

PROCURADORIA TRABALHISTA

Parecer nº 01/97 - Waldir Zagaglia

Contratação de pessoal por entidade conveniada para terceirização de serviço público. Histórico, Evolução e Disciplina de Matéria - Atividade - meio e Atividade - fim. Posição Jurisprudencial. Eventuais Responsabilidades Futuras do Tomador de Serviços (Estado do Rio de Janeiro. Possibilidade de Redução dos Riscos Assumidos.)

1. No que diz respeito às eventuais implicações de ordem trabalhista para o Estado do Rio de Janeiro, pela contratação de pessoal, sob o regime celetista, através da fundação PRÓ-UNI RIO, em decorrência de convênio e termo aditivo que esta fez com o Estado para a terceirização de serviços na área da saúde, temos a dizer o que se segue.

2. A terceirização de serviços vem sendo reconhecida atualmente como uma fórmula capaz de atender às novas demandas no setor privado, propostas por uma economia cada vez mais globalizada, e, no setor público, por uma necessidade inconteste de otimização dos serviços públicos que se compatibilize com o enxugamento da máquina estatal.

Ao que nos parece, é o que se propõe tanto no convênio como no termo aditivo ora examinados.

3. Todavia, a grande questão prática no direito brasileiro quanto às terceirizações, tanto no setor público como no setor privado, é a ausência, quase que total, de regulamentação legal da matéria.

4. A propósito, cabe aqui lembrar que, no Brasil, as terceirizações surgem com previsão legal, em meados da década de 70, para contornar uma situação peculiaríssima e que naquele momento ocorria.

Referimo-nos à questão da segurança bancária que face aos roubos que se tornaram intensos nas agências, fez surgir a legislação federal que passou a exigir daquelas instituições financeiras serviços apropriados de segurança. Paralelamente, permitiu que tais serviços fossem prestados por empresas especializadas da área, dada as especificidades dos serviços de segurança.

Posteriormente passou-se, também por lei federal, a permitir terceirização de serviços de limpeza e higiene. Entendeu-se que a obrigatoriedade de tais serviços nos próprios quadros das empresas não se justificava, eis que nada tinham

que ver com seus objetivos fins, a não ser por opção do próprio empresário empregador.

No mesmo momento, permitiu-se, ainda, e mais uma vez por legislação federal específica, a terceirização da chamada mão-de-obra temporária. Neste caso, a justificativa era a de que não fazia sentido obrigar-se empresa à contratação de empregados em condições usuais, se a demanda era apenas momentânea.

Há de se ressaltar que em todos esses casos a legislação sempre contemplou salvaguardas para que os interesses dos trabalhadores não fossem burlados e a jurisprudência que se firmou, a partir de então, sempre foi extremamente severa na punição do empregador que, pretendendo-se valer da terceirização, na verdade encobria uma relação de emprego direta numa atividade-fim da empresa.

Assim é que o TST baixou a Súmula nº 256 hoje revista no sentido de que, *in verbis*:

“Salvo os casos previstos nas Leis nº 6.019, de 31.01.74 e 7.102, de 20.06.83 é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviço”.

5. Recentemente, esta Súmula foi revista pela Súmula 331 a qual pretendeu regulamentar a questão da terceirização nos seguintes termos:

“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 03.01.74).

II. A contratação irregular de trabalhador, 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 nº 7.102, de 20.08.83), 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 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”.

6. Ao lado disto existe a proibição constitucional, prevista no art. 37, II, c/c o § 2º da Constituição da República, o qual veda, a nível constitucional, que se dê

efeitos jurídicos à contratação para emprego público na administração direta, indireta ou fundacional, sem que o contratado tenha se submetido à prévia aprovação em concurso público.

Por isso mesmo que o inciso II da Súmula 331 acima mencionada estabelece que não gera vínculo de emprego com os órgãos, Administração direta, indireta ou fundacional, a contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta.

7. Cabe neste passo, bater forte na tecla de que o inciso III da Súmula 331 restringe a possibilidade de terceirização, fora daquelas possibilidades previstas pelas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, às hipóteses em que se trate de **serviços especializados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.**

Isto está a significar que em qualquer caso, fora dos expressamente previstos em lei, a terceirização tem que ocorrer em atividade-meio do empregador e jamais em sua atividade-fim. Ademais, exige a jurisprudência que inexistam subordinação direta, isto é, o tomador não pode determinar ou indicar quem deva ser o contratado e o trabalhador contratado há de estar submetido, na prestação de seus serviços, à empresa contratada para a terceirização e não diretamente subordinado à empresa tomadora dos serviços desta.

Fora desta hipótese, não será lícita a terceirização. Nos termos da jurisprudência atual, em caso de demanda judicial, o Judiciário Trabalhista tem reiteradamente declarado o vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços.

8. O grande problema é que nenhuma norma legal nem a Súmula 331 definem, sequer insatisfatoriamente, o que seja atividade-meio e o que seja atividade-fim para os efeitos de terceirização, tendo o TST, ao baixar a referida Súmula, deixado que cada caso fosse analisado de acordo com suas peculiaridades próprias.

Entretanto, alguns parâmetros não podem ser esquecidos. Assim é que a jurisprudência entende como atividade-fim aquela que tem a ver diretamente como objeto da empresa. Por exemplo: não há como uma empresa de transportes coletivos rodoviários terceirizar a atividade de motorista.

9. Em muitos casos, porém, existe uma grande zona cinzenta no que diz respeito à classificação da terceirização como atividade-meio ou como atividade-fim. Veja-se o próprio exemplo acima mencionado em que, se não há possibilidade de terceirização de motorista, o mesmo já não se pode dizer quanto aos serviços de manutenção de frota, pois, se aplicarmos critérios restritivos na interpretação,

concluiremos que se trata de atividade-fim, todavia, se interpretarmos tal expressão com critério mais flexível, podemos entendê-la como atividade-meio.

Na falta de critérios objetivos estabelecidos em lei ou Enunciados do TST, é sempre perigosa uma interpretação da atividade a ser terceirizada, porquanto, ao ser levada ao crivo do Judiciário, tal classificação dependerá do critério mais ou menos flexível que, por convicção pessoal, o órgão jurisdicional adotar.

10. Em qualquer hipótese, havendo terceirização lembramos as salvaguardas previstas no inciso IV da Súmula 331, segundo o qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador gera a responsabilidade do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e este conste também do título executivo judiciário.

11. A razão da penalização encontra-se na sempre presente preocupação do Judiciário trabalhista em evitar fraude ou simulação que subtraia os direitos dos trabalhadores empregados (a esse propósito, veja-se o próprio art. 9º da CLT).

Do ponto de vista jurídico, essa penalização é fruto de farta evolução jurisprudencial no sentido de que, se houver inadimplemento da obrigação trabalhista, deve-se responsabilizar subsidiariamente o tomador de serviços, porquanto teria este, por ação ou por omissão, incorrido em culpa, in eligendo ou in vigilando. Na primeira hipótese, por ter escolhido mal a empresa que contratou; na segunda, por não ter supervisionado as relações da empresa com os empregados contratados.

Por isso que, no setor privado, é usual que no contrato de terceirização se exija da empresa prestadora de serviços uma periódica prestação de contas, quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas. Outro mecanismo utilizado é o de fazer constar em tais contratos a chamada cláusula de retenção. Segundo ao qual permite-se ao tomador de serviços reter a remuneração contratada no caso da não prestação de contas da empresa prestadora de serviços, a fim de que, havendo condenação judicial que responsabilize subsidiariamente a empresa tomadora, possa esta valer-se dos recursos retidos para fazer frente a esta responsabilização.

12. No setor público costuma-se sugerir que, além da cláusula de retenção a constar dos contratos de terceirização, faça-se também licitação, pois que pelo procedimento licitatório afasta-se, de plano, a hipótese do ente administrativo ter incorrido em culpa *in eligendo*. A própria lei de licitações atual disciplina que não haverá responsabilidade trabalhista.

13. O duvidoso, quando se trata de administração pública, é cotejo entre os incisos II e IV da Súmula 331. E, aí, a jurisprudência atual está rigorosamente

dividida entre o entendimento de que um exclui o outro ou o de que ambos se complementam, mesmo no caso da administração pública.

Melhor explicando, alguns dos julgados entendem que, se não há como gerar vínculo de emprego com administração pública (inciso IV da Súmula 331), não há, também, como responsabilizá-la no caso da inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador (inciso IV da Súmula 331). Todavia, outra corrente entende que o inciso IV cuida apenas de uma responsabilidade patrimonial subsidiária, não se cogitando aí de haver ou não vínculo de emprego com o tomador de serviço. Para esta corrente jurisprudencial, o tomador responde subsidiariamente, ainda que lícita a terceirização.

14. Feitas tais considerações, Senhor Subprocurador-Geral do Estado, podemos, à guisa de conclusão, propor o que se segue:

a) A terceirização é uma modalidade moderna de atividade, capaz de atender novas necessidades da produção;

b) Inicialmente prevista para situações peculiares e expressas em lei federal, hoje ela é possível, em tese, mesmo fora daqueles casos expressamente previstos, desde que orientada pelos parâmetros do Enunciado 331 do TST.

c) O grande problema é a falta de uma conceituação do que seja atividade-meio e atividade-fim, o que vem causando grande celeuma na doutrina e na jurisprudência, dependendo da maior ou menor flexibilidade com que se encare tais conceitos.

d) E em qualquer caso, haverá sempre risco de responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelo eventual inadimplemento do empregador (inciso IV da Súmula 331), mesmo em se tratando da administração pública, ante a controvérsia em torno do inciso II da Súmula 331.

e) A fim de livrar a administração pública, pelo menos, de culpa em eleger a empresa responsável pela terceirização, sugere-se que haja prévia licitação para contratá-la.

f) Destarte, o que podemos considerar, na hipótese trazida a exame, é que tudo depende de resguardar-se a situação de contratar dentro das diretrizes que moldam a terceirização de serviços.

g) Finalmente, quanto às eventuais responsabilidades, que, no futuro, possam atingir o Estado, são apenas aquelas previstas na Súmula 331, com as ponderações que fizemos acima.

Essas, Senhor Subprocurador-Geral do Estado, as considerações que entendemos por bem tecer sobre o tema trazido à consulta desta Especializada.

É o parecer,
Salvo melhor juízo.

Em 05.09.97

Waldir Zagaglia
Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista