

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E AS RESPONSABILIDADES DO FORNECEDOR E DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - UM ENFOQUE MULTIDICIDPLINAR

Henrique Macedo HINZ¹

INTRODUÇÃO

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”. Este aforismo de *Henri de Page* é bastante oportuno quando se trata de analisar qualquer instituto de direito do trabalho. Este ramo do direito, ao tratar do trabalho nos moldes previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, não deve se restringir apenas aos seus aspectos formais, mas principalmente ter em vista a *realidade* que visa regular.

Da mesma forma como o bom profissional do direito tributário é necessariamente um bom conhecedor de contabilidade, o bom profissional do direito do trabalho precisa ter bons conhecimentos sobre o *locus* onde o trabalho é prestado e comprado. Se assim não fizer, os raciocínios lógicos que fará partirão, provavelmente, de premissas falsas, levando fatalmente a conclusões igualmente incorretas, se não injustas.

Embora muito já se tenha dito e escrito a respeito da terceirização trabalhista, é possível se verificar nas petições processuais, nos despachos e decisões judiciais, nos trabalhos acadêmicos e mesmo na imprensa alguns pontos divergentes sobre o assunto.

Mesmo nas sentenças prolatadas em autos de reclamações trabalhistas é muito comum assistirmos a esforços hercúleos dos juízes prolatadores para lidar com este mecanismo e, no mais das vezes, face à ausência de uma legislação específica, elaborarem por meio de raciocínios analógicos, formas de responsabilização do tomador da mão de obra face à falência ou simplesmente desaparecimento do fornecedor da mesma².

A utilização deste instrumento de administração só tende a aumentar no meio empresarial, face à realidade ali vivida, com imediatos reflexos na ordem jurídica, visto que os conflitos de interesses neste campo são usuais. Nos arriscaremos a aqui abordar o tema de forma mais pragmática, numa visão interdisciplinar - tanto no âmbito jurídico quanto no econômico - para assim lançar novos pontos de vista e levantar novos questionamentos.

Como a seguir se verá neste ensaio, a terceirização é uma realidade presente, e tende a se generalizar cada vez mais, gostem os operadores do direito - em especial os do direito do trabalho - ou não. Assim, há de se conhecer as origens, os propósitos e as responsabilidades desse modo de organização das empresas e de seus trabalhadores.

⁽¹⁾ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutorando em Economia Aplicada - UNICAMP. Professor-Doutor concursado do Departamento de Teoria Econômica do Instituto de Economia da UNICAMP e da Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

⁽²⁾ Neste ponto chamamos a atenção para o problema de muitos discursos em defesa do papel *político* a ser exercido pelo juiz quando da prolação da sentença, visto que, no mais das vezes, essa atividade é mais restrita do que se pretende. Afinal, a divisão de poderes ainda se encontra vigente na Constituição Federal. Mais que isso, a formação e forma de recrutamento desses agentes estatais não lhes possibilita, ou mesmo permite, que se arvorem na atividade de legisladores por analogia, criando direitos ou responsabilidades não previstas em lei, mormente em se considerando o constitucional princípio da *legalidade*. É o que ocorre com muitas teses que pretendem fazer a aplicação analógica da Lei 6.019/74 aos casos de terceirização lícita, com vistas a responsabilização solidária entre fornecedor e tomador de mão de obra em face dos créditos do trabalhador.

O TRABALHO HUMANO E O LOCAL DE SEU EXERCÍCIO

É oportuno fazer, inicialmente, uma pequena digressão a respeito do local onde o trabalho é prestado pelo trabalhador à quem dele necessita, pois que relevante ao objeto do presente estudo.

Na passagem do feudalismo para o capitalismo o trabalho era prestado a domicílio, não só pelo trabalhador mas provavelmente por todos da família que tivessem condições de o auxiliar. O produtor contratava as peças que já esperava vender, enquanto que as pessoas trabalhavam com o fito de garantir seu sustento. Não havia aí se instalado a noção do “quanto mais melhor”, mas prevalecia a do “isso me basta”.

Quando a produção em massa se instala³, e se desenvolve o sistema de produção com a utilização de máquinas, surge a necessidade de se trazer todos os trabalhadores para dentro de um mesmo local - a fábrica - vez que ali a qualidade e o ritmo de seu trabalho serão de forma bastante rígida controlados pelo empregador⁴.

Este modelo de organização do trabalho acaba por se tornar hegemônico no regime capitalista até início dos anos 80, quando surge o modelo de produção em rede, onde a produção dos vários itens componentes de um determinado produto é realizada por empresas diferentes. E, nestes tempos de globalização, essa mesma produção pode ser realizada em qualquer país no mundo.

Ocorre que com o desenvolvimento do contrato como instrumento jurídico de responsabilização dos contratantes e da informática como elemento que possibilita o controle das atividades em qualquer lugar do planeta, os capitalistas descobriram que poderiam obter de terceiros produtos e serviços tão bons, ou mesmo melhores, que aqueles que seriam produzidos por seus próprios empregados.

Assim, liberando os empregados de trabalhar para o empregador, este deixa de assumir custos com o próprio *local de trabalho*, que envolve crescentes valores decorrentes da valorização dos imóveis. E o contrato celebrado com o fornecedor terceirizado garante a qualidade e tempestividade da entrega do objeto do contrato. Dito de outro modo, o contrato jurídico e a informática permitem ao capitalista dispensar o trabalho que até então era realizado sob sua visão e controle,

sendo que doravante este poderá ser realizado em qualquer local do planeta.

Mais que importante alteração com relação ao *local* onde o trabalho é realizado, nos dias atuais cada vez menos se contrata o trabalho humano, e mais se busca tão somente o seu resultado.

CAUSAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Uma análise rápida das origens do direito do trabalho nos mostra que o mesmo surge no início do século XX de forma mais ampla, sendo que os direitos trabalhistas mais se desenvolveram no período compreendido entre o pós II Guerra e o fim dos anos 70. Foi aí que, no mundo ocidental capitalista, a economia viveu seus “30 Anos Gloriosos”, num círculo virtuoso que aliava o crescimento econômico com o incremento do Estado do Bem Estar Social, não só nos países centrais quanto nos da periferia. Aliás, não são poucos os autores que defendem a idéia de que os direitos dos trabalhadores só se desenvolveram no pós guerra para fazer frente às promessas do comunismo, já instalado na extinta União Soviética desde 1917; desaparecendo a utopia do socialismo, desapareceu a necessidade de se “mimar” os trabalhadores, começando o ataque desenfreado às suas conquistas quase que simultaneamente com a paradigmática queda do Muro de Berlim.

De qualquer forma, neste cenário econômico caracterizado por forte crescimento econômico (os citados 30 Anos Gloriosos), e dentro de uma visão microeconômica, as empresas não têm tanta preocupação com relação aos seus custos, visto que estão mais interessadas em ampliar seus mercados, dentro e fora do país. Os lucros gerados por este aumento nas vendas compensam eventuais perdas com custos desnecessários. A organização do trabalho, nesta época, se fundava no padrão *fordista*, verticalizado, onde a maioria das atividades necessárias é realizada dentro da própria empresa (incluindo aí suas filiais ou empresas coligadas).

Quando na década de 70 ocorre a crise do petróleo (embora a crise econômica mundial não tenha sido causada apenas pela subida dos preços desta *commodity* pelos países produtores), a oportunidade de ganho pela ampliação de mercados desaparece, e as

(3) Essa passagem é magistralmente apresentada por Max Weber em seu “Ética Protestante e Espírito do Capitalismo”.

(4) Em seu filme “Tempos Modernos”, Charles Chaplin demonstra como a linha de produção, com máquinas movidas a eletricidade, retiram do trabalhador a possibilidade de controlar seu ritmo de trabalho, agora deixado nas mãos do empregador.

empresas passam a ter de alterar seu modo de administração, tendo agora uma grande preocupação com seus custos de fabricação e de funcionamento.

Esta nova realidade administrativa fez com que as empresas alterassem o modo de organização do trabalho⁵, pelo que adotaram o método *toyotista* de produção, segundo o qual a verticalização da produção passou a ser substituída pela horizontalização da mesma, criando uma rede de produtores e fornecedores.

Com este sistema, as empresas não mais precisariam se preocupar tanto com os detalhes de produção de suas matérias primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois que esta preocupação seria transferida ao seu fornecedor. Assim, por exemplo, a administração de uma indústria não precisaria se preocupar com as variações de seus estoques, pois que poderia comprar de seu fornecedor apenas aquilo que ela necessitasse para o atendimento de seus pedidos em carteira. Ou seja, deixam de se preocupar com as *oscilações da demanda*. A redução - ou mesmo eliminação - de estoques reduz os custos com capital imobilizado.

Deve-se atentar para o fato de que a aquisição de insumos junto a terceiros sempre existiu, mesmo à época do *fordismo*, afinal, não era comum que uma indústria automobilística, por exemplo, produzisse os pneus e os vidros utilizados em seus carros. O que se alterou foi que, dentro da nova técnica de administração das empresas, a delegação a terceiros da responsabilidade pela produção de um ou mais itens necessários ao seu funcionamento se tornou hegemônica, comum.

Neste sentido, estudiosos do setor automotivo demonstram que nas indústrias mais avançadas a quase totalidade da produção, atualmente, está delegada a terceiros, para não dizer a própria montagem, cabendo à montadora propriamente dita apenas os setores de *marketing*, projetos e financeiro.

Mas, diferentemente do que entendem muitos, a terceirização não visa a especialização ou qualificação dos bens ou produtos oferecidos - isso já é exigível em face do contrato celebrado entre comprador e fornecedor! A vantagem da terceirização é que as *oscilações* na demanda por produtos ou serviços não será mais arcada pelo tomador, mas sim por quem fornece, de forma terceirizada, os bens ou serviços.

O desenvolvimento de produtos é muito custoso, só sendo viável às grandes empresas, o que

leva muitas à simplesmente *copiar* o que já se desenvolveu. Para fugir desta concorrência desleal as empresas líderes estão sempre *sucateando* seus produtos, colocando outros novos no mercado, mais "sofisticados", tendo a propaganda comercial o papel de induzir ao consumo destes mesmos bens.

Ou seja, a rapidez exigida para a colocação de um produto no mercado e a curta vida útil do mesmo demanda dos produtores uma *flexibilidade* ímpar que o modelo anterior de organização do trabalho jamais poderia garantir. Assim, o capitalista pode agora, quando necessitar, comprar o quê e quanto quiser, enquanto isso lhe for interessante.

Resumindo, mais importante que a especialização (com conseqüente aumento de qualidade do produto) decorrente da produção em rede, ou horizontalizada, está o benefício para quem desse método se utiliza de alcançar uma flexibilidade de fornecimento, redução ou mesmo a supressão de estoques e eliminação de gastos com o local de trabalho. A vantagem daí decorrente está em que os valores que seriam imobilizados em estoques e imóveis poderem ser usados no desenvolvimento de outros produtos, repasse de dividendos aos acionistas ou, principalmente, sua aplicação no mercado de capitais.

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Todo o raciocínio que até aqui se apresentou com relação à terceirização na *produção* pode ser usado para a terceirização de *serviços*.

Dentro do propósito de apenas adquirir aquilo que em dado momento seja necessário, as empresas passaram a terceirizar, também, os serviços por elas utilizados em suas atividades. Exemplos mais clássicos desta tendência foram a contratação de empresas de fornecimento de alimentação, de prestação de serviços de segurança e mesmo de assessoria jurídica. Nestes casos não foram raras as contratações dos próprios ex-empregados, agora na qualidade de empresários da área de serviços.

Se para os *tomadores* dos serviços terceirizados a vantagem deste mecanismo está em se livrarem eles da responsabilidade da administração dos mesmos (já se fala há algum tempo em *quarteirização* - empresas que administram as empresas terceirizadas), para os

⁽⁵⁾ Entendida aqui não como aquele prestado por um trabalhador a um capitalista, mas sim como forma de organizar a suas atividades.

fornecedores destes mesmos serviços a liberdade de escolha pode não ser tão ampla assim. Dito de outra forma, se para os que contratam os serviços terceirizados há uma vantagem financeira (caso contrário não o fariam), a opção pelo *fornecimento* desses mesmos serviços pode não se fundar nesta mesma racionalidade, mas sim na pura e simples necessidade, por absoluta falta de alternativa.

Muitos estudiosos do direito se detêm nessa realidade para combater a terceirização, sem notar se tratar de uma nova e irrecusável realidade econômica. Pretender que todo o trabalho seja realizado dentro e sob a responsabilidade e risco do tomador dos serviços é pretender fazer girar ao contrário a roda da história. Nem se pode pretender que o retorno ao cenário econômico vigente entre 1945 e 1970 faria desaparecer esta tendência, vez que, certamente, os ganhos decorrentes do aumento da produção seriam canalizados para o mercado financeiro, jamais para arcar com os custos da *internalização* de todo o espectro produtivo.

Já estamos, assim, há mais de 20 anos, dentro de um processo de mudança de paradigmas, que traz em si todas as dores sociais dele decorrentes. Os livros de história, aliás, nos mostram que as mesmas dificuldades ocorreram com a substituição do sistema feudal pelo capitalista, e dentro deste com o desaparecimento dos artesãos para a hegemonia do trabalho assalariado.

Dentro dessa condição *ideal*, a terceirização nada tem de ilícito. Muito ao contrário, encontra ela seu fundamento legal no artigo 170, § único da Constituição Federal e 594 do Código Civil!

Mas, lamentavelmente, sobretudo em nosso país, a terceirização de serviços tem sido instrumento para se burlar direitos dos trabalhadores, o que gera a imperiosa necessidade de se diferenciar a terceirização *lícita* da *ilícita*, bem como as hipóteses de responsabilização - ou não - do tomador dos serviços terceirizados.

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Costuma a doutrina mais autorizada classificar a terceirização como sendo *lícita* ou *ilícita*, sendo que na primeira a terceirização se daria nas atividades *meio*, gerando a responsabilidade subsidiária do tomador por eventuais créditos do trabalhador não saldados pelo fornecedor dos serviços, e na segunda - a terceirização ilícita, realizada nas atividades *fim* - tornaria nulo o liame jurídico entre o trabalhador e o fornecedor de seus

serviços, gerando o vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços. É este o entendimento jurisprudencial cristalizado no Enunciado 331 do C. TST.

Ocorre, porém, que na prática é muito difícil se diferenciar a atividade meio da atividade fim de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o *objeto* da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro neste sentido.

Na maioria dos casos esta classificação chega a ser impossível. Para exemplificar podemos pensar na movimentação de cargas dentro de uma fábrica de pneus: será a atividade do emplilhadeirista uma atividade *meio* (mas os pneus - ou qualquer outra mercadoria - não circulam sozinhos dentro da empresa) ou *fim* (mas se trata de uma indústria de pneus, e não de uma empresa de prestação de serviços de movimentação de carga)?

Dada a impossibilidade de se limitar a terceirização de serviços dentro de uma atividade econômica - o seu uso tende ao infinito - tem-se que o enquadramento de uma atividade como sendo *meio* ou *fim* é impossível, e ainda que não o fosse, seria insuficiente para caracterizá-la como *lícita* ou *ilícita*, com as consequências jurídicas acima citadas e de todas já conhecidas.

Aliás, chama a atenção o fato de que o poder amplo que se dá ao intérprete da norma para classificar uma terceirização como lícita ou ilícita, sem que o mesmo tenha a mais simples noção fática do que se trata, tem levado a situações de extrema injustiça, eis que a terceirização de uma atividade meio pode ser fraudulenta, e uma realizada na atividade fim não o ser, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível.

Não se pode presumir que toda e qualquer terceirização seja ilícita. Trata-se de negócio jurídico e, desde que atendidos os requisitos legais de validade do contrato celebrado, válida ela será, mormente em face do disposto no artigo 5º, XXVI da Constituição Federal, que garante o ato jurídico perfeito e os retos citados artigos 170, § único da mesma Carta Maior e 594 do CCB.

Dentro do setor secundário da economia - atividade industrial - não se tem notícia de fraudes aos trabalhadores em face de terceirização realizada pelos

capitalistas⁶. A questão está, justamente, na terceirização realizada no setor terciário - prestação de serviços - da economia, posto que envolve a contratação de trabalho humano, e não de produtos, como é o caso da terceirização no setor secundário. Doravante será considerado no presente trabalho a terceirização na prestação de serviços.

De forma bastante sintética, pode-se dizer que a terceirização ilícita ocorrerá quando o tomador, pretendendo reduzir custos e responsabilidades, contratar trabalhadores por empresa interposta (a *marchandage* do direito francês).

Aqui duas observações são oportunas. Primeira, o fato de pretender reduzir custos não traz em si qualquer ilegalidade, pelo contrário, faz parte do mecanismo de funcionamento do mercado dentro de um regime capitalista de produção. Muitos doutrinadores, ao que parece preocupados em dar uma aparência menos materialista a este mecanismo de administração, o justificam como sendo em busca de um aperfeiçoamento nos serviços a serem prestados. Salvo melhor juízo, não há como dizer que o serviço de vigilância, limpeza, etc. possa ser melhor realizado por uma empresa terceirizada do que por funcionários da própria tomadora. Muito ao contrário! Segundo, não se pode crer que alguém, deliberadamente, vise apenas e tão somente prejudicar seus empregados, sem se importar com os ganhos financeiros daí advindos. O contrário é o que se dá: em busca de ganhos financeiros desconsidera-se os direitos dos trabalhadores.

Ocorre, porém, e em se pensando em atividades específicas, como serviços jurídicos, assessorias econômicas, serviços e projetos de engenharia, etc., esta especialização efetivamente se faça presente. Mas aí ter-se-á o trato com *profissionais liberais* que dificilmente pretendiam ser empregados da tomadora. Inobstante a inexistência de estatísticas a respeito, é fato que o grosso dos processos de terceirização - e onde mais ocorrem violações aos direitos dos trabalhadores - se dá nas terceirizações de pouca especialização profissional dos trabalhadores.

Feitas estas considerações, e retornando já para a questão da terceirização ilícita, decorrente da intermediação de mão de obra, a doutrina e a jurisprudência já solucionaram a questão, havendo, para tanto,

previsão legal específica: para a caracterização do vínculo empregatício diretamente com o tomador basta, na relação fática existente, o preenchimento dos cinco requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, quais sejam: ser o trabalhador pessoa física⁷, exercendo seus serviços com pessoalidade, subordinação, de forma não eventual e mediante remuneração; presentes estes requisitos em sua totalidade, o disposto no artigo 9º da CLT será o fundamento jurídico para a declaração de nulidade do contrato formal de prestação de serviços e declaração do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador.

Os casos de terceirização ilícita ocorrem com grande frequência com as pseudo cooperativas de prestação de serviços, serviços de segurança e vigilância, sendo que os tribunais trabalhistas têm sido bastante rígidos na responsabilização dos envolvidos, não raras vezes atingindo aspectos criminais.

A RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização de serviços, como espécie de ato jurídico que é, gera aos contratantes direitos e obrigações. Em especial aos tomadores dos serviços gera, também, responsabilidades.

Na terceirização lícita se verifica uma relação jurídica entre o trabalhador e a empresa que o contrata - a *fornecedora* dos serviços - relação esta normalmente de natureza trabalhista. Há, ainda, a relação entre esta empresa fornecedora dos serviços e aquela que a contrata - a tomadora dos serviços - relação esta de natureza comercial.

Na relação entre o trabalhador e a empresa fornecedora de seus serviços se aplicam as normas heterônomas e autônomas que regem as relações empregatícias. Ou seja, enquanto empregadora, esta empresa deve se responsabilizar pelo cumprimento de todas as suas obrigações decorrentes da relação empregatícia havida com o trabalhador.

No que se refere à relação entre a fornecedora e a tomadora dos serviços, os direitos e obrigações das partes contratantes decorrerá das disposições contratuais e das disposições legais aplicáveis à esta mesma relação contratual.

⁽⁶⁾ Para repetir o exemplo já dado anteriormente, seria aqui a hipótese de uma montadora de automóveis terceirizar o fornecimento de pneus, vidros ou mesmo o sistema de transmissão dos veículos por ela produzidos.

⁽⁷⁾ O simples fato de o trabalhador prestar serviços através de uma pessoa jurídica, ainda que seja ele próprio o titular da mesma, não descaracterizará o vínculo empregatício, desde que se verifique a *fraude* no uso da mesma, aliada à presença dos demais requisitos.

Mas haverá alguma responsabilidade do tomador dos serviços para com o trabalhador, vez que entre eles não há uma relação contratual direta, mas intermediada pela fornecedora dos serviços?

É sabido que no direito pátrio não há regulamentação jurídica específica sobre a terceirização. O que há, em verdade, são construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, vigendo, na atualidade, o enunciado nº 331 do C. TST, que em seu item IV dispõe, *verbis*:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto à 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 constem também do título executivo judicial.”

Dado que, em face do disposto no artigo 5º, II da Constituição Federal, tal enunciado não gera qualquer obrigação direta, mas sinaliza o entendimento jurisprudencial dominante⁸, é de se indagar qual seria o fundamento jurídico para a responsabilização *subsidiária* do tomador dos serviços em face de eventuais créditos do empregado não saldados pelo fornecedor dos serviços. E a resposta se encontra no artigo 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E do ato ilícito surge a obrigação de indenizar o ofendido, conforme disposição do artigo 927 do mesmo Código Civil.

Mas aqui se deve retornar à questão inicialmente posta: de onde surge a responsabilidade do tomador? Pratica ele ato *ilícito* ao celebrar um contrato de natureza comercial com a empresa fornecedora de serviços?

Mais ainda, a doutrina e a jurisprudência costumam fundar a responsabilidade nas culpas *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços, partindo-se do pressuposto que agiu ele com culpa ao contratar a empresa fornecedora dos serviços que violou os direitos dos trabalhadores (*culpa in eligendo*) e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas daquela para com estes (*culpa in vigilando*).

Contra estes argumentos, e mais especificamente contra a alegada culpa *in eligendo*, poderia ser considerado que, dentro de um regime capitalista, é *óbvio* que a tomadora irá contratar os serviços da empresa que oferecer melhores preços e condições, afinal, é esta a finalidade maior da terceirização, como anteriormente já analisado. Nada há de ilegal na contratação de quem ofereça um determinado bem ou serviço nas melhores condições, dentro de um regime de concorrência, fato aliás comum em nosso dia a dia enquanto consumidores!

Contra a culpa *in vigilando* caberia o argumento segundo o qual a tomadora dos serviços não tem competência fiscalizatória, não pode exigir da fornecedora, a qualquer tempo, a exibição de seus livros e registros fiscais, pois que tal competência só é dada às autoridades estatais. E se estas não constatarem, em tempo, o descumprimento das obrigações da fornecedora para com o trabalhador, como exigí-lo da tomadora? Como então fundar a responsabilidade da tomadora em elementos dos quais ela não pode se utilizar? Não seria, então, o Estado o efetivo responsável pelos atos da fornecedora?

Tais contradições são apenas aparentes, e não se sustentam à uma análise mais cuidadosa das relações havidas entre as partes.

Em primeiro lugar há de se considerar o aspecto *teleológico* do direito do trabalho, que tem em vista, sempre, a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores (Constituição Federal, 7º, *in fine*).

Mas importa especialmente à questão ora posta o disposto no artigo 421 do Código Civil, segundo o qual: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato”. (grifo nosso).

Quer dizer, se dentro do aspecto *organizacional* de sua empresa pode o tomador de serviços decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a esta operação.

Neste sentido, é necessário se abordar novamente os elementos que a doutrina e a jurisprudência utilizam para a responsabilização do tomador pelos créditos trabalhistas do trabalhador não saldados pela

⁽⁸⁾ Não se pretende minimizar o papel de fonte de direito das súmulas de jurisprudência, mas apenas considerar-se a necessidade de fundamentação jurídica específica da responsabilidade subsidiária nos casos de terceirização em vista do Princípio da Legalidade previsto no citado artigo 5º, II da Constituição Federal.

fornecedora de seus serviços, quais sejam, as culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

No que se refere à primeira delas - culpa *in eligendo* - é interessante se retomar as considerações de ordem microeconômicas, mais precisamente a questão do acesso às informações. A capacidade e facilidade do capitalista às informações necessárias ao desenvolvimento de suas atividades (custos, encargos fiscais, preços praticados pela concorrência, etc.) são consideradas como instrumentos de sua atuação. Quanto maior o acesso às informações relativas ao seu negócio, maior a possibilidade de o empresário ser bem sucedido em relação aos concorrentes que não tenham acesso às mesmas.

E se, para contratarem, o tomador e o fornecedor podem e devem lançar mão da busca do maior número de informações acerca de seu futuro parceiro contratual, em relação aos trabalhadores tal não se dá. Na terceirização de serviços, sobretudo naquelas onde ocorrem os maiores casos de violação a direitos trabalhistas, os empregados costumam ser de baixa qualificação e pouca instrução, o que, aliado ao seu grau de necessidade de obterem uma fonte de renda, torna inviável se esperar dos mesmos qualquer consideração desta natureza a respeito de quem os contrata. Mais que isso, não se pode esperar dos trabalhadores uma preocupação quanto à higidez financeira de quem os pretende contratar, quando se sabe do grave quadro de desemprego que assola nosso país.

Pois bem, no que se refere à capacidade de obtenção de informações, é indiscutível que o tomador de serviços terceirizados pode, e deveria, ser extremamente criterioso ao contratar uma empresa fornecedora de serviços terceirizados. Não se trata apenas de pesquisar perante as Juntas Comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemática-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acréscimo dos encargos sociais e lucro desta!

Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se esta terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes

do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com estas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o fisco, ou não.

Como se diz popularmente, *ninguém faz milagre, ou quando a esmola é muita, o santo deve desconfiar*. Desta forma, se as contas não fecharem, deverá o tomador evitar a contratação, pois que ali se tem fortes indícios de violações a direitos de terceiros perpetrados pela fornecedora, com os quais a tomadora não pode compactuar.

Assim, reside aí a eventual culpa *in eligendo* do tomador dos serviços terceirizados.

Por sua vez, e no que se refere à culpa *in vigilando* da tomadora, é de se ver que, em âmbito contratual, poderá ela verificar se os cálculos aproximados procedidos para a isenção de sua culpa *in eligendo* estão se realizando na prática. Para tanto, é interessante que faça constar no contrato a ser celebrado com a fornecedora de serviços a obrigatoriedade de esta fornecer mensalmente, sob condição de não pagamento do preço acordado, a relação dos empregados que lhe tenham prestado serviços, os cartões de ponto e recibos de pagamento de salários dos mesmos, além das guias de recolhimento de FGTS, INSS e demais encargos e obrigações trabalhistas exigíveis daquela.

É importante neste ponto recordar que na maior parte das vezes as condenações atribuídas às tomadoras de serviços terceirizados é grande porque em audiência se deu a revelia da fornecedora dos serviços, e não tem a tomadora a possibilidade de comprovação de cumprimento de parte das obrigações por parte daquela.

Se a tomadora condiciona o pagamento pelos serviços prestados à entrega em cópia simples destes documentos, e efetivamente tal ocorrendo, não se poderá atribuir à mesma a culpa *in vigilando* decorrente da relação contratual havida com a empresa de serviços terceirizados, sem, com isso, caracterizar-se exercício de funções estatais.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A RELAÇÃO PROCESSUAL

Se tudo o que se expôs até aqui tem natureza de direito material, é de se analisar também quando nas situações de terceirização ocorrem conflitos de interesses que sejam submetido ao Judiciário Trabalhista.

Neste aspecto será necessário, antes de mais nada, verificar se se trata de terceirização lícita ou ilícita, ou seja, se se discutirá a responsabilidade subsidiária do tomador ou, no caso da terceirização ilícita, o vínculo empregatício direto entre este e o trabalhador.

Assim, quando se constatar que, em verdade, o trabalhador era empregado do tomador de seus serviços, eis que presentes os requisitos para a caracterização deste vínculo (subordinação, onerosidade, não eventualidade e, principalmente a pessoalidade), dever-se-á postular a *nulidade* do contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa fornecedora de mão de obra, ante o disposto no artigo 9º da CLT, e a declaração do vínculo empregatício entre o agora Reclamante e a Reclamada-tomadora dos serviços. Poderá a fornecedora de mão de obra (formal empregadora do trabalhador) constar, também do pólo passivo do feito para que não se alegue, posteriormente, cerceamento de defesa, embora a discussão principal seja, efetivamente, entre o trabalhador e a tomadora, bem como para que não surjam incidentes frente a eventual pedido de intervenção de terceiros a ser solicitado pela tomadora. O melhor, todavia, é que se apresentem pedidos *sucessivos*, o primeiro postulado o vínculo empregatício diretamente com a tomadora; caso o mesmo seja julgado improcedente, postula-se a condenação da prestadora de serviços e a responsabilidade subsidiária da tomadora.

Por sua vez, se não caracterizado o vínculo empregatício entre a tomadora e o trabalhador, eis que a terceirização foi lícita, deverão ambas as empresas figurar no pólo passivo do feito, a fornecedora de mão de obra como devedora principal e a tomadora como subsidiária. E como há a possibilidade de o trabalhador prestar serviços para vários tomadores, deverá se atentar para o arrolamento de todos os tomadores, especificando cuidadosamente o período trabalhado para cada um deles, vez que a eventual responsabilidade subsidiária se restringirá ao período em que o Reclamante para cada uma trabalhou.

Expostos os fatos, deverá se postular, no rol de pedidos, a condenação da Reclamada fornecedora no pagamento das verbas postuladas e a responsabilidade subsidiária da tomadora caso aquela se mostre inadimplente quanto aos direitos do Reclamante.

Caso uma ou mais tomadoras negue o trabalho do Reclamante no período citado na exordial, caberá a este provar ter laborado para a mesma, caso contrário será da Reclamada o ônus de provar que todos os direitos do Reclamante foram quitados à época em que o mesmo para ela trabalhou - daí a importância do quanto se

disse a respeito da exigência contratual de fornecimento pela fornecedora à tomadora dos documentos comprobatórios.

É de se notar que, ante eventual alegação da tomadora de total quitação dos direitos do Reclamante - o que transmitiria a este o ônus probatório - pode o juiz devolver o ônus probatório à Reclamada ante o disposto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho ante a previsão do artigo 769 da CLT.

Por sua vez, comprovado que o Reclamante trabalhou para a tomadora no período declinado na petição inicial, a responsabilidade subsidiária se restringe a este período, não se podendo responsabilizá-la pelo que venha a ocorrer na relação fornecedora-trabalhador após a rescisão contratual entre aquela e a tomadora. Dito de outra forma, a responsabilidade *subsidiária* da tomadora da mão de obra se restringe ao período em que manteve relação contratual com a fornecedora. Se algum empregado desta vier a ser dispensado neste período, só haverá responsabilidade daquela se o trabalhador tiver para ela trabalhado. Por sua vez, se após rescindido o contrato entre as empresas, vier a fornecedora algum tempo depois a falir, não poderá a tomadora ser responsabilizada pelas *verbas rescisórias* dos trabalhadores, ainda que tenham trabalhado para a tomadora, vez que neste momento não tem ela qualquer responsabilidade para com a fornecedora ou com o trabalhador.

Com relação à falência da fornecedora de serviços terceirizados (terceirização lícita), tem-se que a responsabilização da tomadora, de natureza subsidiária dependerá da extinção do processo falimentar sem a quitação dos direitos do trabalhador, salvo se se tratar de fornecimento de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/74, quando a responsabilidade da tomadora será solidária com a fornecedora, ante o disposto no artigo 16 da mesma. Discordamos, assim, dos que fazem aplicação *analógica* do referido artigo para os casos em que a prestação de serviços não tem caráter temporário, mas por tempo indeterminado, por falta de previsão legal específica.

No que diz respeito à contestação das rés, há de se atentar para a natureza do pedido formulado na inicial. Assim, se o autor considera que a terceirização foi ilícita, e postula o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora, deverá esta, a par de eventuais questões preliminares, de natureza processual, discutir o mérito do feito, ou seja, a inexistência do vínculo empregatício pretendido, demonstrando que não

se encontram presentes um ou mais dos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Mas se o autor entende lícita a terceirização, fazendo figurar no pólo passivo do feito ambas as empresas envolvidas - fornecedora e tomadora da mão de obra - deverá a primeira discutir o mérito dos pedidos, impugnando-os se for o caso, ao passo que à segunda caberá discutir a sua responsabilidade, principalmente com relação ao período em que o Reclamante eventualmente tenha efetivamente trabalhado para ela.

Em audiência deverá a tomadora, quando demandada na qualidade de subsidiariamente responsável, fazer provas quanto ao trabalho prestado pelo trabalhador à ela, ainda que tenha havido a revelia da primeira Reclamada/fornecedora de serviços. Afinal, a confissão ficta abrange tão somente a empresa revel, e não aquela que se fizer presente e apresentar sua defesa. Note-se, neste ponto, que em possuindo a tomadora os documentos relativos à relação entre fornecedora e trabalhador/Reclamante, poderá fazer prova da quitação de verbas eventualmente pagas, bem como fazer instrução acerca das matérias fáticas cabíveis, dado que seu interesse processual repousa na possibilidade de se ver condenada por conta da revelia da fornecedora.

Por fim, a execução da empresa tomadora que na sentença trânsito teve a sua responsabilidade subsidiária declarada só poderá ocorrer após a certidão de inexistência de bens executáveis da fornecedora dos serviços, pois que só aí inicia a sua responsabilidade.

CONCLUSÃO

Muitas das dificuldades encontradas atualmente pelos operadores do direito do trabalho se fundam na incapacidade dos mesmos compreenderem a nova *realidade* que este ramo jurídico visa regular. Buscam o uso de tipos jurídicos aos quais os fatos já não mais se subsumem.

A terceirização, enquanto modelo de organização do trabalho num regime capitalista de produção é fenômeno atual e irreversível, e sua utilização, que já é grande, tende certamente a aumentar, no Brasil e no mundo. Aliás, muito do que se diz acerca da globalização tem a ver, em parte, com o fenômeno de se delegar a terceiros a realização de atividades que outrora eram realizadas pela própria empresa "terceirizante".

Se de um lado a demanda por serviços terceirizados é promovida por empresas médias e

grandes que optam por dispensar seus empregados para delegar a terceiros (quando não estes mesmos empregados, agora na qualidade de empresários) a realização de suas atividades, a oferta por serviços terceirizados muitas vezes é garantida pelo enorme número de trabalhadores dispensados, criando um círculo nem sempre virtuoso.

Levados os conflitos de interesses à arbitragem estatal, deverão os operadores jurídicos bem tipificarem a relação fática havida: verdadeira relação de emprego maquiada de terceirização, que levará a caracterização do vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador, ou típica situação de terceirização de mão de obra, quando surgirá para o tomador a responsabilidade subsidiária pelos créditos devidos àquele que lhe prestou serviços, não saldados pela fornecedora destes mesmos serviços.

Na relação processual, dever-se-á atentar para o tipo de tutela pretendida - declaração do vínculo empregatício diretamente entre tomador e trabalhador ou condenação da fornecedora de mão de obra pelos créditos de seu empregado, com responsabilidade *subsidiária* da tomadora, a qual se restringirá ao período em que houve relação jurídica entre elas, e desde que o empregado tenha prestado serviços para esta tomadora.

Há de se ter em mente que a terceirização não é, *per si*, ilegal, como não se pode pretender que o tomador ou fornecedor da mão de obra terceirizada estará sempre visando prejudicar os trabalhadores. Trata-se de nova forma de organização empresarial, sendo que no mais das vezes o fornecedor da mão de obra é um ex-empregado que, dispensado, nada mais tinha a oferecer ao mercado que seu trabalho, agora organizado numa empresa de trabalho terceirizado.

Verifica-se, assim, que é muito grande a responsabilidade do operador do direito no trato desta matéria, pois que o descuido na análise da situação fática que lhe for eventualmente apresentada poderá, com grande facilidade, criar grandes injustiças ou mesmo inviabilizar o sustento de inúmeras famílias, num mundo onde o trabalho tende a ser cada vez menos necessário.

Por seu lado, os que tomam serviços de mão de obra terceirizada devem ter em mente que o contrato a ser celebrado não envolve apenas seus interesses e da empresa fornecedora, mas traz consigo o sustento de muitas pessoas, daí a noção que se deve ter de caráter social do contrato. Se é lícito que busque sempre o incremento de seus ganhos, deverá atentar para que, para obtê-lo, outros não sejam prejudicados. E para

tanto poderá lançar mão de instrumentos já hoje plenamente acessíveis, sob pena de responder por eventual inadimplência dos fornecedores de serviços.

E, para concluir, deverão os operadores do direito do trabalho buscar compreender cada vez mais a realidade fática onde o trabalho se desenvolve, deixando de lado

seus conceitos prévios, suas convicções e suas ideologias, para entender o *modus operandi* vigente, para só então tipificá-lo como lícito ou ilícito, buscando a responsabilização no segundo caso, tudo para que, mais que a mera aplicação do direito, se faça a verdadeira *Justiça*.