

A Terceirização no Brasil – Análise dos aspectos trabalhistas da PL 4330/2004

Valton Pessoa¹

1. Introdução

Na era do “politicamente correto” é mais fácil criticar o projeto de lei que regulamenta a Terceirização do que analisar, do ponto de vista pragmático, seus benefícios.

Não se esperava que a regulamentação de um tema tão polêmico fosse fácil, mas a “onda” contra a terceirização é, ao meu juízo, incompreensível sob uma fria, equilibrada e neutra análise jurídica e é sob essa ótica que pretendemos desenvolver esse artigo.

Nossa proposta é analisar se aprovação desse projeto de lei, levando em consideração a redação encaminhada ao Senado, efetivamente proporcionará precarização nas relações trabalhistas, como sustentam alguns, ou se trará benefícios para o trabalhador TERCEIRIZADO, especialmente quando comparado à situação atual.

2. A Realidade

O primeiro passo, para se obter uma opinião isenta, é analisar o cenário social, econômico e jurisdicional atual.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Advogado e sócio do Escritório Pessoa e Pessoa Advogados. Professor de Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito.

A falta de regulamentação gera uma insegurança jurídica e provoca efeitos colaterais, que repercutem em toda sociedade.

O Judiciário, já assoberbado, recebe anualmente milhares de ações trabalhistas discutindo a licitude da contratação terceirizada e os direitos dos trabalhadores contratados sob esse regime. Estima-se que cerca de 40% das ações em trâmite na Justiça do Trabalho decorrem de discussões envolvendo terceirização e a falta de uma regulamentação seguramente contribui, e muito, para esse cenário.

E tais conflitos surgem, ao nosso sentir, justamente pela FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA.

As empresas não sabem, ao certo, que produtos, serviços ou áreas podem ou não serem terceirizadas e milhares de ações civis públicas, com pedidos de reparação envolvendo valores pecuniários vultosos a título de indenização por dano moral coletivo, debatem a definição e o alcance do que seja atividade fim e meio, para fins de caracterização da sua ilicitude ou não

Diante disso, muitas empresas continuam receosas de adotar uma terceirização lícita e necessária, perdendo eficiência e competitividade e, com isso, deixam de gerar lucro, prejudicando a arrecadação de impostos e a ampliação dos postos de trabalho.

O trabalhador empregado das “terceirizadas” sofre sérios prejuízos, pois não tem seus direitos e condições de trabalho definidos e tutelados, ficando, especialmente após o término dos contratos entre as empresas, totalmente

desamparados, não lhe restando alternativa senão a judicialização da relação para receber os salários e verbas rescisórias sonegadas pelo empregador.

A matéria sob o ponto de vista jurídico até hoje não está pacificada. A súmula 331 do TST está sob análise do STF, que já reconheceu a “repercussão geral” do tema, face a arguição de sua inconstitucionalidade. Mas a Corte Suprema ainda não se pronunciou definitivamente. Nessa Corte duas importantes discussões aguardam definição.

A primeira relacionada ao princípio da legalidade, pois, inexistindo lei proibindo a Terceirização, seria defeso ao Judiciário limitá-la às “atividades-meio”, já que uma das mais importantes garantias estabelecidas na CF é que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

A segunda, sob a garantia Constitucional da Reserva de Plenário, analisa a “legalidade” das decisões dos Tribunais Trabalhistas, que, através de órgãos Judiciais fracionados, consideraram “inconstitucionais” as leis que expressamente autorizam a terceirização em alguns setores da economia, a exemplo da construção civil (através da sub empreitada – art. 455, CLT), da telecomunicação (lei 9.472/97, artigo 94,II), energia e de outras atividades prestadas pelo particular sob os regimes de concessão ou permissão (art. 25, §1º, Lei 8.987/1995).

Os críticos ao projeto reconhecem a existência da terceirização no mercado de serviços e de produção, de um modo geral, como um fenômeno irreversível. Contudo, se opõe a edição de uma norma disciplinando a sua efetivação, mas não oferecem uma solução jurídica.

A lei regulamentando o mercado de trabalho terceirizado, portanto, sob nossa ótica, tem justamente a finalidade de regulamentar uma situação a que se tem, até então, negado *status* jurídico, mas que há muito já se incorporou à realidade de milhares de empregados e empregadores. Daí decorre a sua urgência e necessidade.

3. Principais mudanças – Benefícios para atividade empresarial

O projeto de lei sob comento, direcionada exclusivamente às empresas privadas, apresenta como **principais pontos, os seguintes:**

- a) Foi autorizada a Terceirização de “parcela de qualquer atividade da empresa (artigo 2º, I). Aqui reside o ponto mais controvertido, pois uma significativa parte da sociedade, incluindo a maioria das Centrais Sindicais, o poder Judiciário e o Ministério Público, defendem a sua limitação às atividades-meio.

Ocorre que a indefinição do conceito e o alcance dessa limitação continuará causando conflitos, impedindo a pacificação social, além de não eliminar a insegurança jurídica existente.

- b) Podem ser contratadas as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução (artigo 2º, III).

Ora, sendo lícita a terceirização, assim compreendidas aquelas que observem os rígidos requisitos previstos na lei e adiante citados e que não tenham por objetivo desvirtuar ou fraudar a legislação trabalhista, todas as sociedades civis previstas em lei podem celebrar contratos, garantindo-se assim o princípio Constitucional da “livre iniciativa”.

- c) É permitido à contratada delegar “parte” dos serviços contratados à empresa especializada, na hipótese de “serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original”, com imediata comunicação ao Sindicato. É o que se denomina “quarteirização” - artigo 3º, p. 2º e 3º.

- d) O projeto de lei não se aplica as relações de trabalho domésticos e aos entes da administração pública direta e indireta

- e) Após a publicação e vigência da lei os contratos em vigor devem ser ajustados às novas exigências no prazo de 180 dias.

4. Requisitos: Segurança jurídica e social

Se por um lado o projeto de lei ampliou as possibilidades de Terceirização, por outro, estabeleceu alguns requisitos e limitações que certamente oferecerão maior segurança jurídica às relações contratuais terceirizadas e reduzirá o número de empresas interpostas.

Nesse sentido, para que sejam válidos os contratos, devem ser observados os seguintes requisitos:

a) O objeto da contratação tem que contemplar um serviço determinado, específico e a empresa contratada tem que ser especializada. Com isso, as empresas “laranjas” e “interpostas” perdem espaço, diminuindo a possibilidade de fraudes. Essa significativa limitação, prevista no artigo 2º, II e III, não se aplica, por enquanto, às instituições financeiras ou regulamentadas pelo Banco Central (artigo 20).

b) O artigo 2º, II (parte final) exige que a empresa contratada tenha qualificação técnica e capacidade econômica “compatível com a sua execução”.

c) Já o parágrafo segundo do mesmo artigo (2º) estabelece algumas restrições e proibições para as empresas contratadas, que ficam impedidas de: I) terem sócios, administradores ou equiparados da contratante; II) terem como sócios ou titulares pessoas subordinadas ao Contratante; III) terem (seus) sócios que tenham mantido relação de trabalho com a contratante nos últimos 12 meses, exceto se aposentados.

d) Enquanto isso, o §3º do sobredito art. 2º do Projeto de Lei 4.330-A dispõe que a contratada deve ter objeto social único, compatível com o serviço contratado, sendo permitido mais de um objeto quando esse se referir a atividades que recaiam na mesma área de especialização.

Esse tema certamente será objeto de controvérsia, pois, se o objeto social for único, poderá ocorrer dificuldade em se definir as hipóteses que, numa mesma área de especialização, tenham atividades distintas.

e) O artigo 2º, §4º estabelece que no contrato social da contratada deve constar a atividade exercida em conformidade com o artigo 511 da CLT. A referência

feita pelo Projeto de Lei 4.330^A ao art. 511 da CLT visou definir que o enquadramento sindical dos empregados terceirizados e da empresa empregadora se efetivará de acordo com o que dispuser o contrato social da empresa prestadora do serviço e não o da tomadora, como pretendiam alguns líderes sindicais.

Esse dispositivo é alvo de críticas, por extraírem dele a ilação de que o Sindicato dos Trabalhadores terceirizados não terão a mesma representatividade para obter os mesmos benefícios instituídos através da negociação coletiva e constantes dos acordos e convenções firmados com o sindicato dos trabalhadores da categoria profissional preponderante. Como consequência, a empresa tomadora, ou Contratante, aos poucos, esvaziará a representatividade do Sindicato Profissional dos seus trabalhadores.

Não concordamos com esse ponto de vista. Primeiro porque se a terceirização envolver a atividade-fim da empresa tomadora, o Sindicato será o mesmo, cabendo a esse exercer seu papel e exigir as mesmas condições previstas nos Instrumentos Normativos. Se a atividade for meio, o problema, se é que existe, não decorre dessa lei, porque nesse caso a terceirização é permitida e a regra do enquadramento sindical é a mesma que está estabelecida pelo artigo 511.

f) Os §§ 5º e 6º, do artigo 2º tratam, por sua vez, da exigência de qualificação técnica da contratada, que deve se dar nas seguintes condições: I) mediante indicação de instalações, equipamentos e pessoal adequados; II) apresentação de registro quando se tratar de atividade que tenha exigência legal de qualificação, nos termos da lei 6839/80 (OAB, CREA, CREMEB, etc) - artigo 2º. p. 5º e 6º (c/ artigo 2º, III) .

g) De acordo com o artigo 5º, são itens obrigatórios do contrato de prestação de serviços entre a empresa prestadora e a tomadora: I) especificação do serviço e objeto social da contratada; II) local e prazo de execução dos serviços; III) previsão de garantia (caução em dinheiro, seguro garantia ou carta de fiança) no valor correspondente a 4% do valor do contrato, limitado a 50% da primeira fatura ou 130% quando o contingente de trabalhadores terceirizados for superior a 50% do quadro efetivo da contratante; IV) cláusula expressa de previsão de fiscalização das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato (ver artigo 15); V) cláusula de retenção, até integral das faturas, em razão de inadimplemento trabalhista e previdenciário por parte da contratada; VI) impossibilidade de cláusula ou condição que impeça a contratação dos terceirizados pela contratante (cláusula nula);

h) O artigo 6º fixa, também, requisitos que devem ser observados pela empresa prestadora para formalização do contrato, impondo a apresentação obrigatória de : I) contrato social atualizado; II) capital social integralizado **e compatível com a execução do serviço**; III) CNPJ; IV) registro na JUCEB - artigo 6º;

i) O projeto de Lei 4.330-A impõe, ainda, que o Sindicato dos Trabalhadores seja comunicado nas seguintes situações: I) indicação dos setores envolvidos no contrato de prestação de serviços, no prazo de 10 (dez) dias; II) dos acidentes eventualmente ocorridos; III) da Retenção de fatura e pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias - artigo 7º e 13 parágrafo único, artigo 16, §4º.

Essas exigências, antes inexistentes, asseguram que apenas empresas especializadas, idôneas e financeiramente estabelecidas sejam contratadas, evitando contratos fraudulentos e, por conseguinte, o desamparo aos trabalhadores.

4. Benefícios para os trabalhadores

Ao contrário do que se propaga e do que tem sido divulgado o projeto de lei traz significativos benefícios aos trabalhadores, notadamente quando comparados ao atual cenário.

Benefícios diretos, como isonomia das condições de trabalho entre o empregado terceirizado e o da tomadora do serviço e benefícios indiretos, como a responsabilidade solidária da contratante por eventuais inadimplementos das obrigações trabalhistas da contratada, em contraposição à responsabilidade subsidiária sedimentada pela jurisprudência (item IV da Súmula 331, TST), mas sem qualquer regulamentação legal.

4.1. Benefícios Diretos

a) O artigo 8º regulamentou a importante questão da representação sindical: se empresa contratante e contratada pertencerem à mesma categoria econômica, o que certamente ocorrerá se houver terceirização de atividade-fim, a representação sindical será a mesma dos empregados da contratante. E, sendo o mesmo Sindicato de Trabalhadores representando empregados da contratante e contratada, é factível, nesta hipótese, a extensão ou aplicação das mesmas vantagens instituídas em normas coletivas.

b) Já o artigo 11 veda a utilização de terceirizados para atividade distinta do objeto do contrato.

c) Uma das grandes conquistas está relacionada ao ambiente e condições de trabalho. De acordo com a lei, quando os terceirizados trabalharem na sede da contratante são assegurados as mesmas condições relativas a: I) alimentação e refeitórios; II) transporte; III) atendimento e serviço médico no local de trabalho; IV) higiene, salubridade e de proteção à saúde e segurança; V) treinamentos pela contratada – artigo 12, inciso I e II;

Ressalvou a lei que quando o número de terceirizados for igual ou superior a 20% do quadro da contratante é facultado a utilização de refeitório e posto médico distintos, contudo exigiu o mesmo padrão oferecido aos empregados diretos (artigo 12, parágrafo único);

d) Quando o trabalho ocorrer fora das dependências da contratante, mas em local por ela designado, essa deve assegurar condições adequadas de higiene, segurança e salubridade – artigo 13.

e) Na hipótese de contratação sucessiva do mesmo terceirizado por contratadas distintas, deve-se assegurar a manutenção de salários e benefícios e período concessivo de férias nos últimos seis meses do período aquisitivo – artigo 14.

f) Foi estabelecido também que para encontrar a cota de deficientes estabelecida pela Lei 8.213/1991, serão considerados no cálculo o número de trabalhadores terceirizados.

Nenhuma desses direitos é atualmente assegurado aos terceirizados, que muitas vezes trabalham em condições inadequadas, têm uma representação sindical frágil e vivem à margem dessas importantes conquistas.

4.2. Benefícios indiretos

Além dos benefícios diretos acima citados a lei também fixou diretrizes que conferem maior segurança e garantia aos trabalhadores.

a) O artigo 15 fixou a **responsabilidade solidária** para obrigações trabalhistas e previdenciárias previstas nos incisos I a VI do artigo 16 (pagamento de salários, adicionais, horas extras, RSR, 13º, férias, vale-transporte, FGTS, parcelas rescisórias, INSS).

Com essa garantia, as verbas trabalhistas eventualmente inadimplidas pelas empresas contratadas podem ser exigidas diretamente da empresa contratante, sem que haja a necessidade de incluir a real empregadora no polo passivo da lide.

A Contratante caberá somente o direito de propor ação regressiva contra a CONTRATADA para obter o reembolso das referidas despesas, não lhe sendo facultado opor-se ao ajuizamento de ação do empregado diretamente contra ela.

Assim, ao revés do que ocorre atualmente com a responsabilidade subsidiária, (Item IV da Sumula 331 do TST), que exime a Empresa

Contratante até que seja comprovada a efetiva insolvência do empregador e respectivos sócios, agora, pelo novo texto, essa etapa fica eliminada, o que certamente obrigará às empresas contratantes a fiscalizar, de modo efetivo, o cumprimento das obrigações trabalhistas, além de encurtar sobremaneira a duração do processo, já que tornará despicienda a busca de bens do devedor principal, isto é, da empresa contratada.

b) Além dessa garantia e com objetivo de proteger ainda mais o trabalhador, o artigo 16 determina que na hipótese de não serem comprovados os pagamentos das obrigações trabalhistas, a contratante deve comunicar o fato a contratada, retendo imediatamente as faturas pendentes no valor equivalente à satisfação das referidas obrigações e, não ocorrendo a regularização, **deve fazer o pagamento diretamente ao empregado**, e dos recolhimentos devidos a título de FGTS, INSS e Tributos Fiscais.

Essa determinação e autorização tem grande importância, pois o grande número de reclamações trabalhistas ocorrem após o fim do contrato entre as referidas empresas, quando os vínculos da contratada com seus empregados são desfeitos e os saldos de salários e verbas rescisórias não são quitados, não restando alternativa aos trabalhadores senão o ajuizamento de uma reclamação trabalhista e durante todo esse interregno, até o final do processo, o empregado fica sem perceber suas verbas salariais, muitas vezes comprometendo a subsistência própria ou da família.

Pelo novo procedimento a empresa contratante terá à sua disposição, além da caução estabelecida no artigo 5º, inciso III, a retenção das faturas, tendo a obrigação de efetuar imediatamente os pagamentos e recolhimentos devidos,

evitando, assim, a necessidade de uma demanda judicial e uma inadmissível demora na efetivação da quitação dos direitos trabalhistas.

c) Embora desnecessário, pois o artigo 9º da CLT já confere essa diretriz, o projeto de lei reforçou, através dos artigos 3º e 4º, *caput* a proteção contra fraudes, ao considerar ilícita a Terceirização quando: I) As empresas contratadas não forem responsáveis pelo planejamento e execução dos serviços; II) quando não forem observados os requisitos da lei; III) Presentes na relação da contratante com os trabalhadores da contratada os elementos caracterizadores do vínculo empregatício.

Assim, ao contrário do que é efusivamente noticiado, o texto limita ainda mais qualquer possibilidade de fraude para “precarizar” direitos trabalhistas.

5. Mitos e conclusões

Mesmo depois desses inequívocos benefícios, ainda surgem vozes alardeando conjecturas catastróficas, como a possibilidade de demissão em massa de trabalhadores com objetivo de reduzir salários e benefícios.

Isso, dentre outras afirmações preocupantes, ao nosso juízo dificilmente acontecerá.

Explicamos.

Sustentam os ferrenhos opositores do projeto que depois de aprovada a lei, pode uma empresa demitir boa parte do seu quadro ou ainda todos

empregados de um setor, para contratar trabalhadores com salário e benefícios menores, através de empresas terceirizadas, com objetivo de reduzir custos e, conseqüentemente, obter lucro. Surge, daí, a ideia da precarização.

Esse talvez seja o maior receio das entidades sindicais profissionais e dos setores contrários ao projeto de lei.

Antes de analisar a questão sob a ótica da terceirização, é preciso sustentar que essa medida pode ser adotada por qualquer empresa, independentemente do processo de terceirização. O que impede uma empresa de demitir todos os funcionários de um setor ou departamento e contratar novos, com salários menores?

Não há qualquer óbice legal para que isso ocorra e caso se efetive, sob o argumento de que se faz necessário assim proceder para se ajustar ao mercado, qualquer empresa pode valer-se dessa situação, e, mais ainda, sem que nenhuma terceirização se faça necessária.

Por que assim vejo? Porque ao contratar uma empresa para prestar os serviços computa-se no valor do contrato as despesas com o pessoal, os encargos sociais, os tributos e a taxa de administração e o lucro da Contratada.

Isso sem falar que a contratação direta proporciona um resultado indiscutivelmente melhor, pois a empresa cria um vínculo direto com o trabalhador.

Assim, ao nosso sentir, a terceirização de parte da atividade-fim somente ocorrerá nas hipóteses pontuais de contratação de empresa efetivamente especializada, que proporcione maior eficiência produtiva. O ganho decorrente dessa medida não decorrerá da redução do valor da mão de obra, mas da especialização.

Mas, apenas para aprofundar mais esse tema, vamos imaginar, hipoteticamente, que uma empresa tenha um departamento com 20 funcionários, cada um ganhando em média R\$ 3.000,00 (três mil reais) e que desejasse, valendo-se da nova lei, reduzir seu custo com essa mão de obra em 40%.

Se o departamento estiver relacionada à sua atividade-meio, como TI (Tecnologia da Informação), contabilidade ou jurídico, isso já poderia ocorrer no atual cenário previsto pela Súmula 331, TST. Se a decisão envolvesse, contudo, a sua atividade-fim, a medida certamente não compensaria, pelas seguintes razões:

- 1) A empresa teria que demitir todos os trabalhadores, pagando um custo alto de rescisão;
- 2) Novos trabalhadores seriam contratados, com salário abaixo do mercado, com baixa eficiência e produtividade e levariam meses e anos para se ajustar. Estariam sempre em busca de outro emprego e isso aumentaria a rotatividade, os custos de rescisão, comprometendo ainda a eficiência produtiva.

3) Manter os mesmos trabalhadores com salários e benefícios menores gera um risco grande de caracterização de fraude e a empresa passaria a ter trabalhadores insatisfeitos no seu ambiente laboral.

4) A redução de custos é ilusória, porque é preciso considerar o lucro da empresa contratada e suas despesas, pois terá que incluir no seu orçamento, além de todos os direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores, seus impostos, os custos operacionais de funcionamento (aluguel, condomínio, luz, contabilidade, etc).

5) A empresa contratante, para cumprir todos os requisitos e exigências criados pela lei e acima citados, terá que implantar um setor ou contratar empregados e/ou empresas para essa finalidade.

7) No custo da empresa contratada deve ser computado, também, o pagamento do ISS, inexistente quando o serviço é prestado diretamente pelo empregado da contratante, cuja alíquota varia de município para município, podendo chegar a 5% (art. 8º, II, da Lei Complementar 116/2003), o que certamente tornarão os contratos de terceirização menos atrativos.

E nem se alegue que haverá redução de benefícios normativos, pois, no particular, será muito difícil, quando se tratar de idêntica representação sindical para a os prestadores e para os trabalhadores diretos, o mesmo Sindicato concordar em estabelecer vantagens normativas distintas para trabalhadores que prestem serviços no mesmo local as empresas (CONTRATANTE E CONTRATADA) com idêntica atividade econômica.

Isso sem falar que cometerá suicídio jurídico trabalhista a empresa que mantiver, em seus quadros, empregados próprios e terceirizados, no mesmo

ambiente, com salários e condições distintas. Além de criar um ambiente hostil e desaconselhável, haverá o risco provável de se caracterizar o vínculo direto com a contratante.

Assim, mesmo para os incrédulos e desconfiados, mas que tenham um pouco de razoabilidade na análise desse projeto de lei, essa regulamentação confere vantagens em relação à situação atual, para as empresas e, também, para os trabalhadores e para o próprio Estado.

Isso não quer dizer que vá se eliminar todas as possibilidades de fraudes ou de tentativas de reduzir salários e benefícios dos trabalhadores, mas, certamente, isso será exceção, diante dos inúmeros obstáculos apontados acima e com a aprovação do texto os trabalhadores estarão muito mais protegidos., que os atuais

Maus empregadores existem e continuarão a existir e para esses, com a regulamentação proposta, os caminhos para fraude e precarização serão muito mais difíceis através da terceirização normatizada.