

ASPECTOS TRABALHISTAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Regina do Valle, Marcela Ejnisman e Marcelo Gômara

A legislação trabalhista e os tribunais trabalhistas brasileiros estão em constante desenvolvimento no que diz respeito à contratação de empregados, buscando assim minimizar o desemprego e abrir novos caminhos para a contratação de mão-de-obra, inclusive mediante a terceirização de serviços.

Após muitas discussões e reiteradas decisões quanto à legalidade da contratação de serviços terceirizados, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 331 consolidando o entendimento de que é ilícita a contratação de mão-de-obra para a prática de atividade preponderante da empresa tomadora de serviços, formando-se, nestes casos, o vínculo de emprego diretamente com esta. Esse entendimento encontra-se vinculado ao disposto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual estabelece que empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica, admitindo e assalariando, bem como dirigindo a prestação pessoal dos serviços. Nesse aspecto, o entendimento majoritário dos tribunais é de que a contratação de terceiros para a atividade preponderante da empresa representa a transferência do risco do negócio, fato que não pode ocorrer.

Importante enfatizar, entretanto, que a dinâmica da economia, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento tecnológico e à modernização industrial, diante das inovações trazidas pela implementação da qualidade total nas empresas, levou à abertura de novas indústrias especializadas na fabricação de determinadas matérias-primas e de empresas especializadas no fornecimento de determinado serviço, que eram, anteriormente, totalmente produzidos ou fornecidos pela própria empresa responsável pelo produto final e considerados como parte integrante do processo produtivo da empresa que hoje é a tomadora desses serviços. Esse novo conceito tem feito com que as empresas nacionais se reestruturem a fim de que possam se tornar mais competitivas, especialmente no mercado internacional. Dessa forma, o conceito de atividade preponderante, também conhecido por atividade-fim, tem que ser constantemente revisto, eis que atividades consideradas essenciais para as empresas anos atrás, hoje são consideradas tão somente como meios da execução do seu negócio. E a evolução desse conceito, nos parece, é ilimitada, na medida em que cada vez mais se exige especialização e foco no processo produtivo.

O que se verifica, entretanto, é que os tribunais trabalhistas nem sempre acompanham a evolução prática desse conceito com a velocidade desejada, considerando como fraude terceirizações absolutamente lícitas e, assim, impedindo a adoção da terceirização como meio de flexibilização das relações de trabalho.

A legislação brasileira tem evoluído e se modernizado com relação à possibilidade de terceirização da atividade essencial da empresa. A Lei 9.472/97, em seu artigo 94, inciso II, autoriza as concessionárias de serviços de telecomunicações a “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.” Assim, deu-se um grande passo à legalidade da transferência de serviços inerentes à atividade-fim da empresa, o que poderá gerar futuros reconhecimentos da possibilidade dessa atividade ser terceirizada também com relação a outras áreas empresariais, sem que isso configure algum tipo de burla à legislação.

Por outro lado, é importante ressaltar que, independentemente da terceirização da atividade-meio ou fim, caso seja verificado que o profissional alocado na prestação de serviços estiver, de fato, exercendo suas funções de forma pessoal e com habitualidade, bem como subordinado às ordens e mandamentos da empresa tomadora de serviços, fatalmente será considerado empregado dessa empresa, reconhecendo-se a fraude na terceirização da atividade.

Vale lembrar, também, que mesmo não havendo qualquer ilegalidade na contratação de interposta empresa, a tomadora de serviços responderá de forma subsidiária pelo inadimplemento da prestadora com relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Essa responsabilidade decorre da culpa in

eligendo e in vigilando, ou seja, se a tomadora de serviços não escolher uma prestadora de serviços idônea, ou mesmo não fiscalizar o correto pagamento dos empregados da prestadora de serviços, poderá ser condenada, de forma subsidiária, em eventual reclamação trabalhista, podendo, entretanto, ingressar com ação regressiva em face da prestadora de serviços, requerendo o ressarcimento dos valores desembolsados na ação trabalhista. A responsabilização subsidiária somente se verifica se a empresa prestadora de serviços, como devedora principal, não possuir patrimônio suficiente para cumprir suas obrigações.

Com relação à responsabilidade previdenciária, as empresas tomadoras de serviços estão obrigadas a reter o equivalente a 11% da nota fiscal da empresa prestadora de serviços, podendo utilizar referido valor para a compensação da sua própria folha de pagamento. Tal determinação elide a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços por débitos previdenciários da prestadora de serviços.

Se as empresas contratantes tomarem as devidas cautelas com relação à terceirização de seus serviços, conforme acima mencionado, diminuirão dessa forma seu risco de responsabilização trabalhista com relação aos empregados da prestadora de serviços.

Regina do Valle graduou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1976. Pós-graduada em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1991. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seções de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Sócia da área de TI/Telecom do Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados.

Marcela Ejnisman graduou-se pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1992. Coursou a "University of California", em Los Angeles, EUA, em 1995, "International Business and Business Law". Obteve o título de Mestre pela "Cornell University", Ithaca, EUA, em 1998. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo e Brasília. Sócia da área de TI/Telecom do Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados.