

TERCEIRIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL

Por: Aldo Branquinho Barreto
Auditor-Fiscal do Trabalho / GO

1. Introdução

Em 2008, a Secretaria de Inspeção do Trabalho editou a Nota Técnica de n. 88, que considerava lícita a terceirização da atividade-fim na indústria da construção civil, por meio de contrato de empreitada, com base em interpretação do art. 455 da CLT.

Dita Nota Técnica causou grande perplexidade na Auditoria Fiscal do Trabalho, em face de sua divergência com a súmula 331 do TST e Instrução Normativa n. 03/1997 do próprio Ministério do Trabalho. No entanto, ela foi amplamente utilizada pelas construtoras na defesa de autos de infração e como justificativa para manter e ampliar a terceirização de todas as suas atividades.

2. Situação Encontrada Pela Fiscalização nos Canteiros de Obra

Hoje, na construção civil, a ordem é terceirizar, principalmente nas grandes construtoras. Só para se ter uma idéia, em uma obra recentemente fiscalizada em Goiânia, com 200 trabalhadores, 119 eram terceirizados, contratados através de 13 empresas de prestação de serviços, além dos empregados das empreiteiras. Em outra obra, também em Goiânia, havia 379 trabalhadores, dos quais 299 eram terceirizados, contratados através de 15 empresas.

Boa parte das empresas de prestação de serviços é constituída apenas para atender o contratante ou admitem empregados após a contratação.

E os operários terceirizados trabalham em um processo de produção totalmente controlado pelo tomador, que acompanha e coordena tudo o que é feito, através de orientações técnicas e ordens diretas. São avaliados com rigor, e substituídos pela menor falha, a critério do tomador. E para isso, sempre há previsão contratual, como as seguintes cláusulas, *in verbis*:

OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA: (...) b) Manter na obra empregados devidamente registrados, **em número suficiente ao bom andamento dos serviços e de acordo com a necessidade da CONTRATANTE;** c) Zelar pela disciplina de seus empregados, **retirando da obra ou promovendo a substituição, sem ônus para a CONTRATANTE, daqueles que forem considerados indesejáveis** ou que não estiverem atendendo às regras e normas de segurança;

OBRIGAÇÕES 6.01 – A Contratada se obriga a: manter na obra o número suficiente de operários necessários ao bom andamento dos serviços **e de acordo as solicitações da Contratante;** manter permanentemente na obra um encarregado geral que **deverá acatar as instruções oriundas da Contratante; retirar da obra, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, todo operário que for julgado indesejável à obra,** sem ônus para a Contratante.

CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

3.7. Substituir qualquer funcionário **que a CONTRATANTE julgue não possuir as qualificações necessárias ao ofício,** ou seja, considerado indesejável ou inconveniente à sequência regular dos serviços contratados.

A quase totalidade das empresas de prestação de serviços, na construção civil, não possuem qualquer estrutura administrativa ou financeira para garantir o cumprimento dos direitos trabalhistas, até mesmo o mais básico deles, os salários. Estes, inclusive, são sempre menores do que aqueles pagos pelo tomador a seus empregados. E quando superior ao piso salarial da categoria, em face da produtividade, que acaba implicando em excesso de jornada, somente o piso salarial é anotado na carteira de trabalho, sobre o qual é recolhido os encargos sociais e pagos os demais direitos trabalhistas. (terceirização do caixa dois, ou pelo menos parte dele)

As verbas rescisórias nunca são quitadas quando a demissão do empregado terceirizado coincide com o encerramento da obra ou dos serviços. Isso ocorre porque o suposto empregador, vulgarmente conhecido como “gato” (em muitos casos ex-empregado do contratante/tomador), não faz conta, além dos salários, de todos os direitos trabalhistas e encargos sociais, seja por desconhecimento ou simplesmente para conseguir os serviços oferecidos pelas construtoras, que impõe o preço e todas as cláusulas do contrato.

Tal situação ficou bem demonstrada por uma recente decisão da Vara do Trabalho de Valparaíso de Goiás, processo n.

0000622.29.2011.5.18.0241, entre partes Ministério Público do Trabalho e Brookfield s/a, *in verbis*:

Neste quadro, inafastável a conclusão de que **o verdadeiro e exclusivo motivo da terceirização promovida pela ré** para a construção das casas aludidas nos referidos instrumentos contratuais, **outro não é senão a busca pela redução de custos** na construção de tais unidades habitacionais para, com isso, elevar ainda mais seus lucros.

Redução de custos, impõe-se presumir a partir da premissa retro, levada a efeito, **mediante a contratação de empresas que pagam salários menores a seus empregados**, não fornecem os mesmos benefícios que a reclamada aos empregados do seu quadro próprio **ou, ainda, com maior gravidade, simplesmente não pagam salários, verbas resilitórias, horas extras e procedem aos regulares recolhimentos fundiários.**

Eis a explicação irrefutável da razão pela qual a reclamada tanto defende as nefastas terceirizações por ela perpetradas. (...)

Impende repisar, neste ponto, que a **inidoneidade financeira das contratadas** pela reclamada resta cabalmente demonstrada pelos documentos de fls. 1112/1651, atas de audiência e sentenças, donde se depreende que várias empresas terceirizadas sequer compareceram (p. e. W. L. Construções – fl. 1449/1453) ou, quando compareceram, não dispuseram de condições financeiras para propor o pagamento de qualquer quantia a título de acordo (p. e. MB Construções e Serviços Ltda – fls. 1340/1347), **circunstâncias que estão a revelar a negligência e o descaso da ré com o cumprimento dos direitos trabalhistas daqueles que deixam a força de trabalho em suas obras.**

Neste ponto, não é excessivo ressaltar que **a reclamada, nas referidas reclamationárias trabalhistas, também não se dispôs ao pagamento da integralidade das parcelas resilitórias** – básicas – daqueles que, incontrovertidamente, prestaram serviços em suas obras, **ofertando, quando muito, valores muito aquém dos devidos, conduta que bem revela seu menosprezo pelos direitos daqueles trabalhadores.** (grifamos)

Não é raro a fiscalização se deparar com situação ainda pior, quando trabalhadores são aliciados e amontoados em alojamentos insalubres, sem receber salários e submetidos a uma jornada de trabalho exaustiva. E sempre são contratados através de empresas interpostas, para a execução de serviços ligados à atividade-fim do tomador, no exercício de funções

regulamentadas pela convenção coletiva de trabalho da categoria (pedreiro, servente, pintor, carpinteiro, eletricista, encanador e encarregado).

Desse modo, não é difícil concluir que a terceirização indiscriminada na indústria da construção, onde há uma grande demanda por mão-de-obra, e na sua grande maioria por trabalhadores de baixa renda e de pouca ou quase nenhuma escolaridade, está em desacordo com os princípios constitucionais da valorização do trabalho (art. 1º, IV, da CF) e do não retrocesso social (art. 3º, III, da CF), posto que avilta os salários (não pagamento ou pagamento a menor), degrada o meio ambiente de trabalho (alojamento e local de trabalho em péssimas condições de higiene e segurança) e debilita os demais direitos trabalhistas (registro de emprego, jornada de trabalho excessiva ou exaustiva, descanso, férias, encargos sociais sem recolhimento e outros), e, por conseguinte, a própria dignidade da pessoa humana do trabalhador (art. 1º, III, da CF), que tem em sua força laboral o único meio de acesso às condições mínimas de existência.

Portanto, eventuais exceções ao registro formal de emprego pelo beneficiário dos serviços devem ser interpretadas restritivamente, com vistas à efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição e na legislação ordinária.

3. Sobre a Nota Técnica 88/2008 da Secretaria de Inspeção do Trabalho

A Nota Técnica n. 88/2008/HCCIDEFIT/SIT/MTE, recentemente cancelada pela NT de n. 394/2012, defendia a legalidade da terceirização na indústria da construção civil, tanto na atividade meio quanto na atividade-fim, nos seguintes termos:

A correta identificação do que seja atividade-fim e atividade-meio costuma ser tormentosa em algumas atividades. É o que ocorre no caso da construção civil, uma vez que praticamente todas as atividades desempenhadas pelas empresas terceirizadas que são encontradas nos canteiros de obra se enquadram no conceito de atividade-fim.

Entretanto, ao contrário do que poderíamos apressadamente concluir, não se configura nesses casos hipótese de terceirização ilegal, uma vez que há na construção civil uma particularidade que precisa ser levada em consideração. (...)

Antes disso, a própria CLT, no seu art. 455, já previa nesse ramo de atividade o que poderíamos chamar do germe da terceirização, **permitindo-a implicitamente** ao estabelecer que "nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro." (...)

Assim, é irrelevante na construção civil discutir se a atividade terceirizada através de empreitada ou subempreitada é atividade-meio ou atividade-fim, **pois o próprio legislador permitiu a terceirização da atividade-fim**, uma vez que ao se subempreitar uma obra ou parte dela, o que se irá executar é, sem dúvida, atividade-fim da tomadora de serviços, ou seja, a construtora principal. (grifamos)

Ora, data vênua, com tal interpretação nunca concordamos, pois está em desacordo com norma interna do próprio Ministério, com a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho e com princípios da Constituição Federal e do Direito do Trabalho, além de não fazer distinção entre empreitada e prestação de serviços, e entre atividade econômica e atividade-fim do tomador/contratante.

4. Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe, *in verbis*:

Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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 03.01.1974).

II - (...)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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 a responsabilidade subsidiária do tomador 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 (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Observe que o item I da súmula 331 manteve a vedação prevista na súmula 256, a ilegalidade da intermediação de mão de obra. Em outras palavras, considera ilegal a contratação de trabalho subordinado por intermédio de terceiro, salvo nos casos de trabalho temporário. Ou seja, disse apenas que o comércio do trabalho subordinado fere a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e representa retrocesso social.

Ainda, em razão do advento do enunciado supra, e da necessidade de disciplinar essa nova forma de relação de emprego, o Ministério do Trabalho, através da Instrução Normativa de nº 03/97, reafirmou o posicionamento do TST, dispondo:

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades fim e normais para que se constituiu esta última.

(...)

§ 5º A empresa de prestação de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 6º Os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante.

Art. 3º (...)

§ 1º A contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter finalidades distintas.

Assim, conforme entendimento consolidado pelo TST, a terceirização da atividade-fim só é admitida nas situações previstas pela Lei 6.019/74.

Será que o TST teria esquecido de mencionar o art. 455 da CLT? Acredito que não. E por uma razão óbvia. O dispositivo em questão trata apenas da responsabilidade solidária do empreiteiro principal perante os empregados do subempreiteiro. Não alarga a possibilidade de terceirização através de contrato de empreitada ou de prestação de serviços. Ele tem a seguinte redação:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo,

todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

E nesse sentido vem decidindo o TST, não fazendo distinção de ramos da atividade econômica onde ocorre a terceirização:

RECURSO DE REVISTA. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Segundo a Súmula 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim - exceto quanto ao trabalho temporário - é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula 331, III), **independentemente do segmento econômico empresarial e da área de especialidade profissional do obreiro.** Locação de mão de obra em atividade-fim é medida excepcional e transitória, somente possível nos restritos casos de trabalho temporário, sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Configurada a irregularidade do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justralhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Enfatize-se que o TST realizou, na primeira semana de outubro de 2011, audiência pública sobre o tema, em que se evidenciou o risco social de se franquear a terceirização sem peias, quer em face das perdas econômicas para os trabalhadores terceirizados, quer em face da exacerbação dos malefícios à saúde e segurança no ambiente laborativo, em contraponto às regras e princípios insculpidos na ordem jurídica legal e constitucional. Na hipótese dos autos, considerando-se os elementos fáticos constantes da decisão proferida pelo TRT, verifica-se que o Reclamante, como pedreiro, desempenhava funções ligadas à atividade-fim da Reclamada, devendo,

portanto, ser reconhecida a relação de emprego diretamente com a ASPAM, que desenvolvia atividades ligadas à construção civil. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 168-48.2011.5.08.0105, Data de Julgamento: 07/11/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2012) – Grifamos

Ora, defender a terceirização de forma irrestrita na construção civil com base em “autorização implícita” do art. 455 da CLT é enxergar o que não existe, além de ignorar um dos principais princípios do Direito do Trabalho, o da Norma Mais Favorável, que consiste na escolha da interpretação mais benéfica ao trabalhador, e nas palavras de Maurício Godinho Delgado, *“a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho”*.

Por conseguinte, a terceirização da atividade núcleo ou principal do contratante não é permitida, seja por meio de prestação de serviços ou empreitada, principalmente na construção civil, onde é alto o número de acidentes e os operários são humildes e com pouca ou quase nenhuma escolaridade.

“O jurista não deve reproduzir ou descobrir o verdadeiro significado da lei, mas sim criar o significado que mais convém à realidade palpitante e viva.”

5. Atividade-Fim e Atividade-Meio

A identificação da atividade-fim e meio, realmente, nem sempre é fácil, pois a doutrina se utiliza de expressões genéricas e imprecisas, sem citar exemplos. Até mesmo dentro da auditoria fiscal do trabalho há divergências. Entretanto, a sua identificação se faz necessária em face da súmula 331 do TST e da Instrução Normativa 03/2007.

Acredito que toda a dificuldade se origina da confusão entre atividade econômica com atividade-fim ou principal a que se destina determinada empresa.

Uma coisa é a indústria da construção como um ramo da atividade econômica e empresarial, e a outra é atividade principal a que se propôs determinada construtora. Não é razoável querer que uma pequena ou média empresa possua todo o conhecimento e equipamentos para projetar e executar as mais diversas atividades da complexa indústria da construção civil.

Um bom exemplo seria a fundação de um prédio, principalmente em terreno instável. Poucas construtoras possuem conhecimento técnico, pessoal treinado e equipamento para a execução dessa fase inicial da obra, que dura de três a quatro meses.

Assim, surgiram construtoras especializadas na execução desse serviço a outras construtoras, de pequeno e médio porte. É o caso típico de terceirização, por meio de empreitada. Entretanto, ela não ocorre na atividade-fim do contratante, que não se dispôs a executar tal serviço, seja pela falta de equipamentos ou de conhecimento técnico, embora também atue no ramo da construção civil.

O mesmo ocorre com outros serviços especializados, como os de instalação de elevadores, de esquadrias de alumínio, de placas de gesso, de vidros e portas.

A verdadeira terceirização, ou pelo menos aquela aceita pela nossa legislação, não visa precarizar os direitos trabalhistas, e sim tornar a atividade econômica mais dinâmica e eficiente, através da divisão de tarefas complementares entre as empresas.

Em outras palavras, o mais importante é verificar se há precarização dos direitos trabalhistas, que decorre sempre de fraude, com objetivo de redução de custos pelo tomador.

6. Prestação de Serviços e Empreitada

Pelo que temos observado em nossas ações fiscais, a empreitada só ocorre, sem o controle do contratante (pessoalidade e subordinação), em serviços especializados, e que demandam conhecimento técnico e estrutura material alheio ao tomador. Caso contrário, há prestação de serviços, com roupagem ou disfarce de empreitada.

O professor Sílvio de Salvo Venosa faz de forma lapidar essa distinção¹, *in verbis*:

Na empreitada ou contrato de obra, busca-se a obra perfeita e acabada dentro do que foi contratado. Trata-se de critério finalístico. A prestação de serviços não destaca o fim da obra, mas a atividade do obreiro, em favor do dono do serviço, durante certo lapso de tempo. Desse modo, divisa-se

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil, 7ª edição, Atlas, 2007, pags. 197/198.

na empreitada uma obrigação de resultado, enquanto na prestação de serviços há obrigação de meio. O critério afigura-se acertado como princípio geral e decorre da natureza dos dois contratos ora comparados. No entanto, em muitas situações práticas, mostrar-se-á insuficiente, pois sempre haverá uma zona intermediária de interpenetração dos dois conceitos, pois amiúde na prestação de serviços ambas as partes têm em mira o resultado final. **A diferença deve ser buscada na atividade contratada. Na empreitada, o empreiteiro compromete-se a uma atividade e à entrega de um resultado concluído, de um bem ou serviço futuro. O prestador de serviços somente promete sua atividade em direção a um resultado com a entrega subsequente, mas compreensão de cada ato da atividade já perfaz cumprimento de uma obrigação de meio** (Zavalía, 1993, v. 4:96). Nem sempre a conclusão da obra será essencial na prestação de serviços. O que se entende na prestação de serviços é que cada parcela ou fração da atividade do agente constitui cumprimento da obrigação. Na empreitada, a obrigação somente ter-se-á por cumprida quando apresentado o resultado contratado. (...) **Em princípio, existirá prestação de serviços quando o obreiro executar trabalho sob dependência e fiscalização do outro contratante.** Na atividade dos profissionais liberais e em outras situações, não fica caracterizada a relação de dependência. **Haverá empreitada se o que executa o serviço o faz de forma independente, por sua conta e responsabilidade, sem ingerência do dono da obra.** (grifamos)

Assim, quando se contrata um serviço para ser executado durante um lapso de tempo, independente da conclusão da obra, remunerado por tarefa, e mediante controle e ingerência do contratante, além de dependência técnica, há com certeza um contrato de prestação de serviços focada no obreiro.

São comuns as seguintes cláusulas contratuais, inseridas em contratos denominados de "empreitada":

iii Que todos os empregados designados para trabalhar no local da prestação de serviços serão selecionados dentro de seus padrões de qualidade, **facultado à CONTRATANTE, mediante justificada solicitação, o direito de requerer sua substituição, o que deverá ser acatado pela CONTRATADA** no prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas contados da solicitação, desde que a justificativa;

iv Que, a qualquer tempo, **de acordo com a necessidade da CONTRATANTE, que disponibilizará reforço na equipe de funcionários fornecida, desde que a CONTRATANTE a comunique com antecedência de 48 (quarenta e oito) horas, hipótese em que as PARTES deverão ajustar o preço a ser pago por**

tais serviços, podendo o mesmo ser diverso daquele constante neste Contrato, observando-se a urgência, a disponibilidade imediata do empregado qualificado e treinado, bem como o equipamento contratado para a pronta atividade; (...)

Xii Que as **faltas ou ausências, férias ou afastamentos legais de seus empregados designados para executar os SERVIÇOS serão imediatamente cobertos** por pessoal de sua reserva;

8. Conclusão

Destarte, **1)** o art. 455 da CLT trata apenas da responsabilidade solidária do empreiteiro principal perante os empregados do subempreiteiro; **2)** é ilegal a terceirização da atividade-fim ou principal do tomador de serviços, principalmente na indústria da construção civil; **3)** acertado, portanto, o cancelamento da Nota Técnica n. 88/2008/HCCIDEFIT/SIT/MTE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, 5ª Edição, LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho - Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 31, março de 2006.

VENSOA, Sílvio de Salvo, Direito Civil, 7ª Edição, Atlas, 2007