

DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS

DESCENTRALIZAÇÃO DE ATIVIDADES

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

**NOVEMBRO DE 2004
RECIFE - PE**

1.- DESCENTRALIZAÇÃO DE ATIVIDADES

- **Introdução ao Tema**

- ✓ Por que descentralizar?
- ✓ Visão Estratégica
- ✓ Objetivos
- ✓ Foco do Negócio

- **Vantagens da Descentralização**

- ✓ Ganho de qualidade
- ✓ Ganho Estrutural
- ✓ _Redução do Tempo de Fabricação/Execução
- ✓ Redução efetiva de custos – Menores preços - Escala

Atividades fim e Atividades meio

- Dificuldade de discernimento
- Relatividade – Foco do Negócio
- Visão estrutural do empreendimento
- Mutabilidade

2. DELEGAÇÃO x MARCHANDAGE

- Delegação – Retirada do foco do negócio
- Marchandage – Manutenção no foco do negócio
- Contratação de pessoal por empresa interposta.
- Prática fraudulenta - Simulação

Contratação de Pessoal por Empresa Interposta

- Vantagem; Menores custos – Mas, pode ser considerada tal redução uma vantagem?
- Não poderia a redução ser obtida por outra via?
- Desvantagens: Não retira o serviço do foco do negócio
- Não há delegação efetiva
- Delegação irregular ou pseudo-delegação

Delegação Real de Serviços

- Necessidade de definir objetivos, de precisar o foco
- Delimitação precisa das atividades suscetíveis de delegação

- Exemplo do Estado – Descentralização x Desconcentração Administrativa
- Exclusão do âmbito da atividade-fim da Empresa
- Apenas as atividades-meio – assim consideradas – são suscetíveis de delegação.

Operacionalização

- Definição do *core business*
- Delimitação das atividades que se pretende delegar
- Diferença entre atividade destacável e atividade destacada
- Atividade destacável e não destacada – Ex. dos serviços de limpeza

- Definição dos serviços descentralizáveis
- Escolha do prestador – Características
- Multiplicidade de clientes
- Contrato bem elaborado e definido

A Delegação de Serviços só fará sentido, se o serviço em questão for retirado do foco do negócio

DELEGAR SERVIÇOS É GERENCIAR CONTRATOS. Nada mais

Qualquer outra coisa, será *Marchandage*

Não dará os resultados almejados. Causará problemas. Como tu o que é fictício, irreal, forjado.

VISÃO JURÍDICA DA QUESTÃO

- Legislação trabalhista ultrapassada? Por certo
- Realidade atual muito diferente da configurada em 1943? Sem dúvida.
- Falta de conhecimento do Judiciário dos problemas inerentes à economia globalizada do momento atual? É possível.
- **Mas, no que tange à Delegação de Serviços, o posicionamento do Judiciário Trabalhista, se harmoniza com os princípios que a deveriam nortear.**
- Porque, os problemas judiciais com a Delegação de Serviços a Terceiros, derivam fundamentalmente de dois fatores:

- ✓ Delegação incorreta, do ponto de vista executivo
- ✓ Escolha inadequada do terceiro
- Porque, se estes dois aspectos forem superados, não deverá haver problemas na esfera trabalhista, cabendo atentar para que:
 - ✓ O que é correto, assim se configure em seus contornos
 - ✓ Se a Delegação for administrativamente adequada, o terceiro bem escolhido, e correta a forma, não deverão surgir problemas. Se surgirem, poderão ser superados sem maiores dificuldades.
- Insista-se em que, não basta com que as coisas sejam intrinsecamente corretas, pois também a forma é importante, eis que dela derivarão as provas, essenciais ao deslinde de qualquer controvérsia.

4.- RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Relação de Trabalho

- Gênero, de que a Relação de Emprego é espécie.
- Obrigação de fazer. Trabalho humano

Modalidades

- ✓ Trabalho Autônomo
- ✓ Trabalho Eventual
- ✓ Trabalho Avulso
- ✓ Trabalho Temporário – Lei 6.019/74
- ✓ Estagiário - Lei 6.494/77 e Decreto 87.487/82

Relação de Emprego

- Consolidação das Leis do Trabalho – Art. 3º

Art.3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

- Derivam da definição quatro os elementos caracterizadores da relação de emprego

- ✓ **Pessoalidade**
- ✓ **Não eventualidade**
- ✓ **Onerosidade**
- ✓ **Subordinação hierárquica**

- A Relação de Emprego não precisa ser escrita. Pauta-se pelo Princípio da Primazia da Realidade

- Art. 9º da CLT

Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

- Logo, independentemente do nome ou das características que se lhe trate de atribuir, **a Relação de Emprego restará configurada se seus elementos caracterizadores se fizerem presentes.**

- Lembre-se que, por vezes, pode ocorrer que uma relação que não é em seu âmago, de emprego, assim pode restar configurada, razão pela qual é tão importante a forma, eis que, em última análise, se trata de algo subjetivo.

5.- DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS – MINISTÉRIO DO TRABALHO

- Do até aqui exposto, resulta fácil inferir que, se corretamente realizada, nada obsta a delegação de serviços a uma empresa prestadora.
- O Ministério do Trabalho, através da Instrução Normativa N° 3, de 29 de agosto de 1997, regulamentou “A fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário”, assim dispondo em seu art. 2º, *verbis*:

“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.”

§1º As relações entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante são regidas pela lei civil.

§ 2º As relações de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seus empregados são disciplinadas pela Consolidação das Lei do Trabalho –CLT.

§ 3º Em se tratando de empresa de vigilância e de transporte de valores, as relações de trabalho estão reguladas pela Lei 7.102/83, e, subsidiariamente, pela CLT.

§ 4º Dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado.

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

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

• Este artigo resume a maior parte dos conceitos aqui sustentados, merecendo serem destacados os seguintes pontos:

✓ O serviço delegado deve ser específico e determinado

✓ O serviço deve estar fora da atividade-fim e normal para que se constituiu a tomadora

✓ Há duas relações jurídicas distintas - Uma entre a tomadora e a prestadora, de natureza civil, e outra trabalhista, entre esta última e seus trabalhadores

✓ Os serviços delegados poderão ser realizados nas instalações da tomadora –O que interessa não é onde o serviço seja feito, e sim sua independência em relação à direção e supervisão da tomadora

✓ Não há subordinação do pessoal da prestadora à tomadora

6.- JUSTIÇA DO TRABALHO

• Enunciado 331 do C. TST

ENUNCIADO N° 331 Contrato de prestação de serviços. Legalidade. – Revisão do Enunciado n° 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° 6019, 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 nº 7102, de 20.6.83), 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. (res.23/1993 DJ 21-12-1993) Del.200/67, art. 10§ 7º Lei nº 5645/70, art. 3º, parágrafo único Lei nº 6019/74 Lei nº 7102.83 CF-88, art. 37, inc. II. Grifos postos.

•Este dispositivo, pela sua transcendência, merece também uma análise articulada, para o fim de destacar seus aspectos de maior relevo.

✓• **A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal** – Concordamos e acrescentamos que é também inútil do ponto de vista executivo. É o *marchandage*. É uma fraude que só pode ser acoimada de ilegalidade, bastando para tanto invocar o art. 9º da CLT, acima comentado.

✓• **Serviços ligados à atividade-meio do tomador não dão lugar a vínculo de emprego, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta**

✓• **O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador**

- Cabe aqui fazer a distinção entre a *locatio operis*, a locação ou delegação do serviço ou obra, lícita, possível, e recomendável em determinados casos sob o prisma gerencial, da *locatio operarum*, ou locação de mão-de-obra mediante firma interposta, ilícita, fraudulenta, condenada pela Justiça do Trabalho, e administrativamente desaconselhável.

- A jurisprudência é pacífica neste sentido

“A chamada terceirização, como meio de obter eficácia empresarial, só tem legalidade no que não importar em fraude à relação de emprego, encobrendo simples “marchandage” da mão-de-obra. Utilizar em atividade-fim da empresa tomadora, em condições de pessoalidade e

subordinação direta em funções idênticas àquelas exercidas por empregados registrados, nos mesmos cargos permanentes, previstos nos planos de cargos e salários, evidenciada está a fraude, nula “pleno jure”; máxime quando a gritante discrepância salarial e essa situação jurídica e abusiva perdura por longos anos”. (CLT, arts 9º e 444º; Enunciados nº 256 e 331, Colendo TST) (TRT/RJ, RO 10.627/91, Luiz Carlos de Brito Ac. 8º T.) Grifos postos.

•Sem subordinação hierárquica não há, não pode haver, relação de emprego, eis que seu reconhecimento sem esta característica contrariaria as próprias disposições da consolidação das Leis do Trabalho, insculpidas no art. 3º do mencionado Estatuto, e vulneraria o Princípio Constitucional da Legalidade.

• Ainda que alguma Corte Laborista venha a entender que o serviço delegado a terceiros se vincula diretamente à função principal da empresa, não poderá decidir no sentido do reconhecimento do vínculo empregatício, se seus elementos caracterizadores não se fizerem presentes, isto é, se a subordinação hierárquica e o relacionamento pessoal não restarem caracterizados.

“Não restando caracterizada a fraude mascaradora do contrato de trabalho e não havendo no ordenamento jurídico brasileiro óbice ao contrato de prestação de serviços, não se pode reconhecer o vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da CF”. (TST, RR 36.216/91.7, João Tezza, Ac. 2ª T. 280/94).

• **Harmoniza-se então a visão executiva, administrativa, da questão, com o posicionamento dos Tribunais Pátrios, cujas decisões têm sido no sentido de condenar o *marchandage*, a mera intermediação de mão-de-obra, também desaconselhável sob o ponto de vista da administração empresarial.**

Resta assim evidenciado que a execução de serviços por terceiros não confronta com o entendimento da Justiça do Trabalho, desde que a delegação seja praticada de conformidade com os princípios que devem nortear a administração empresarial, isto é, desde que corresponda a uma descentralização efetiva, que não dará ensejo à materialização da subordinação direta dos empregados da prestadora perante a tomadora.

7.- DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A corroborar nosso entendimento no sentido de que não pode ser vedada a delegação de serviços a terceiros ao argumento de se tratar de atividades-fim – não obstante tal prática, se efetivamente caracterizada, não seja recomendável sob o aspecto gerencial – veio a Lei 8.987/95, em seu art. 25, a dispor o seguinte:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua sua responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

- Não pode haver dúvida de que as “atividades inerentes ao serviço concedido, em contraposição às “acessórias ou complementares”, somente podem ser as atividades-fim da concessionária, tendo a Lei, expressamente, autorizado sua execução por terceiros.
- *Tollitur quaestio*

8.- DELEGAÇÃO A COOPERATIVAS

- A Lei 8.949, de 09 de dezembro de 1994, introduziu o Parágrafo Único no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo o seguinte, *verbis*:

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

- Este dispositivo deu lugar a uma série de especulações, apresentando-se como a panacéia universal para todos os problemas trabalhistas, pois entenderam alguns, ou muitos, que bastava despedir os empregados das empresas e organiza-los em cooperativas, para se livrar definitivamente dos encargos advindos do Direito do Trabalho.

•Evidentemente, atitudes deste jaez, além de moralmente reprováveis, são perniciosas em todos os sentidos, tanto sob o aspecto gerencial como sob o ponto de vista legal, pois como já dito, o Direito do Trabalho se norteia pelo Princípio da Primazia da Realidade, **pouco importando então que os empregados sejam ou não cooperativados, se os requisitos da relação de emprego se fizerem presentes**, como bem evidencia a seguinte decisão.

“Relação de Emprego – Cooperativa – Interpretação do parágrafo único do artigo 442/CLT. A regra insculpida no parágrafo único do artigo 442 CLT não pode ser objeto de interpretação meramente gramatical. O referido dispositivo deve ser analisado e entendido, a exemplo de qualquer outro, como parte integrante da estrutura do ordenamento jurídico pátrio, com a qual deve harmonizar-se.

Se os autos mostram a relação de emprego, exclui-se automaticamente a relação cooperativista, assumindo os fatos os contornos de contrato de trabalho”. (TRT – 3ª R – 3ª T – RO nº 3.700/97 – Rel. Antônio Álvares da Silva – DJMG 11.11.97 – pág. 06). Grifos postos.

- A cooperativa, desde que regularmente constituída e regularmente operada, é uma excelente alternativa de para a delegação de serviços, mas por isso mesmo há de ser utilizada com cautela, com muita cautela, pois **se o vínculo de emprego vier a ser reconhecido, as conseqüências serão sérias**, uma vez que, no entanto que a empresa prestadora paga, ou deveria pagar, todos os encargos trabalhistas e previdenciários a seus empregados, a cooperativa não está obrigada a tais recolhimentos, de sorte que o reconhecimento do vínculo implicará no pagamento de todas as importâncias em atraso, o que resultará em um montante muito representativo.

- Antes de delegar a cooperativas a execução de serviços, deve ser pois examinada com muito cuidado sua regularidade, pondo especial empenho em não dar o mínimo ensejo à caracterização de subordinação hierárquica dos cooperativados à empresa tomadora
- Se houver alguma dúvida em face do caso concreto, será preferível utilizar uma empresa no lugar da cooperativa, pois se o vínculo de emprego vier a ser reconhecido pela Justiça do Trabalho, as conseqüências não terão uma representatividade tão significativa, desde que se haja tido o cuidado de, periodicamente, verificar o adimplemento dos encargos trabalhistas – e previdenciários – por parte da firma prestadora.

9.- RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS

- O reconhecimento do vínculo de emprego entre os empregados da prestadora e a tomadora não é o único problema que poderá surgir nos processos de delegação de serviços a terceiros, merecendo destaque o da eventual caracterização de responsabilidade subsidiária da contratante, no caso de inadimplência por parte da contratada das suas obrigações trabalhistas para com seus empregados.

- Neste caso, o vínculo empregatício entre os trabalhadores da prestadora e a tomadora não resta caracterizado, mas responderá esta pela inadimplência daquela, no caso de que as obrigações trabalhistas não sejam cumpridas, e não tenha a contratada condições de suportar os encargos que judicialmente lhe forem impostos.

Pretenderam alguns doutrinadores encontrar supedâneo para a responsabilização do tomador dos serviços em casos tais no art. 455 da CLT, que assim reza:

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.

- Mas este posicionamento não se sustenta, posto que o supratranscrito dispositivo regula hipótese distinta, estabelecendo uma responsabilidade, não subsidiária, mas solidária, entre o empreiteiro principal e o subempreiteiro, o que é totalmente diferente da relação que se estabelece entre o tomador dos serviços ou dono da obra e o prestador a quem a execução foi delegada.

Recentemente, a Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais do C. Tribunal Superior do Trabalho foi no sentido da inexistência de responsabilidade do dono da obra pelo inadimplemento pelo prestador de suas obrigações trabalhistas, nos seguintes termos, *verbis*:

191. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE.

(INSERIDO EM 08.11.2000)

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

• Desta forma, não pode ser sustentada a responsabilidade *ex vi legis* do tomador dos serviços pelas omissões do prestador, mas o problema não fica resolvido, pois **continua existindo a responsabilidade subsidiária daquele com base na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, nos termos do disposto no inc, IV do supratranscrito Enunciado 331, da Súmula de Jurisprudência do E. TST.**

• Há então que tomar especial cuidado, no caso de delegação da execução de serviços a terceiros, para o cumprimento das obrigações trabalhistas – e previdenciárias – pelo contratado, exigindo mensalmente demonstrativos do adimplemento, pois do contrário será a empresa tomadora fatalmente responsabilizada, já que a defesa judicial nestes casos é difícil.

• Mas, se a empresa contratada não prestar serviços exclusivamente para a contratante, se tiver ela outros clientes, resultará difícil caracterizar que é a efetiva tomadora, o que será um obstáculo para a propositura de ações contra esta, e virá a facilitar a defesa se forem ajuizadas, cabendo salientar que este critério é aconselhável também sob o ângulo executivo, na medida em que, sendo a prestadora de maior porte, terá melhores condições de desenvolver tecnologia de ponta, com a conseqüente melhoria da qualidade, e de oferecer preços mais baixos, como resultado do ganho de escala, ao tempo em que terá também uma solvência financeira maior

- **Mais uma vez se coadunam portanto os critérios administrativamente recomendáveis, com o posicionamento das Cortes Trabalhistas, tendo em vista que, o que é mais vantajoso do ponto de vista executivo, também é mais defensável na esfera judicial.**

- **Uma descentralização de atividades acertada, com a subsequente delegação da execução de serviços corretamente praticada, do ponto de vista executivo, conduzirá à observância dos mandamentos preconizados pela Justiça Laborista, bastando cuidar para que uma incorreta operacionalização não venha a propiciar uma imagem de ilicitude, em face de uma situação perfeitamente regular.**

10.- CONTRATOS

•A formalização da delegação de serviços a terceiros será feita mediante instrumentos contratuais, que deverão ser muito claros e bem redigidos, de maneira a evitar interpretações dúbias, pelas partes signatárias ou por terceiros, merecendo sobre esta matéria serem feitas as seguintes observações, que apresentamos de forma articulada, para melhor compreensão.

✓ **Elaboração e Gerenciamento**

Os contratos deverão ser elaborados por um advogado experiente, familiarizado com as nuances da delegação de serviços a terceiros, mas sempre com o concurso do gerente da área que realiza a delegação, pois só ele conhecerá as particularidades específicas, notadamente as técnicas,

A redação deverá ser clara, e a linguagem simples, tendo presente que é preferível incorrer em redundâncias ou repetições do que deixar confuso o conteúdo.

O gerenciamento será sempre feito pelo responsável pela área tomadora dos serviços, a quem caberá avaliar os resultados apresentados pela prestadora, bem como resolver todos os problemas que durante ou após a execução dos serviços surgirem.

✓ **Equilíbrio**

Concluimos há tempo, que o melhor caminho para que uma relação contratual gere problemas, é o de privilegiar inconseqüentemente uma das partes, mediante a inserção no contrato de uma série de cláusulas leoninas, que poderá a outra ser compelida a aceitar em face das circunstâncias do momento, mas que certamente provocará sua insurgência no futuro.

Tenha-se presente que o objetivo da delegação de serviços ou obras è a obtenção de vantagens em termos estruturais, qualitativos, administrativos e financeiros, e que a outra parte também deve obter proveito no negócio.

✓ Objeto

✓ O objeto se constitui na alma do contrato, de forma que deverá ser sempre bem definido e claro, devendo ser evitada a concisão extrema e as imprecisões, para que exatamente corresponda aos limites da atividade descentralizada que lhe deu origem, sem ensejar dúvidas quanto à amplitude do serviço delegado.

Nada impede que sejam estabelecidas condições comuns ou gerais para todos os contratos, fazendo a elas referência no instrumento específico, mas sempre será recomendável fazer uma revisão das cláusulas genéricas em cada caso.

A definição do objeto deverá já e desde logo, induzir a conclusão de que o serviço será avaliado pelo resultado, e não pelo *modus faziendi*.

✓ Prazo

Mesmo em se tratando da execução de serviços de natureza contínua, não aconselhamos a assinatura de contratos por tempo indeterminado. Mais prudente nos parece – especialmente no Brasil, onde a única constante é a mutabilidade circunstancial – estabelecer períodos anuais, a cujo termo poderão as condições ser revistas no caso de prorrogação, e se de tanto houver necessidade, ou ratificadas as anteriores mediante novo contrato.

✓ Preço

O preço deverá ser justo, conveniente para ambas as partes, e claramente definido tanto o montante pactuado, como as datas de desembolso avençadas, ou as condições para que estas ocorram.

Se o contrato for por prazo superior a um ano, poderá ser estabelecida cláusula de correção monetária, podendo igualmente serem fixados os juros para o caso de inadimplemento por parte da tomadora, e a correção monetária, que nesta hipótese será cabível, deixando estabelecido o índice adotado.

O preço com base no homem/hora deve ser evitado, por primeiro, porque não se harmoniza com os critérios administrativos da delegação de serviços a terceiros, que buscam o resultado, e em segundo lugar porque tal prática se constituiria em excelente argumento para eventuais sustentações no sentido da ocorrência de intermediação de mão-de-obra, como não será difícil vislumbrar.

✓ Local de Execução

Como já visto, é perfeitamente factível a realização dos serviços delegados nas instalações da tomadora, mas, sempre que possível isto deve ser evitado, tanto para não favorecer as tentações direccionistas dos prepostos da empresa, que conduziriam à subordinação dos empregados da contratada, como para evitar que algum venha ao depois a tratar de maquiar os fatos para tratar de caracterizar esta relação subordinada.

Notadamente, no caso de trabalhadores autônomos, deverá ficar claro que poderão eles realizar os serviços onde lhes for mais conveniente, embora possam utilizar as instalações da empresa tomadora para coletar dados e realizar parte dos trabalhos, se houver disponibilidade para tanto.

✓ Rescisão

- Deverá ser sempre prevista uma cláusula de rescisão para o caso de inadimplência das condições pactuadas por qualquer das partes, estabelecendo a penalidade em que incorrerá a parte infratora, bem como a responsabilidade civil pelos danos à outra causados em consequência do inadimplemento, que com a multa estipulada não se confunde.

No caso de contratos por período prolongado, relativos a serviços de natureza contínua, a par da previsão de rescisão imediata em caso de inadimplemento das obrigações contraídas, recomendamos inserir uma cláusula de rescisão unilateral e sem ônus com prazo razoável, para o caso de qualquer das partes querer interromper imotivadamente a relação contratual.

✓ **Responsabilidade**

Entendemos conveniente inserir nos contratos uma cláusula em que a contratada assumira a integral responsabilidade por eventuais condenações impostas à contratante em decorrência de reclamações trabalhistas ajuizadas pelos empregados da prestadora, acrescidas das despesas que a tomadora tiver efetuado para tratar de sua defesa, autorizando o automático desconto de tais valores nas faturas vincendas.

✓ **Multas**

Também aqui a razoabilidade deve se fazer presente, pois o estabelecimento de multas excessivamente pesadas, terá como única consequência o não pagamento das mesmas, e a inexecução do contrato.

O objetivo das multas deve ser compelir as partes a cumprirem as obrigações avençadas, o que recomenda que sejam significativas, mas não exorbitantes.

✓ **Foro**

A prática comum tem sido a eleição do foro do domicílio da parte mais forte na relação contratual, o que não se coaduna com os ditames da razão, pois o objetivo desta cláusula é a escolha do lugar onde eventuais demandas judiciais derivadas do contrato deverão ser processadas, em proveito de todos os signatários.

Deverá portando ser tida em vista a perspectiva de realização de eventuais trabalhos periciais e outras diligências, o que recomendará em muitos casos a eleição do foro do lugar onde os serviços ou obras estejam sendo realizados, por ser o lugar mais conveniente para ambas as partes.

✓ Fiança e Garantias

Algo que até o momento nunca vimos fazer, foi exigir fiança nos contratos de prestação de serviços, e no entanto, é perfeitamente possível a adoção de tal prática.

Esta fiança, que requererá *outorga uxória* ou *outorga marital*, poderá ser prestada por terceiros, ou pelos próprios sócios da empresa prestadora, que responderão assim individualmente, no caso de que da incorreta execução do contrato, ou da decretação da responsabilidade subsidiária da contratante em reclamações trabalhistas, venham a resultar prejuízos para a tomadora.

Da mesma forma, poderá ser exigido da prestadora o oferecimento de garantia, que poderá ser real ou representada por carta de fiança bancária ou outros expedientes legalmente admitidos.

11.- CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

- Emerge uma identidade entre a visão executiva da questão e os conceitos esposados pela Justiça Laborista, na medida em que o que por esta é condenado é a prática fraudulenta da intermediação da força de trabalho por pessoa interposta, que resulta igualmente desaconselhável à luz dos princípios direcionadores da administração empresarial.
- **Qualquer atividade pode ser delegada a terceiros, desde que retirada do foco do negócio e corretamente transferida**
- Uma correta delegação da execução de serviços ou obras a terceiros não é suscetível de dar lugar a problemas judiciais, e que se estes se verificarem, haverá significativa probabilidade de obter a reforma da decisão determinante mediante os pertinentes recursos.

- A caracterização da responsabilidade subsidiária poderá ser evitada se a firma prestadora tiver outros clientes em seu rol de atividades, posto que em tal caso será difícil para seus empregados definir qual a empresa destinatária dos serviços por eles prestados, sendo que esta prática propiciará também vantagens na esfera administrativa, eis que permitirá à tomadora partilhar os ganhos de escala da contratada, obtendo preços mais favoráveis, ao tempo em que a qualidade poderá ser incrementada em virtude do maior porte da prestadora, que lhe permitirá uma melhor adequação tecnológica.

- **Será preciso não apenas fazer com que a delegação de serviços seja efetuada corretamente, como também com que pareça assim haver sido realizada**

- Os serviços delegados devem ser perfeitamente definidos, e serem realizados com total independência, jamais utilizando pessoal isolado ou de terceiros para realizar tarefas conjuntamente com empregados da empresa.

- Contratos vagos, confusos ou mal elaborados, com o objetivo e a forma de pagamento incorretamente definido, constituem o melhor dos caminhos para a Justiça do Trabalho, cabendo esclarecer que tornam ao depois extremamente difícil a defesa.

- Sempre que as circunstâncias permitirem, deverá ser exigida fiança ou outro tipo de garantia dos contratados.

- Manter sempre os contatos com os representantes das prestadoras, evitando o relacionamento direto com os empregados destas.

- Evitar, sempre que possível, a prestação habitual de serviços por terceiros nas instalações da empresa, ou mediante a utilização dos seus equipamentos, ainda que sob regime de locação, muito embora não haja impedimento legal para esta prática.

- Tratar de evitar que as prestadoras de serviços, sociedades ou cooperativas, e especialmente estas, trabalhem exclusivamente para a empresa.

- Se houver necessidade de enfrentar condições transitórias de falta de contingente ou acúmulo de serviço, tratar de resolver o problema mediante a contratação de trabalhadores temporários, se disponíveis no local, ou recorrer à descentralização de atividades e subsequente delegação dos serviços a terceiros, ainda que

- Se forem contratados serviços para serem realizados nas instalações da empresa, por não haver outra alternativa, cuidar especialmente para que a subordinação decorrente do relacionamento direto não se caracterize.

- Adotar cuidados e precauções especiais, no caso de contratação de ex-empregados da empresa, logo após sua demissão, levando em conta a possibilidade de decretação da nulidade da rescisão anterior, e as graves consequências que da mesma adviriam, tendo sempre presente o elevado risco que a contratação deste pessoal representa.

- Utilizar sempre o critério de *locatio operis*, à delegação de serviços ou obras, evitando a *locatio operarum*, ou seja, a contratação de pessoal para realizar a prestação de serviços sob a direção da empresa.

- Em todos os casos de delegação de serviços a terceiros, verificar mensalmente o adimplemento pelas prestadoras das suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.
- Ter presente que, embora as cooperativas possa ser mais atrativas em termos de preço, eventuais reclamações apresentarão conseqüências mais graves, se o vínculo empregatício entre os cooperativados e a empresa vier a ser reconhecido, o que não recomenda sua utilização se houver dúvidas quanto à possibilidade de estabelecimento de relação de emprego.
- O administrador deve pensar sempre na possibilidade de que o terceiro, ou seus empregados, venham a postular o reconhecimento da relação de emprego, e ele, desde logo, deve traçar a linha de defesa, evitando as situações que a tornariam impossível.

- Lembrar que direito é prova, lógica, de sorte que, se os elementos probatórios forem sólidos, poderá o advogado fazer uma boa defesa, mas que em sendo a prova desfavorável, ainda que assista razão à empresa será perdida a causa.

- Recorrer ao corpo jurídico da empresa sempre que houver dúvidas, fornecendo-lhe dados concretos e descrevendo objetivamente as situações problemáticas.

- Incumbir das questões derivadas da matéria aqui abordada profissionais do direito competentes, que conheçam do assunto, pois o sucesso dependerá sempre da forma com a questão seja posta perante o Magistrado. E da prova, não se olvide.

12.- FATORES DE RISCO

1. 1. Contratação de serviços em caráter pessoal, sem que a efetiva autonomia reste claramente evidenciada.
2. 2. Contratação de firmas individuais, para que seus titulares realizem os serviços sob direção da empresa tomadora, e em suas instalações.
3. 3. Prestação de serviços nas instalações da empresa, em caráter habitual, juntamente com empregados próprios que realizem funções semelhantes.
4. 4. Utilização de mão-de-obra de ex-empregados da empresa, logo após a rescisão dos seus contratos de trabalho, nas mesmas funções.
5. 5. Relacionamento pessoal e direto com os trabalhadores das empreiteiras.

DELEGAR SERVIÇOS É GERENCIAR CONTRATOS

MUITO OBRIGADO!

Recife – PE, 25 de novembro de 2004

Armando Suárez Garcia

Ass. Jurídico ESCELSA/ENERSUL

OAB/MS – 4464

armando@escelsa.com.br

armando@enersul.com.br