

OS ENTENDIMENTOS SUMULADOS PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO*

Magda Barros Biavaschi**
Alisson Droppa***

1 INTRODUÇÃO

Conforme Schumpeter, os capitais estão sempre em busca de lucros extraordinários, numa verdadeira “compulsão”. Para tanto, introduzem inovações na forma de produzir e organizar a empresa e relacioná-la com outras empresas. Movido por um impulso que o mantém em funcionamento, o capitalismo vai engendrando, incessantemente, novas formas de organização.¹ O fenômeno da terceirização se insere nessa complexidade.

Trata-se de uma das formas de contratar trabalhadores que mais avançou no Brasil a partir dos anos 1990, sendo, hoje, prática corrente em quase todos os segmentos econômicos das esferas pública e privada. Podendo expressar tanto um fenômeno interno quanto externo ao contrato de trabalho (ver VIANA, 2006), a terceirização vem sendo adotada como estratégia pelas empresas para reduzir custos, partilhar riscos e aumentar a flexibilidade organizacional (KREIN, 2007). A partir de 1990, em meio ao movimento político hegemônico do neoliberalismo, ganhou maior dimensão o movimento de terceirização da mão de obra.

No Brasil, distintamente de outros países da América Latina, não há uma lei específica regulamentando a terceirização (ver BALTAR, 2009; FALVO, 2010). Nesse vácuo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) normatizou sobre essa forma de contratar; inicialmente coibindo-a, como expressou o Enunciado nº 256; mais tarde, em dezembro de 1993, legitimou-a em relação às atividades não essenciais (as atividades-fim), definindo, porém,

* Esta Nota está fundamentada no Relatório Final da Pesquisa *A Terceirização e a Justiça do Trabalho*, desenvolvida no âmbito do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (CESIT) do Instituto de Economia (IE) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) de 2007 a 2010, tendo como supervisor o professor dr. Paulo Eduardo de Andrade Baltar, integrando os autores desta Nota a equipe técnica. Nessa pesquisa foi analisado o papel da Justiça do Trabalho diante do fenômeno da terceirização, com foco no setor Papel e celulose, no período 1985-2000, usando como fonte primária prevalente os processos trabalhistas ajuizados no período, contando com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Seu Relatório Final pode ser acessado pelo link: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial>>. Em prosseguimento, está sendo atualmente desenvolvida a pesquisa *A Justiça do Trabalho: especificidades regionais*.

** Desembargadora aposentada do Tribunal Regional do Trabalho Quarta Região (TRT4), doutora em Economia Social e do Trabalho pelo Instituto de Economia da UNICAMP (IE/UNICAMP); pós-doutora em Economia Social e do Trabalho pelo IE/UNICAMP; pesquisadora voluntária do CESIT/IE/UNICAMP; presidente do Forum Nacional Permanente em Defesa da Memória da Justiça do Trabalho, no período 2007-2010.

*** Doutorando em História Social do Trabalho/IFCH/UNICAMP, participou da pesquisa como consultor financiado pela FAPESP.

1. Num processo que revoluciona a estrutura econômica por dentro, destruindo a anterior e gerando uma nova: o processo de “destruição criadora” (ver SCHUMPETER, 1975, p. 82-83). Consultar, também, Silveira (2001), para obtenção do título de doutor em Economia Aplicada.

nas terceirizações “lícitas”, como subsidiária,² a responsabilidade da tomadora, entendimento consolidado pela Súmula nº 331. Em 2000, a responsabilidade subsidiária foi estendida aos Entes Públicos que terceirizam. Mais recentemente, em maio de 2011, o texto da Súmula foi revisitado pelo TST que adequou seu entendimento ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16/DF, proposta pelo então governador do Distrito Federal visando à declaração de constitucionalidade do parágrafo 1º do Artigo 71, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Discutir esse processo é importante para compreender tanto o contexto em meio ao qual a Súmula nº 331 do TST foi construída, com cancelamento do Enunciado nº 256, quanto o significado da resposta que a Justiça do Trabalho acabou dando ao fenômeno, bem como a força dos entendimentos sumulados pelo TST. Para que mais bem se compreenda esse processo e se analise como essa resposta foi sendo alterada a partir de certa correlação de forças, em determinado momento histórico, é imprescindível que se relacionem fatos, argumentos e as forças em disputa, partindo-se do pressuposto de que o Estado e, no caso específico, a Justiça do Trabalho, expressam, por meio de suas decisões, as tensões e as contradições presentes na sociedade no momento em que são elaboradas (ver POULANTZAS, 1990).³

Juridicamente, a terceirização desafia o princípio protetor e o próprio conceito de empregador, provocando ruptura no binômio empregado-empregador. Há um intermediário na relação entre trabalhador e empresa de quem esta aproveita a força de trabalho (VIANA, 2006). Ainda juridicamente, pode ser compreendida de forma ampla ou restrita, interna ou externa, correspondendo sempre à hipótese em que um terceiro entra na relação de emprego. Em sentido amplo, identifica-se com a tendência empresarial de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação – econômica ou de organização da atividade empresarial – de terceirização ou descentralização.

Em sentido estrito, se identifica a terceirização como mecanismo descentralizador, que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados se destinam à tomadora. Em sentido interno (VIANA *et al.*, 1998) é usada para expressar situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços; no sentido externo, evidencia, por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor. No entanto, são faces de um mesmo fenômeno, refletindo-se da mesma maneira nas relações de poder entre capitalistas e trabalhadores. A pesquisa que fundamenta este texto aborda a terceirização de forma ampla e nas suas concepções interna e externa, visando dar conta do fenômeno em suas várias formas.

Quanto aos institutos da responsabilidade solidária e subsidiária, o que interessa aqui reter é que na responsabilidade solidária todos os codevedores solidários são responsáveis pela dívida por inteiro perante o credor comum, cabendo a este, no caso de não pagamento do que lhe é devido, escolher qual dos devedores acionará em Juízo. Isso porque pode de qualquer um deles postular, desde logo, o pagamento da integralidade do crédito, cabendo ao coobrigado que pagou a dívida ressarcir-se, depois, junto aos demais pelo que satisfaz além de sua quota-parte. Já na responsabilidade subsidiária, acolhida pela Súmula nº 331 do

2. A seguir se explicará o significado jurídico da responsabilidade solidária e a diferença entre ela e a subsidiária.

3. O autor, nessa obra, compreende o Estado como uma relação, uma condensação material e específica de uma relação de forças entre classes e frações de classes.

TST, a tomadora, devedora subsidiária, somente é acionável quando o contratante direto, devedor principal, uma vez acionado, evidenciar não ter condições materiais para pagar o que deve. Essa diferença tem impactos notórios no tempo de tramitação do processo trabalhista, havendo maior demora na fase de execução do julgado quando a responsabilidade é definida como subsidiária, como a pesquisa que fundamenta este artigo deixou evidente.

Com tais objetivos e a partir dos pressupostos antes explicitados, esta nota aborda o processo de regulação no país relativamente à terceirização, esclarecendo o sentido dos entendimentos do Enunciado nº 256 e da Súmula nº 331 do TST. Depois, trata das circunstâncias que provocaram o cancelamento do Enunciado nº 256 e a redação da nova súmula, finalmente aprovada pelo Pleno do TST a partir de propostas formuladas por comissão específica. Depois, foca o processo de extensão da responsabilidade subsidiária que a Súmula nº 331 contempla para os entes públicos que terceirizam, em 2000. Por fim, tece rápidas considerações sobre o momento atual que provocou nova alteração ao texto da Súmula nº 331, com posterior convocação de Audiência Pública pelo presidente do TST visando discutir o tema.

2 A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E AS SÚMULAS DO TST

No ordenamento jurídico brasileiro não há regulamentação específica para a terceirização, como acontece em outros países da América Latina. O que se tem são: algumas leis que introduziram a figura da relação trilateral legítima; entendimentos jurisprudenciais incorporados por Súmulas do TST; projetos de lei em andamento no Congresso Nacional e propostas em processo de elaboração na Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça (MJ), no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e na Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE).

Mas conquanto não exista legislação específica, a figura do terceiro rompendo com o binômio empregado *versus* empregador foi regulamentada em 1974 pela Lei nº 6.019/1974, a chamada Lei do Trabalho Temporário. Para Godinho, essa lei afirmou uma tipicidade “inteiramente afastada da clássica relação de emprego” (ver DELGADO, 2002; GONÇALVES, 2004), abrindo, portanto, os caminhos legitimadores à terceirização. Na década seguinte, em 1983, a Lei nº 7.102/1983 estendeu para os serviços de vigilância essa forma de contratar atípica.

Na ausência de lei específica, o TST foi instado a dirimir conflitos decorrentes de uma triangulação já expressiva. Foi assim que, pela Resolução nº 04, de 22 de setembro de 1986, introduziu no rol de seus Enunciados o de nº 256, com o seguinte texto:

256 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Esse entendimento que, por um lado, expressava a linha decisória da jurisprudência da época, por outro passou a balizar grande parte das decisões judiciais posteriores, quer na declaração da existência de vínculo de emprego direto entre a empresa tomadora, beneficiária da força de trabalho, quer no reconhecimento da responsabilidade solidária da tomadora frente aos trabalhadores contratados por terceiras. Como mostrou a pesquisa que fundamenta esta nota, essa situação preponderou no primeiro período 1985-1990, evidenciando a força dos entendimentos sumulados e a dinâmica entre as decisões proferidas nos diversos graus de jurisdição e a construção, pelo TST, de suas Súmulas.

Porém, a partir de 1990, em tempos de acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, a força do movimento pela terceirização teve impactos notórios na jurisprudência. A entrevista com o ministro do TST Renato de Lacerda Paiva, realizada no âmbito da pesquisa *A Terceirização e a Justiça do Trabalho*, ilustra essa pressão:

(...) a Lei 6019. De 1974, inclusive a CLT já vem sofrendo algumas alterações importantes, flexibilizando um ponto aqui outro ponto ali e etc. Essa flexibilização realmente precisa ser feita assim mesmo, de modo pontual, gradual. Não pode ser uma reforma profunda porque temos, como disse antes, aquela imensidade de trabalhadores que estão fora do processo. Então, a Terceirização é uma necessidade hoje em dia no Brasil, dentro desse processo de flexibilização. Para mim, a questão que se coloca é que a Terceirização até há pouco tempo atrás – e digo isso pela minha experiência a partir dos recursos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho – em sua grande maioria não é discutida nos processos, pouco se discute sobre teses jurídicas dentro da Terceirização.⁴

Mas se do ponto de vista da regulação, a Lei nº 6.019/1974 abriu as portas para essa forma de contratar, foi a partir da década de 1990, especialmente, que se intensificou a pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, passando a terceirização a ter um papel de destaque, ainda que na década de 1980 o tema já fosse objeto de discussão no Judiciário trabalhista. No bojo dessa complexidade, o Enunciado nº 256 foi revisto: inicialmente em 1993 e, depois, em 2000, quando a Resolução nº 96, do TST, aprovou a atual redação da Súmula nº 331, com o seguinte texto:

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário [Lei n. 6.019, de 3.1.74].

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional [art. 37, II, da Constituição da República].

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância [Lei n. 7.102, de 20.0.83], de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio da Tomadora, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária da Tomadora dos serviços, quanto àquelas 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 [artigo 71 da Lei n. 8.666/93].

A terceirização cresceu consideravelmente no âmbito privado e no serviço público.⁵ Em novembro de 1995, a Emenda Constitucional (EC) nº 9 permitira que outras empresas, além da Petrobras, fossem contratadas para explorar o petróleo, dando margem para que a terceirização passasse a ser fortemente adotada no setor petrolífero. Em 1997, essa forma de contratar, flexibilizando a porta de ingresso ao serviço público, foi incluída no texto constitucional a partir da Reforma Administrativa – Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41/1997⁶ – que imprimiu alterações substanciais à estrutura do Estado, no âmbito da administração direta e indireta. Além de várias outras medidas, a reforma introduziu a

4. Disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

5. Sobre a terceirização na administração pública, ver Souto Maior (2006).

6. As reformas constitucionais tramitam sob a modalidade de PEC. A Reforma Administrativa, encaminhada pela PEC nº 41/1997, foi instituída pela EC nº 19, de 4 de junho de 1998, que alterou o texto constitucional.

possibilidade da terceirização em atividades essenciais por meio de contratos celebrados pelos entes da administração pública direta e indireta e empresas subsidiárias.⁷

A extensão, pelo TST, em 2000, da responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – com decorrente alteração do inciso IV da Súmula nº 331 – decorreu do aprofundamento da terceirização no âmbito do poder público (COUTINHO, 2009, p. 89). E apesar de a Súmula nº 331 ter, na época em que foi elaborada pelo TST, representado retrocesso em relação ao entendimento consagrado pelo Enunciado nº 256, a pressão dos setores empresariais para sua revogação tem sido expressiva atualmente. E é importante assinalar que, mesmo depois dessa Súmula, as decisões judiciais não têm sido uníssonas.

O inciso IV da Súmula nº 331 do TST, na redação de 2000, se referiu expressamente ao Artigo 71, da Lei nº 8.666, cujo texto parece contrário ao do inciso IV da Súmula em questão, dando margem a grandes discussões na doutrina e na jurisprudência a respeito.

No bojo dessa discussão, o governo do Distrito Federal, em março de 2007, ajuizou a ADC do Artigo 71, §1º, da referida Lei nº 8.666, a Lei de Licitações e Contratos, que exclui a responsabilidade subsidiária do Ente Público quanto às verbas trabalhistas devidas pelas empresas prestadoras de serviços por ele contratadas – a ADC nº 16 – argumentando que esse dispositivo: “tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial do TST, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993”. Ainda observou que a Súmula nº 331 do TST se contrapõe ao dispositivo questionado. Em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito, do STF, pediu vista dos autos.

Retomado o julgamento, em novembro de 2010, o STF, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do Artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, em posição contraposta ao inciso IV da Súmula nº 331 do TST, com a ampliação introduzida em 2000. No processo, o TST, reunido em sua composição plena no dia 23 de maio de 2011, para adequar-se ao entendimento do STF, acabou por alterar o texto da discutida Súmula nº 331, especificamente no aspecto da responsabilização dos Entes Públicos que contratam. E, com voto vencido de quatro de seus ministros, revisitou a Súmula, em decisão que aponta para reflexos significativos para o mundo do trabalho, impactando futuras decisões sobre o tema.⁸ O inciso IV da Súmula nº 331 passou a ter a seguinte redação:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

7. O contrato de emprego público submete o servidor aos deveres típicos do regime estatutário, sem as vantagens correspondentes (por exemplo, estabilidade e aposentadoria integral). Além disso, flexibiliza a regra de ingresso ao serviço público por concurso – Artigo 37, II da Constituição Federal (CF)/1988. Na prática, permite que o regime jurídico do servidor público seja o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

8. Informações disponíveis na página da internet do TST: <www.tst.jus.br>

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Em recente audiência pública sobre terceirização de mão de obra, realizada no TST, em 4 e 5 de outubro de 2011, representantes de vários setores da sociedade de distintas esferas do conhecimento, incluindo economistas, sociólogos, dirigentes sindicais, pesquisadores, jornalistas, discutiram o tema da terceirização. No final da audiência, em entrevista coletiva, o presidente, ministro João Oreste Dalazen, enfatizou como ponto relevante para o aprimoramento da legislação sobre o tema a adoção da responsabilidade solidária por parte da tomadora dos serviços, evoluindo, portanto, da responsabilidade subsidiária que a Súmula nº 331 do TST hoje contempla. O segundo ponto salientado é o da importância de se limitar essa forma de contratar as atividades-meio, como a Súmula nº 331 já o faz: “A terceirização na atividade-fim é, na minha opinião, a negação do Direito do Trabalho”, sustentou o Presidente.⁹

Estudar essa dinâmica e mapear esse processo de construção da norma de decisão é relevante e pode contribuir para suprir uma lacuna nas análises até então existentes.

3 A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO SUMULADO PELO TST: DINÂMICA E PRESSÕES

Para o cancelamento do Enunciado nº 256 do TST, de 1986, foi marco importante a instauração de Inquérito Civil Público pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), objetivando investigar denúncia de uso pelo Banco do Brasil (BB) de mão de obra ilegal de digitadores. Teve atuação destacada nesse processo o então subprocurador-geral, hoje ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Em entrevista à pesquisa, em 16 de maio de 2008, Ives Gandra Filho esclareceu o contexto em que o debate sobre proibir ou não a terceirização chegou à Procuradoria-Geral do MTE e ao TST:

Basicamente, na época em que eu estava no Ministério Público, recebi denúncia dos sindicatos dos bancários contra o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. No caso do Banco do Brasil, a denúncia era a de que estava terceirizando atividades próprias do banco, atividades bancárias. E, em relação à Caixa Econômica Federal, a de que estava contratando estagiários em nível tal, que, na verdade, tratava-se de substituição de mão de obra.¹⁰

A partir dessa denúncia, em 5 de abril de 1993 o MPT, por meio da Procuradoria-Geral, expediu Portaria instaurando o Inquérito Civil Público contra o BB para apurar se, de fato, contratava digitadores fora das hipóteses legais (trabalho temporário até três meses, Lei nº 6.019/1974; e serviços de vigilância, Lei nº 7.102/1983).¹¹ Após várias audiências, em 20 de maio de 1993 foi assinado o Termo de Compromisso, destacando-se seus dois primeiros itens. No item I, o banco, em 180 dias, dispensaria a mão de obra locada (por meio de prestadoras de serviços) para as tarefas de digitação e lavagem de carros; o item II, ao mesmo tempo em que previa abertura de concurso público em 240 dias para as áreas de limpeza, telefonia, ascensorista, copeiro, estiva e gráfica, garantia a possibilidade de o

9. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=12975>

10. Entrevista com o procurador Ives Gandra Filho, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

11. Processo de construção da Súmula nº 331, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul e cuja pesquisa teve contribuição destacada do pesquisador Jorge Marques, que integrou sua equipe técnica.

banco oferecer solução diversa para o caso, desde que de acordo com a legislação. Essa solução excepcional deveria ser submetida ao MPT que, se concordasse, isentaria o banco do cumprimento do segundo item. Previa, ainda, que o banco poderia continuar contratando mão de obra temporária pela Lei nº 6.019/1974. Além disso, não seria considerada locação de mão de obra ilegal a contratação de manutenção de vasos ornamentais, frete, transporte coletivo, serviços do Centro Cultural, manutenção da Agência Centro São Paulo, preparação de lanche noturno e locação de veículos.

Decorridos três meses, em 23 de agosto o banco dirigiu-se ao subprocurador-geral. Apontando dificuldades para cumprir o item I, requereu dilação do prazo para desligamento dos digitadores para 240 dias, o que foi acolhido. Em 24 de setembro de 1993, invocando o item que permitia apresentar solução diversa àquela do concurso público em 240 dias, o banco peticionou. Depois de análise fática e jurídica sobre as consequências para o mundo do trabalho da solução ajustada (concurso em 240 dias), enfatizou, entre outros aspectos, o risco do desemprego que o cumprimento do termo poderia gerar. Em face da repercussão dessa petição para a substituição do Enunciado nº 256 pela Súmula nº 331, listam-se seus principais pontos. Inicia-se com os argumentos fáticos e as decorrências para o mundo do trabalho:

- o cumprimento do item II do termo abarcava um universo de 13 mil trabalhadores (prestadores de serviços); os trabalhadores que se encontravam alocados na prestação dos serviços perderiam seus empregos, pois não dispunham de reais condições para prepararem o concurso;
- a abertura de concurso faria com que profissionais portadores de diploma de nível superior se candidatassem, em situação de vantagem sobre os prestadores dos serviços; e
- a perda do emprego para os prestadores de serviços teria grave impacto social, repercutindo no aumento da informalidade e da violência.

A seguir, os principais argumentos jurídicos:

- o banco não locava mão de obra, apenas celebrara contrato mercantil com empresas que se obrigavam a prestar serviços especializados;
- o Decreto-Lei nº 200/1967 pode ser aplicado ao BB por ser sociedade de economia mista, integrando a estrutura da Administração Federal; e
- a CF garante liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

O banco trouxe jurisprudência e pareceres. Um deles, da Consultoria Jurídica do MTE, aprovado por Almir Pazzianotto, posteriormente ministro do Trabalho e, mais tarde, ministro do TST:

(...)A empresa organizada para explorar atividade de asseio e conservação exerce atividade legítima e legal. Aliás, trata-se de atividade prevista pelo 5º grupo-Turismo e Hospitalidade da Confederação Nacional do Comércio, do quadro a que se refere o art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a correspondente categoria profissional. Parece, ademais, óbvio que as empresas dessa natureza somente possam prestar serviços através de contrato, a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que não desejam exercer determinada atividade com a utilização de empregados próprios. Inconcebível seria que a previsão legal de empresa de asseio e conservação existisse tão-somente para a execução de serviços a si mesma. Por outro lado, fixando-me na controvérsia gerada pela analogia com a empresa de prestação de serviço temporário, analogia que não resiste ao fulcro conceitual do caráter permanente da atividade de asseio e conservação, prevista em lei como antes anotado, certo é, portanto, que as atividades claramente diferenciam-se.

O banco queria outra solução que não a do concurso público, com suspensão do termo de compromisso por prazo indeterminado. Retoma-se a entrevista com Ives Gandra Filho a respeito do debate em torno da Súmula nº 256 do TST:

(...) Exigimos o cumprimento da Súmula 256 e, nos termos dessa Súmula, apenas, poderia haver a Terceirização de vigilantes e serviços temporários. E quanto às outras atividades, o termo previa o seguinte: ou abrir concurso ou, no prazo definido para o concurso, encontrar outra solução que estivesse de acordo com o ordenamento jurídico. Pois bem. A Súmula 256 somente admitia Terceirização nos termos da Lei 61019/74, para trabalho temporário e trabalho de vigilante. Mas também percebíamos que a jurisprudência do TST começava a mudar. Mudar em que sentido? O ministro José Luis Vasconcellos, por exemplo, insistia muito, usando uma expressão que eu achava divertidíssima em relação às empresas de asseio e conservação. Ele dizia: "Essas empresas não existem para se auto-limparem."¹²

O subprocurador respondeu mediante despacho, pedindo a revisão do Enunciado nº 256, o qual foi assinado em contexto de grande pressão. Em 20 de setembro de 1993, o subprocurador foi intimado a prestar informações em Mandado de Segurança impetrado pela Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Distrito Federal. A seguir, dois Mandados de Segurança: um, envolvendo o Sindicato dos Trabalhadores em Processamentos de Dados e Empregados de Empresas de Processamento de Dados do Estado de São Paulo (SIND/SP); outro, a Federação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Empresas de Asseio e Conservação (FEBRAC). Retoma-se a entrevista quando registra os motivos do pedido de revisão do Enunciado nº 256:

(...) as razões que o Banco deu para não realizar concurso em determinadas atividades nos convenceram totalmente. A capilaridade do Banco do Brasil, hoje, é semelhante à capilaridade dos Correios, da Previdência Social. Só perde, no fundo, para a capilaridade dos Correios. Os Correios chegam a todos os lugares do Brasil. O Banco do Brasil, praticamente. Se eles abrissem concurso para pessoal de limpeza, o que iria acontecer? Dilemas: primeiro, deve-se exigir um mínimo de escolaridade ou não? Segundo, como vai ser a prova se não se exigir escolaridade? [...] Cada um querendo ser funcionário do Banco do Brasil. Mas se não se optasse pela avaliação da escolaridade, mas buscar ver, realmente, quem seria o melhor em limpeza, como criar algum tipo de padrão de comparação? Quem conseguisse deixar o vidro das janelas mais brilhante? Quem conseguisse arrumar melhor a sala? (...) Assim, chegamos à seguinte conclusão: Existem atividades para as quais é impossível a realização de concurso.¹³

Em 6 de outubro de 1993 o subprocurador-geral encaminhou ao TST pedido de revisão do Enunciado nº 256 requerendo a apreciação da aplicabilidade, ou não, do Enunciado nº 256 às empresas públicas e de economia mista, sugerindo, ao final, a redação alternativa ao Enunciado nº 256:

Enunciado nº 256 – CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – Salvo os casos previstos nas Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, inclusive para serviços de limpeza e digitação, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviço, com exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, autárquica e fundacional.

O tema foi para a Comissão de Súmula do TST. Seu presidente, ministro Ney Proença Doyle, em parecer sublinhou que as turmas do TST por diversas oportunidades posicionaram-se no sentido da inaplicabilidade do Enunciado nº 256 à Administração Pública, enfatizando, porém, que a questão não estava pacificada, havendo divergência de entendimentos entre as seções especializadas e as turmas do tribunal.¹⁴

12. Entrevista com o procurador Ives Gandra Filho, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

13. Processo de construção da Súmula nº 331, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

14. Idem.

As divergências não se limitavam ao setor público. Daí, com o objetivo declarado de unificar a jurisprudência para o serviço público e para as empresas privadas, o presidente da Comissão propôs revisão do Enunciado nº 256, apresentando duas opções:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo do emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da C.F.).

1ª opção:

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

2ª opção:

III – Não configura vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviço de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que não disponha de empregados próprios nestas funções.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e consta também do título executivo judicial.

A Comissão de Súmula foi bem além do MPT. As duas opções apesar de manterem o entendimento de que se forma vínculo de emprego com a tomadora nas contratações por empresa interposta, ampliavam as possibilidades de terceirização. A Resolução nº 23/1993-OE aprovou o texto que passaria a compor a Súmula de Jurisprudência do TST, como segue:

ENUNCIADO Nº 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO 256

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo do emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Ainda que a aprovação da Súmula nº 331 não tenha sido por unanimidade, foi fundamental a pressão externa para a revisão do entendimento do Enunciado nº 256. A alteração acabou legitimando a terceirização nas atividades-meio. Depois da aprovação, a pressão continua. Lembrou Ives Gandra Filho da ação de sindicatos de trabalhadores, em especial do Sindicato dos Prestadores de Serviço, representante dos contratados para os serviços de

digitação e compensação dos cheques. Nesse caso, revela, o MPT manteve posição de exigir contratação via concurso público: “(...) a pressão que soufri dos sindicatos dos prestadores de serviço quanto à interpretação da norma legal e sumular foi enorme. Diziam eles: “Nós não fornecemos trabalhadores. Recebemos por toques. O pagamento não é calculado pelo número de trabalhadores, mas pelo número de toques”.¹⁵

Ives Gandra Filho reconheceu a lacuna no texto original da Súmula nº 331 quanto à terceirização na Administração Pública. Visando supri-la é que foi alterada em 2000, sendo acrescida no inciso IV a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Essa inclusão foi comemorada por setores sociais. No entanto, continuou forte a pressão de outras forças para eliminação dos obstáculos à terceirização, sendo que em 24 de novembro de 2010 o STF julgou procedente a antes referida ACD do Artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, proposta pelo governador do Distrito Federal. O que o dispositivo prevê é que a inadimplência das terceiras contratadas pelo Poder Público quanto às obrigações trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento. E, ao desobrigar o Ente Público das obrigações trabalhistas das empresas que este contrata, favorece a terceirização no serviço público. Foi também a partir dessa decisão que o TST, reunido em sua composição plena, decidiu alterar o texto da discutida Súmula nº 331, especificamente no que trata da responsabilização dos Entes Públicos que contratam, como igualmente referido em subitem anterior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto demonstra, por um lado, que o Judiciário trabalhista não é um bloco monolítico, mas constituído a partir de uma arena de disputas. Daí porque o processo de construção nas normas, no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário não pode ser compreendido apartado das lutas que se dão em uma determinada sociedade, no momento histórico em que são produzidas. Por outro lado, o texto elucida quão complexo é o processo de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais Superiores e a força que têm essas instâncias no sentido de balizar decisões a partir do momento em que são construídas. O texto evidencia, ainda, que as construções históricas não são lineares, contemplando avanços e retrocessos.

Por meio das fontes, obtiveram-se dados importantes sobre a construção da Súmula nº 331 que, à época, importou retrocesso em relação ao Enunciado nº 256, legitimando a terceirização nas atividades-meio e adotando a responsabilização subsidiária da tomadora, entendimento que, à época, era contraditado por parte significativa das decisões que ora reconheciam a condição de empregadora da tomadora, ora sua responsabilidade solidária e, com menor densidade, a responsabilidade subsidiária que a Súmula incorporou. De qualquer sorte, o estudo trouxe elementos importantes à discussão sobre o papel da Justiça do Trabalho. De fato, o Estado e o direito constituem uma relação – no caso do direito uma relação de poder.

REFERÊNCIAS

- BALTAR, P. (Coord.). A terceirização e a justiça do trabalho. **Relatório Científico FAPESP**. Campinas: IE/UNICAMP, out. 2009.
- COUTINHO, G. F. **O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula**. São Paulo: LTr, 2009. 89 p.

15. Entrevista com Ives Gandra Filho, disponível no Memorial da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul.

- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. 438 p.
- FALVO, J. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho em países selecionados da América Latina. **Revista da ABET**, Campinas, v. VIII, 2010.
- GONÇALVES, A. F. de M. **Flexibilização trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- KREIN, J. D. **As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005**. 2007. Tese (Doutorado) – IE/UNICAMP, Campinas, 2007.
- POULANTZAS, N. **Estado, o poder, o socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1990.
- SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. New York: Harper & Row, 1975. p. 82-83.
- SILVEIRA, C. E. **Desenvolvimento tecnológico no Brasil: autonomia e dependência num país periférico industrializado**. 2001. Tese (Doutorado) – IE/UNICAMP, Campinas, 2001.
- SOUTO MAIOR, J. L. A terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 11, p. 70-11/1.307-70-11/1.317, nov. 2006.
- VIANA, M. T. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito**. 2006. Mimeografado.
- _____. *et al.* **O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei n. 9.601/98**. São Paulo: LTr, 1998.