NOVA REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO TEMPORÁRIO E DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

ARNALDO SÜSSEKIND*

1. Introdução. II. Considerações jurídicas sobre o Trabalho Temporário e a terceirização de serviços. III. Alterações da Lei nº 6.019/74. IV. Regulamentação da Terceirização.

1. Introdução

1. O Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional, com a mensagem nº 344/98, o Projeto de Lei nº 4.302, que

> "Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências".

2. O Plenário da Câmara dos Deputados, entretanto, aprovou, em 13 de dezembro de 2000, o Substitutivo apresentado pelo relator do Projeto, Deputado Jair Meneguelli. E esse substitutivo, sob o número 4.302-B, foi mantido pelas Comissões de Assuntos Sociais e de Constituição e Justiça do Senado Federal.

3. O projeto, como se infere, trata de dois temas atinentes às relações de trabalhos, os quais, embora distintos, podem ser considerados conexos.

4. O Projeto de Lei da Câmara apresenta, a nosso ver, algumas modificações e inovações que merecem aplausos e outras, data vênia, impróprias ou desaconselháveis.

5. Antes de registrarmos nossas observações sobre o texto, ora em curso no Senado, cumpre registrar, alguns tópicos do direito vigente em nosso país sobre a prestação do trabalho temporário e a terceirização de serviços.

II. Considerações Jurídicas sobre o Trabalho Temporário e a Terceirização de Serviços

* Ministro Aposentado do TST, membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Presidente Honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

6. A prestação de serviços por trabalhador vinculado a empresa de trabalho temporário está regulada pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. E, em decorrência do estatuído nessa lei, firmou-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no sentido de que, salvo nos casos de trabalho temporário que ela regula, e a contratação de trabalhadores por empresa interposta, é ilegal, "formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços" (item 1 do enunciado nº 331).

7. Os contratos de subcontratação da prestação de serviços (terceirização) são objeto do aludido Enunciado, sendo certo que a legislação é omissa a respeito, salvo para os serviços de vigilância e algumas atividades da Administração Pública, direta e indireta.

8. O item fundamental desse Enunciado preceitua:

> "— *Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102183), de conservação e limpeza, bem como a de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta*".

9. O conceito de atividade-meio, que se contrapõe ao da atividade-fim, tem gerado controvérsia, sobretudo na doutrina, a qual, tendo em vista o direito comparado, pondera que algumas atividades-fim poderiam ser terceirizadas, enquanto que certas atividades-meio (p. ex.: serviço de pessoal ou de recursos humanos) não deveriam ser objeto de terceirização.

10. O douto ministro do TST, VANTUIL ABDALA, principal redator do Enunciado 331, de 1993, ao focalizar a questão no II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho da Escola Nacional da Magistratura (Foz do Iguaçu, Novembro de 1985), assinalou:

> "*A realidade sócio-econômica estava a demonstrar que era inexorável a adoção pelas empresas do sistema de delegar a terceiros ou a terceiras a execução de serviços complementares à sua finalidade*" E, reconhecendo que nem sempre é fácil distinguir a atividade-meio da atividade-fim, tendo em vista o objetivo final da empresa contratante, pondera que o Juiz deverá levar "*em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos*" ("Ver. LTr., nº 60", SP., 1996, pp. 587/8).

11. Nesse sentido também nos manifestamos num dos renomados congressos promovidos pela Revista LTr, em São Paulo: a "terceirização deveria restringir-se à contratação de empresas especializadas em segmentos da produção não correspondentes ao objetivo final da contratante ou para a execução de atividades-meio não fundamentais ao funcionamento da empresa".

12. A jurisprudência tem admitido a terceirização dos serviços de restaurante ou de preparação de alimentação; de vigilância ou segurança; de conservação e limpeza do estabelecimento; de conservação e assistência a máquinas, elevadores e outros equipamentos; de assistência médica, jurídica ou contábil; de transporte; de

seleção e treinamento de pessoal. Mas só excepcionalmente, quando indispensável, os serviços terceirizados devem ser prestados no estabelecimento ou local de trabalho da empresa contratante.

13. Não basta, porém, que o objeto do contrato de prestação de serviços possa ser terceirizado. Imprescindível será que o trabalho seja executado sob o poder de comando dos dirigentes ou prepostos da firma terceirizada e não sob a direção do tomador dos serviços (Somente no trabalho temporário como já assinalamos, a Lei 6.019/74 autoriza a delegação do poder de comando). Esse poder, atribuído ao empregador, por assumir o risco do empreendimento (art. 2" da CLT), se desdobra nos poderes diretivo, hierárquico e disciplinar.

14. Se o trabalhador registrado como empregado da firma contratada prestar serviços à contratante sob o poder de comando desta, configurada estará a relação de emprego com esta última, fundado no princípio da primazia da realidade, que é amplamente admitido no direito do trabalho (cf. os arts. 9° e 442 da CLT) na lição do mestre Plá Rodríguez, "em matéria trabalhista importa o que ocorre na prática mais do que as partes pactuaram em forma mais ou menos solene ou expressa" ("*Los princípios de Derecho del. Trabajo*, p. 234).

15. Como escrevemos alhures, "o que importa é que os trabalhadores não fiquem juridicamente subordinados à empresa contratante, numa operação triangular só admitida nos casos de trabalho temporário, prestando os respectivos serviços sob a direção e a disciplina da mesma. O empregador desses trabalhadores, responsável primário pelo cumprimento das obrigações sociais-trabalhistas, é a empresa contratada. À empresa contratante, responsável pela escolha da contratada, é atribuída a responsabilidade subsidiária" ("*Direito Constitucional do Trabalho*", Rio, Renovar, 1999, p. 85).

16. Essa responsabilidade, subsidiária e não solidária, é afirmada pelo referido Enunciado (item IV). Só entre empresas do mesmo grupo econômico é que a responsabilidade é solidária (art. 2° § 2" da CLT). Outrossim, porque os servidores e empregados da administração pública só podem ser admitidos mediante concurso (art. 37, II, da Constituição), o Enunciado declara que a contratação irregular das mesmas por empresa interposta não gera vínculo de emprego (item 4).

III. Alterações da Lei n° 6.019/74

17. As múltiplas modificações propostas pelo Poder Executivo, levou-o a colocar num só texto as normas disciplinadoras do funcionamento das empresas do trabalho temporário, repetindo, assim, as que não pretendeu alterar. O Substitutivo aprovado, no entanto, se limita a dispor sobre nove artigos da Lei n° 6.019, que pretende alterar.

18. Atendendo a que a lei será aplicada prioritariamente por leigos em direito, afigura-se-nos que o sistema adotado pelo Governo Federal é mais aconselhável, por abranger todas as normas vigentes.

19. No art. 4° proposto para a Lei n° 6.019, o Substitutivo restringe o funcionamento das empresas de trabalho temporário nas atividades urbanas, vedando-o,

portanto, nos empreendimentos rurais. E certo que a deficiente fiscalização das leis trabalhistas no campo tem permitido abusos; entretanto, não se pode negar que ali também ocorrem "fatores imprevisíveis". O que nos parece oportuno é restringir, nas atividades rurais, a contratação de trabalho temporário, proibindo-as nas situações previsíveis, ainda que intermitentes, periódicas ou sazonais, as quais podem ser atendidas por contratos a prazo.

20. No art. 9º da mesma lei o projeto introduziu o seguinte parágrafo:

> "§ 1º Durante a vigência do contrato, a direção técnica sobre os trabalhadores temporários será exercida pela tomadora de serviços".

21. Releva ponderar, todavia, que a delegação de poderes à empresa tomadora dos serviços não deve limitar-se à direção técnica. Durante o período, em que os trabalhadores são colocados à disposição da contratante, esta deve exercer, na sua plenitude, o poder de comando, que compreende os poderes diretivo, hierárquico e disciplinar. Aliás, o art. 2º da CLT alude à direção da prestação pessoal de serviços e o art. 474 permite a suspensão disciplinar do empregado até 30 dias consecutivos.

IV. Regulamentação da Terceirização

22. A partir do art. 3º, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados regula a prestação de serviços, por uma empresa, àquela que as contratar, desde que "diversos da atividade econômica por esta desenvolvida". A expressão "atividade econômica" por certo vai ensejar muita controvérsia, porque pode ser conceituada de forma restrita ou ampla. Nos parágrafos 10 e 11 deste artigo, aos quais nos reportamos, referimos os pronunciamentos que, a respeito, foram feitos em dois importantes congressos. *Data vênia*, os conceitos neles externados deveriam orientar o disposto no precitado artigo.

23. O estatuído no art. 5º amplia a imprecisão conceitual sobre o objeto da terceirização, de vez que, ao permitir a prestação de serviços na execução de atividades diversas das desenvolvidas pela empresa contratante, pode proporcionar duas interpretações antagônicas:

> a) legitimar a terceirização em qualquer setor que vier a ser extinto no empreendimento da contratante;
> b) considerar em fraude à lei a extinção de uma atividade, ainda que não corresponda ao objetivo final da sociedade empregadora, sendo assim desconsiderada para a terceirização dos respectivos serviços.

24. O art. 8º do Projeto de Lei dispõe:

> "E vedada a contratação para prestação de serviços entre empresas do mesmo grupo econômico, nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT ."

25. O referido preceito consolidado, no seu § 2°, define o grupo empregador formado por empresas com personalidade jurídica própria que empreendem suas atividades sob a direção, controle ou administração de uma delas (empresa *mater* ou *holding company*).

26. Parece-se-nos, *data vênia*, que os nobres Deputados não atentaram para a impropriedade jurídica e os efeitos perversos dessa disposição. O § 2° do mencionado artigo da CLT esclarece que cada uma das empresas componentes do grupo econômico conservam sua personalidade jurídica e determina a responsabilidade solidária das sociedades empresariais componentes do grupo, mas para os efeitos exclusivos da relação de emprego.

27. Alguns hipotéticos exemplos podem evidenciar a inconveniência dessa proibição:

> a) se num grupo empresarial a que pertence uma montadora de veículos motorizados, for criada uma sociedade controlada, destinada à fabricação de rodas, e estas peças, por serem as melhores do mercado, passarem a ser adquiridas por outras montadoras, aquela — em face do art. 8° do Projeto — terá de importar rodas de igual qualidade;
> b) se uma sociedade exportadora de produtos primários (Petrobras, Cia. Vale do Rio Doce etc.), integrante de grupo econômico que possui uma empresa de navegação marítima, não puder utilizar a frota de navios do seu grupo, terá de fretá-los de outra empresa, possivelmente estrangeira;

28. Em qualquer desses exemplos — dependendo da dimensão das respectivas empresas — seria aumentado o angustiante *déficit* da balança comercial brasileira, salvo se as sociedades com capacidade ociosa forem vendidas a terceiros.

29. A substituição da estrutura vertical da empresa, compreendendo desde a produção da matéria prima até a comercialização, o financiamento e o transporte dos bens produzidos, pela horizontalização das suas atividades, que caracteriza o moderno método de organização dos grandes empreendimentos, visou a proporcionar planejamentos, pesquisas, orçamentos, formação e reciclagem profissional, pertinentes aos respectivos setores, além de dirigentes conhecedores das correspondentes atividades.

30. Demais disto, afigura-se-nos que a proibição constante do § 2° art. 6° em foco se atrita com o preceituado no art. 170 da Constituição, que considera a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica (*caput*), só podendo ser limitada nos casos em que a lei, com base na própria Carta Magna, exigir autorização para o funcionamento da empresa (parágrafo único).

31. Ao comentar esse artigo, o renomado Professor da USP, Manoel. Gonçalves Ferreira Filho, ressalta que "a Constituição, depois de consagrar a livre iniciativa, a livre concorrência, a liberdade em geral etc., ainda tem o cuidado de afirmar que a atividade econômica é livre" ("*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*", SP, Saraiva, Vol. IV 1995, p. 7). A ressalva constante do parágrafo único do art. 170 concerne ao serviço público e às atividades relativas aos órgãos públicos, bem assim, a "certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer

uma tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar esses limites" (Celso Ribeiro Bastos, "*Comentários à Constituição do Brasil*", SP, Saraiva, 7° Vol. 1990, p. 39).

32. O art. 9° do Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados faculta, sem qualquer condicionamento, que os serviços contratados sejam prestados "nas instalações físicas da empresa contratante". Ora, se os empregados da empresa contratada devem trabalhar sob o seu poder de comando, tudo aconselha que a prestação de serviços em estabelecimento da contratante só ocorra em se tratando de atividade profissional que, por sua natureza, tenha de ser executada nas instalações desta.

33. Por fim, cumpre mencionar que o art. 10° do Projeto atribui à empresa contratante a responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao período da subcontratação de serviços. Ora, como já assinalamos, enquanto que o empregado designado pela empresa de trabalho temporário presta serviços sob a direção, hierarquia e disciplina da empresa contratante, na terceirização — salvo nos casos de simulação em fraude à lei — a atividade laboral se desenvolve exclusivamente sob o poder de comando da empresa contratada. Esta, portanto, deve ser a responsável primária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias. À contratante dos seus serviços deve ser atribuída apenas a responsabilidade subsidiária, que se irradia em conseqüência do inadimplemento das aludidas obrigações por parte da contratada.