo: Saraiva, 1981. p. 302.
- [9] NASCIMENTO, Arnauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 163.
- [10] SARATT, Newton; SILVEIRA, Adriano Dutra da; DAIBERT, Arlindo; MORAES, Rogério Pires. Quarteirização □ Redefinindo a terceirização. Porto Alegre: Badejo, 2000.