

Os aspectos relevantes sobre terceirização e o contexto do instituto junto ao direito do trabalho

Por: Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

Publicado: Revista Higipress nº 32 de agosto de 2004, Boletim da associação dos advogados trabalhistas de outubro de 2005.

A terceirização não nasceu num simples “pisar de olhos”, ou mesmo como intenção própria das empresas, mas através de uma necessidade mundial econômica oriunda da desverticalização do sistema estrutural das empresas com o abandono do “*taylorismo e fordismo*” – formas de trabalho excessivamente mecânicas e repetitivas que agregavam unidades de repetição de trabalho no interior da empresa, manutenção de estoque e centralização de tarefas – passando a vigorar o “*toyotismo*” - forma de trabalho descentralizada e horizontal, sem manutenção de estoque, com empregados funcionalmente universais, operações mais compactas, início de efetiva preocupação com a saúde do trabalhador - ou seja, começa a se observar o término da fase “*big is beautiful*”, passando a prevalecer como uma tendência de mercado a fase “*small is beautiful*”. Essa técnica de produção, minimizando custos, recebeu diferentes denominações pelo mundo, como “just in time”, “kaizan” e “kanbam” que sintetizam o projeto de melhoria contínua.

Nessa nova era, a empresa competitiva é aquela cujo produto final apresenta as seguintes características: 1) funcionalidade suprimindo a necessidade a ser atendida 2) qualidade comparativa em relação aos produtos concorrentes 3) um preço tal que o cliente esteja disposto a pagar. (final das reservas de mercado, a nacionalidade do produto, importando o atendimento dos pontos acima). As empresas sofrem, portanto, de um modo geral, um impacto tecnológico e se deparam com o acirramento da competitividade de mercado, transformando suas realidades, restando apagadas inúmeras formas de processos produtivos. Nasce desse contexto, a idéia da terceirização, palavra que tem sua origem na ciência da administração de empresas, e assim foi chamada pela transferência de parte da execução de serviços – que em regra não é inerente ao núcleo de trabalho da empresa - permitindo assim a centralização das forças empresariais na efetiva atividade preponderante por ela desenvolvida. Contudo, não trouxe em seu bojo a solução plena para as necessidades econômicas e sociais das empresas, carregando consigo alguns inconvenientes naturais, e entre eles, as intermináveis demandas trabalhistas, que nesse escopo da terceirização, tiveram seu crescimento desde 1994 em mais de 90% (noventa por cento).

Referida forma de transferência de serviços teve sua efetiva inserção na legislação nacional, e primeiramente de forma isolada na esfera pública, através do decreto lei 200/67 (cunho administrativo), em especial o seu artigo 10º e a lei 5645/70, previsões que nas palavras do ilustre Professor Godinho

“eram uma indução legal à terceirização das atividades meramente executivas, e operacionais na administração pública”.

Observe-se que o parágrafo 7º, do artigo 10º do decreto lei 200/67 dita:

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”. Referido decreto, contudo, não revelou a extensão da terceirização autorizada pela administração pública, ou seja, qual o grupo ou tarefas, atividades e funções que poderiam ser desenvolvidas de tal forma, relatando apenas em seu texto a vaga expressão “tarefas executivas”. Porém, a lei 5645/70 dando maior extensão às hipóteses de terceirização, exemplificou de forma expressa, algumas hipóteses possíveis de terceirização em seu artigo 3º, que dita:

“As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato” (observe-se que são todas atividades de apoio, atividades instrumentais, atividades – meio). No campo privado, apenas em 1974, com a lei do trabalho temporário (lei 6019/74) – que permite a terceirização por tempo limitado - bem como já na década de 1980, com a edição da lei 7102/83 foi introduzida de forma definitiva na legislação privada a terceirização com o trabalho terceirizado do vigilante bancário (permitindo a continuidade da contratação terceirizada), alterada posteriormente pela lei 8863/94 que estendeu a possibilidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição de estabelecimento público ou privado, segurança de pessoas físicas, e transporte de qualquer tipo de carga, alterando a lei 7102/83 nesse aspecto.

Após isso, temos a lei 8036/90, que tentou reunir numa mesma fórmula conceitual o terceiro, empregado e o empregador através de uma relação trilateral, ou seja, considerando de certa forma a terceirização, conforme se observa no seu artigo 15º, parágrafo 1º, quando a lei utiliza a denominação “empregador”, porém não se vale da denominação “empregado”, e sim, trabalhador, o que por si já demonstra a dificuldade de absorção pelo próprio ordenamento jurídico da figura do prestador de serviço terceirizado.

Contrário ao leque de opções de terceirização dada à administração pública pelo decreto lei 200/67 e 5645/70, porém já com um certo progresso, o TST – Tribunal Superior do Trabalho - editou em 1986 o Enunciado de nº 256 (forma de fixação pelo TST de uma corrente de jurisprudência), revisto em dezembro de 1993 pelo Enunciado 331, que permitia apenas a terceirização de serviços temporários e de vigilância.

Após tal fato, em 1988 observamos a previsão constitucional (artigo 37,II parágrafo 2º) impedindo a admissão por entes estatais de trabalhadores sem a realização de concursos públicos, tornando referido Enunciado impróprio quanto as empresas públicas, forçando o TST a rever o Enunciado.

Hoje, referido enunciado tem a seguinte redação:

Enunciado 331:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalhador temporário”

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 (artigo 37, II da CF)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (lei 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta”

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto aquelas 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 conste também do título executivo judicial”

O texto do Enunciado respondeu a algumas das críticas que lhe eram reservadas, somando as hipóteses das leis 200/67 e 5645/70 (**conservação e limpeza e atividades – meio**), até então só permitida para o trabalho temporário e de vigilância, bem como acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores sem a formalidade do concurso público.

Apesar da ausência de poder vinculante, o Enunciado do TST tentou, ou tenta, esclarecer o efetivo contraponto entre terceirização lícita e ilícita, que parece ser (segundo o TST) permitida, portanto lícita, em quatro situações, quais sejam: contrato temporário, contrato de serviços de vigilância, contratos de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade meio da empresa.

Conclui-se com isso, que a terceirização das atividades elencadas no Enunciado são reconhecidas como lícitas, porém tal fato não exclui a responsabilidade do tomador de serviços por eventuais encargos trabalhistas devidos ao empregado pela empresa contratada (inciso IV do Enunciado 331 do TST) para efetuar a prestação dos serviços. Nessa cadeia de contratações de empresas terceirizadas, necessário se faz que vários aspectos sejam observados, sob pena de se perder toda a vantagem da terceirização com o pagamento de indenizações trabalhistas, o que infelizmente não tem sido pouco comum junto aos Tribunais do Trabalho. No campo da prevenção, há que se conhecer a empresa contratada, colhendo informações junto a outros clientes, exigindo certidões de alguns órgãos públicos, comprovação de lastro financeiro e elaboração de um bom contrato de prestação de serviços, o que certamente permitirá a fiscalização do cumprimento do contrato das obrigações trabalhistas da contratada com os funcionários que prestem serviços junto à empresa contratante do trabalho, objeto de terceirização. Importante salientar, que na economia de hoje, a prevenção no caso da terceirização é um remédio eficaz, que sempre evitou maiores feridas, sobretudo na parte financeira das empresas.