

AUDIÊNCIA PÚBLICA PROMOVIDA PELO TST SOBRE TERCEIRIZAÇÃO (SÚMULA Nº 331), NOS DIAS 4 E 5 DE OUTUBRO DE 2011

EXPOSIÇÃO ÀS 14:30H DO DIA 5/10/2011 **DRA. CELITA OLIVEIRA SOUSA**

I - INTRODUÇÃO:

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, Orestes Dalazen, demais magistrados, membros do ministério público, advogados, dirigentes sindicais, especialistas, todos os componentes desse auditório, boa tarde!

Senhor Presidente, sobre esses dois dias aqui de pura democracia, com essa importante oportunidade de exposições claras, densas e intensas, num descortino nunca visto antes sobre o tema terceirização, com cada participante expondo suas opiniões, suas idéias, seus dados, e pacientemente todos sendo ouvidos por V. Exa., concebo duas conclusões iniciais: Ninguém desse auditório poderá doravante falar que desconhece o que é terceirização, e as entidades sindicais e associativas presentes estão com uma obrigação de instituir um Troféu Paciência e Cidadania, para ser outorgado a V.Exa.

II - A MINHA PARTICIPAÇÃO NESTE SIGNIFICATIVO EVENTO muito me emociona, pois sou autora do primeiro livro, publicado no Brasil, específico sobre contratação de serviços, no ano de 1983, "Legalidade e Função Sócia Econômica das Empresas de Vigilância, Asseio e Conservação", seguido da publicação de outro, no ano de 1984, denominado "As empresas de prestação de serviços e as normas legais vigentes", e, em 1989, outro livro, "As empresas de prestação de serviços e a nova Constituição", no qual relato, inclusive, a minha exposição no plenário da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, na defesa de uma emenda popular com 36 mil assinaturas, com o objetivo de que fosse excluído do Anteprojeto da Constituição, o artigo que proibia a "intermediação de mão de obra". Depois destes livros, publiquei outros tantos sobre o tema.

A minha decisão de sair em defesa da hoje denominada terceirização, logo no início de minha carreira jurídica de advogada no final da década de setenta, foi muito motivada pelo papel social dessa prática administrativa, que indiscutivelmente, especialmente nas décadas citadas, propiciava a geração de empregos para as pessoas mais humildes ou que não tiveram oportunidade de estudar. Em Brasília, principalmente, eu observava centenas e centenas de serventes, porteiros, vigias, como tem até hoje, que passaram a prestar serviços nos Ministérios, nas empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo ingresso nesses empregos por meio de concurso público, seria impossível para esses pais de família menos afortunados.

Só que os desvios de conduta de algumas empresas, por irresponsabilidade individual, ou comungada com os contratantes que firmavam contratos com preços inexeqüíveis, e os atrasos de pagamentos das faturas, que ainda hoje são um câncer, como um câncer o é também o pregão, especialmente eletrônico, leiloando salários e trabalhadores, aliada à grande quantidade de trabalhadores, foram ensejando muitas reclamações trabalhistas, advindo daí algumas sentenças determinando o vínculo empregatício com os contratantes, por desconhecer a legalidade das empresas e dessa prática administrativa.

Por essa razão adveio o enunciado da Súmula 256 em 1986, que inclusive eu era a advogada da prestadora de serviços, e o colega Victor Russomano, o advogado da tomadora dos serviços, no recurso de revista de que se originou o Incidente de Uniformização de Jurisprudência que resultou nesta súmula, a qual reputou ilegal a intermediação de mão-de-obra, salvo as atividades de vigilância e trabalho temporário, Leis n. 6.019/73 e 7.102/83.

Só que a despeito dessa súmula da jurisprudência, que trouxe em si o termo "intermediação de mão de obra", o que não era compatível com a prática do mercado na maioria dos casos - pois os contratos eram de serviços ou de administração de determinado serviço - as contratações das empresas continuaram, e em larga escala no país inteiro, tanto no setor público quanto privado, e, então, como Professora e Assessora Jurídica das Federações Nacionais de serviços terceirizáveis, passei a ministrar palestras e cursos de treinamento de empresários, advogados, prepostos e até de servidores públicos, no sentido de se fazer constar nos contratos o objeto real, e provar para os juizes, que a relação jurídica era de uma prestação de serviços e não de intermediação de mão de obra, o que afastava a aplicação da Súmula 256.

Obtivemos muito sucesso, no entanto, continuaram algumas condenações, muitas por razões ideológicas, ainda hoje presentes e marcantes.

E, assim, certamente por terem as contratações prosseguido, ou ser um fato social, em 1993, o TST mudou o entendimento, com o enunciado da Súmula 331, passando a reconhecer a legalidade da contratação de serviços especializados, desde que em atividades - meio e inexistente a personalidade e subordinação direta ao tomador de serviços, com responsabilidade subsidiária do contratante, no caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da contratada.

Só que a despeito das muitas dificuldades geradas com a impossibilidade de distinguir atividades – fim, de atividades – meio, e os passivos trabalhistas dos contratantes, gerados mais em razão dos trabalhadores pleitearem salários iguais aos dos empregados diretos, acabou acontecendo com a Súmula 331 o mesmo que aconteceu com relação à Súmula 256, a terceirização continuou cada vez mais intensa, e, hoje, como acontece na maior parte do mundo, o Brasil é um país todo terceirizado.

Muitas vezes tenho sido interpelada em palestras, com a afirmação: os ministros do TST, num dado dia, se reuniram e inventaram essa história de atividade meio e atividade-fim? E, aí, preciso explicar que os ministros não inventaram os termos, eles decorrem da concepção de intermediação de mão-de-obra em cotejo com o art. 2º da CLT, que considera empregador aquele que assume os riscos da atividade econômica. Ademais, os Dicionários da língua portuguesa, ao incluir, se não me engano, no início da década de oitenta, a palavra terceirização, o fizeram, como o Houaiss e outros, como vinda da economia e da administração: " forma de organização estrutural que permite uma empresa transferir para outra suas atividades - meio".

Só que essa definição que circunscreve a terceirização somente no contexto de atividades – meio não faz qualquer sentido na atualidade, sendo totalmente incompatível com os fatos sociais, que axiomáticamente geram a norma.

Nos últimos anos, as profundas mudanças na administração empresarial e pública, direcionadas para a horizontalização, exigem que se conceitue a terceirização na forma concebida em 1997, por Gabriel Saad, em seu "CLT Comentada": "significa a realização por um terceiro de atividade-fim ou atividade-meio da empresa contratante. Cabe ao administrador do empreendimento verificar o que mais lhe convém, isto é, se a terceirização deva limitar-se a algo que não se relacione com a sua atividade principal ou se esta poderá, também, ser incluída no processo".

E nos vários artigos de especialistas que podemos pesquisar pela internet, hoje, são repetidas as afirmações no sentido de que: "A terceirização é um conceito moderno de produção, que se firma na parceria consciente entre as empresas especializadas em determinados ramos. Terceirização é o conjunto de transferência de produção e serviços de partes que integram o todo de um mesmo empreendimento."

Assim, o conceito restritivo, circunscrito às atividades – meio, incluído na Súmula 331, em 1993, precisa ser extirpado da consolidação da jurisprudência, por não corresponder mais à realidade das organizações modernas, aliás, pelo contrário, são numerosas as atividades-fim, ou inerentes às finalidades das organizações, que estão agora terceirizadas.

Vivemos hodiernamente num mundo terceirizado, e inclusive ouvi anteontem de um empresário paulista, numa palestra, pessoa presente neste auditório, o Dr. Aldo de Ávila Júnior, o comentário que se as autoridades públicas proibissem hoje a terceirização, o Brasil e suas relações internacionais parariam. Não se compraria mais passagens aéreas, não se poderia usar para compras a internet, não teria limpeza nas empresas e órgãos públicos nem segurança, nem eletricidade, e tantas outras atividades essenciais à população seriam paralisadas.

De sorte que é muito importante e oportuna a decisão do TST, de diante dessa nova realidade, ouvir a sociedade, visando um parâmetro para alterar ou não o

seu entendimento jurisprudencial sobre terceirização, e isso nos leva a relembrar Rui Barbosa: *"A sinceridade, a razão, o trabalho, o saber não cessam de mudar; não há outra maneira humana de acertar e produzir.*

E certamente que não há outra maneira do TST acertar, senão alterando a súmula 331, para deixar livre a contratação de serviços e as várias formas de parcerias, que hoje comandam a economia nacional.

Mesmo porque, não há lei no Brasil proibindo a terceirização de atividades-fim. Aliás, o que existe é exatamente o contrário disso, os ditames da Constituição Federal, atendendo à realidade social, são claramente pela liberação de transferência para terceiros da execução de todo e qualquer serviço público, conforme o art. 175, da CF, por concessão ou permissão. Seria esta a terceirização "latu sensu", como leciona Peter Drukcher. E a terceirização "strictu sensu", de outros serviços, encontra amparo na Constituição para não ser proibida, já que o art. 177, parágrafo 1º prevê o contrato da União com empresas, até para a execução de atividades monopólio da União. Como também os serviços de saúde, que embora seja dever do Estado, o art. 197 da Constituição estabelece expressamente a sua execução direta pelo Estado ou por empresa, ou pessoa jurídica, além de física, ou de forma terceirizada.

III - AS CRÍTICAS À TERCEIRIZAÇÃO. Nesta audiência pública, aqueles que antes de mim ocuparam esta tribuna, com discursos contrários à terceirização, apresentaram argumentos sem consistência e até falaciosos, ou então se revolvendo a um passado hoje alheio à realidade presente da terceirização, resumindo as principais críticas, feitas nas datas de ontem e de hoje, no seguinte:

1. Salários mais baixos que os dos empregados diretos do contratante ou ferindo o princípio da isonomia. Bem como o não cumprimento da CCT aplicável ao contratante, mas sim a CCT firmada pelos sindicatos representativos dos trabalhadores terceirizados.

Quanto a esse aspecto vale novamente recorrer à um sábio legado de Rui Barbosa, com relação ao princípio da isonomia: "todos são iguais perante a Lei na medida em que se igualam". Ora, no caso da terceirização, ela ocorre por setores específicos do contratante, e na maioria das vezes, ou de menor complexidade, como limpeza, conservação, portaria e etc., ou de maior complexidade, como técnicos, especialistas, analistas de sistema e etc. Assim, não há igualdade com os empregados diretos, nem numa hipótese nem na outra. Normalmente nas atividades mais elementares, os salários são mais baixos como é normal em todo o mercado. Nas atividades mais complexas os salários são mais altos. E, numa hipótese e noutra, o modelo sindical constitucional brasileiro, por o de categoria, impede que a CCT do contratante seja aplicada aos terceirizados. Assim, as críticas nesse contexto se dirigem à Constituição, no art. 8º. E, somente por meio de modificação

da Constituição é que se poderia dar um outro rumo diferente do que ocorre hoje.

2. Maior número de acidente no trabalho entre os empregados terceirizados.

Os mesmos oradores que apresentaram essa crítica, afirmam, como por exemplo em relação à Petrobrás, que quase oitenta por cento dos trabalhadores são terceirizados. Ora, se maior é o número de pessoas, logicamente maiores terão que os acidentes ou incidentes.

3. Maiores jornadas de trabalho.

As jornadas de trabalho, respeitos os limites da Constituição, são objeto de negociação com os sindicatos das respectivas categorias, e nas convenções coletivas de trabalho prevêm as compensações ou então outros benefícios. Ademais, o sindicato de cada categoria sabe muito bem negociar, e faz isso no país inteiro, pois existem sindicatos de todas as categorias em todas as Unidades da Federação.

4. O foco da terceirização é na redução dos custos mediante a diminuição de salários - Precarização.

Essa é uma afirmação que não corresponde à realidade, pois como muito bem já expuseram aqui os administradores de empresas, a redução de custos com a terceirização advém do reconhecido ganho de economia de escala, ante a especialização, com redução de burocracia, de custos com espaços físicos para guarda de materiais e outros custos que o contratante deixa de arcar quando terceirizam.

5. Segmentação da representação sindical.

Como acima mencionado, a segmentação da representação sindical no Brasil decorre é da sua Lei Maior, a Constituição, que adota o sistema sindical por categoria. Isso nada tem a ver com a terceirização.

6. Discriminação do terceirizado pelos empregados diretos.

A discriminação, seja de que forma for, é um ato de pessoas pouco elevadas e não decorrente da contratação de terceiros. E se acontece é ato isolado. Ademais, da mesma forma que pode ser pelo lado negativo, há a discriminação pelo lado positivo, quando os técnicos da contratada recebem salários superiores. Quanto a afirmação do expositor do legislativo de que se lembra quando era terceirizado, "quando os trabalhadores comiam com marmitinhas na mão", essa afirmação só ocorre porque a sua convivência nesse trabalho está para trás há muitos anos. Hoje os trabalhadores terceirizados recebem vale-refeição, previstos nas CCTs de sua cada categoria profissional.

7. Trabalho infantil e sem carteira assinada.

Essa afirmação é completamente absurda, no contexto das empresas congregadas pelas entidades que aqui estou representando. Esses setores são com certeza os únicos no país, que não têm um só empregado com carteira de trabalho sem assinar. E nele não há trabalho infantil, o que há são menores e jovens aprendizes. É que os contratantes, para pagarem as faturas, exigem a comprovação dos contratos de trabalhos, pagamentos e recolhimentos legais, isso conta até de Instrução Normativa, editada pelo MOG. Desafio quem apresente comprovação dessas irregularidades nas empresas em nome das quais falo nesta tribuna.

8. A terceirização não gera empregos.

Essa é uma afirmação leviana, pois está comprovado pelo IBGE que o setor terciário, onde se incluem os serviços, gera 4 empregos para cada um emprego gerado em outros setores da economia.

9 – Terceirizam pelo grande sonho de não ter responsabilidades com empregados, e é impossível uma empresa terceirizar a sua atividade – fim e também não ter nenhum empregado, pois isso viola o art. 2º da CLT, que define empregador.

Essa afirmação é falaciosa, pois o que o art. 2º da CLT traz é a definição do que é empregador e não do que é empresa. E na sua inteligência, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços”.

Assim, não precisa ter empregado para ser empresa, mas precisa ser empresa ou equipado pela lei, para ser empregador.

Então, lastreado no Código Civil/Comercial, são muitas as empresas que não tem nenhum empregado. E nenhum texto legal impede que um capitalista registre uma empresa e transfira todas as suas atividades para uma outra empresa, que poderá assumir os riscos da sua administração mediante contrato prevendo isso, como o das terceirizações, admitir os empregados, pagar os salários e dirigir a prestação pessoal dos serviços, recebendo da sua contratante a remuneração pactuada para tal mister.

IV - EXEMPLOS DE IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO OU DISTINÇÃO DE ATIVIDADES–FIM DAS ATIVIDADES–MEIO. DESTACA-SE QUE TODO FIM EMPRESARIAL É O RETORNO DO CAPITAL, REMUNERADO, COM VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

São inumeráveis os casos em que não se tem como estabelecer uma distinção entre atividades – fim e atividades – meio, mas o curto tempo dessa exposição não nos permite apresentar. Assim, resumimos em dois casos, o dos presídios e o dos hotéis.

EXEMPLOS

Nos Presídios, onde já de algum tempo são vários os Estados que contratam empresas especializadas, tem-se que a Lei de Execução Penal exige que o Estado proporcione ao condenado e ao internado, “condições e assistências para a sua harmônica integração social”, e indica, por exemplo, assistências, as material, de saúde, jurídica, educacional, social, psicológica, dentre outras. Seriam essas assistências atividades – fim ou atividades – meio? As empresas é que desempenham todas elas e com muita competência, até impressionando e emocionando aos juízes penais, como num caso recente de inspeção judicial no Estado de Sergipe, comprovado no laudo da perícia judicial. E se conclui, o dever-fim do Estado, previsto na lei, é o de, prevenindo o crime, proporcionar condições de inserção do apenado no meio social. E as assistências acima indicadas, conducentes a esse fim, seriam um fim em si mesmas, ou seriam meios, instrumentos? Não há como separar, logicamente.

Nos Hotéis, a sua finalidade é a hospedagem, para essa hospedagem torna-se necessário o trabalho de porteiros, recepcionistas no balcão, carregadores de malas, cozinheiros, garçons e das camareiras. Agora se vê decisões judiciais afirmando que todos esses outros serviços podem ser terceirizados, mas a camareira não, porque ela exerce atividade-fim. Ora, para a hospedagem, a importância do trabalho da camareira é a mesma dos demais trabalhadores, pois sem elas não seria atingido o objetivo.

Assim, urge que se afastem as falácias, os sofismas, e que as sentenças judiciais sejam coerentes com o real, com o legal, e não embasadas em direcionamentos puramente ideológicos.

V - CONCLUSÃO

Em conclusão, pedimos todas as vênias a esse respeitável tribunal, para apresentar uma pequena colaboração, consistente na proposta de redação de uma nova súmula ou de alteração da súmula 331, a saber:

I - Nos termos do art. 421 e 594 do Código Civil, é livre a contratação de serviços de empresas especializadas, contudo, em respeito ao princípio de proteção ao trabalhador, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora implica a responsabilidade do contratante quanto a essas obrigações, da seguinte forma:

a – Responsabilidade subsidiária, para os entes da Administração Pública direta e indireta em todos os níveis nos casos de

descumprimento da Lei nº 8.666/93, e para estes e as organizações particulares, nos casos de:

a – Contratação sem o cuidado de verificar se o preço da proposta comercial da empresa prestadora cobre adequadamente o pagamento dos salários, encargos trabalhistas, encargos sociais, benefícios assegurados à categoria profissional por convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo, e demais normas legais de proteção aos trabalhadores necessários à execução do contrato;

b – Falta de fiscalização do correto cumprimento do contrato quanto ao respeito de todos os direitos dos trabalhadores;

c – Falta de pagamento das faturas nas datas aprazadas;

II – Responsabilidade solidária, nos casos de atrasos ou falta de pagamentos de salários e demais direitos dos trabalhadores por parte da empresa contratada, por comprovada culpa do contratante, público ou privado.

DRA. CELITA OLIVEIRA SOUSA