

Você não pode terceirizar responsabilidades

As dimensões jurídica e econômica do princípio que deve orientar a atividade
empresarial

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do
CADE.

O título desta coluna vem de um pequeno e instigante vídeo constante do canal do YouTube do Core Project: *You can't outsource responsibility*¹. Nele, o economista Richard Freeman, professor de Economia de Harvard, explica brevemente um lado complexo da terceirização das atividades econômicas: a igual e indesejável terceirização das responsabilidades.

Segundo o autor, a terceirização vem colocando em xeque as fronteiras das sociedades empresárias, uma vez que estas têm delegado partes significativas de suas atividades para outras empresas, muitas vezes em outros países, como a China e a Índia, a fim de reduzir os custos da mão de obra. Em muitos casos, a terceirização tem ocorrido não propriamente em razão de questões de especialização funcional, mas tão somente para corte dos custos, uma vez que os trabalhadores das empresas terceirizadas são mais mal remunerados do que os trabalhadores da empresa tomadora.

O ponto fundamental da provocação de Freeman é saber se, independentemente da legitimidade das razões normalmente invocadas para justificar a terceirização de atividades e dos impactos sobre a vida dos trabalhadores, esta pode implicar igualmente a terceirização de responsabilidades, o que muitas vezes é defendido pelas empresas tomadoras

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=2Zm5ZLMKhgQ>.

dos serviços. Afinal, se assim for, restará comprometido o princípio do equilíbrio entre poder e responsabilidade, com nefastas consequências para a economia e para a sociedade.

Com efeito, o princípio do equilíbrio entre poder e responsabilidade tem suas raízes éticas e jurídicas na necessidade moral de que todos devem responder por seus atos. Entretanto, apresenta igualmente relevante justificativa econômica. Partindo da premissa de que agentes econômicos reagem a incentivos, a responsabilidade é um importante estímulo para a ação adequada. De forma contrária, a irresponsabilidade é perigoso indutor não só da assunção excessiva de riscos e da geração descontrolada de externalidades negativas, como também de condutas descuidadas e negligentes.

Com efeito, quais são os reais incentivos que uma empresa terá para contratar uma terceirizada que efetivamente respeite os direitos dos trabalhadores se não tiver nenhum grau de responsabilidade pelos danos e ilícitos praticados por esta última? Provavelmente poucos ou nenhum. A mesma lógica pode ser utilizada para outras áreas do direito.

A questão de fundo, portanto, é evitar o fenômeno da “irresponsabilidade organizada”, em que agentes econômicos se aproveitam de arranjos contratuais e societários tão somente para exercerem poder empresarial sem assumirem as devidas responsabilidades.

Isso chama atenção para outra faceta do princípio do equilíbrio entre poder e responsabilidade: a necessidade de que seja interpretado em conformidade ao princípio da supremacia da realidade sobre a forma, a fim de compreender e considerar o real arranjo de poder estabelecido pelos agentes econômicos, sem o qual não se poderá pensar em alocações de responsabilidades de acordo com os riscos e os exercícios de poder efetivamente existentes.

Consequentemente, a terceirização de atividades precisa ser tratada com os devidos cuidados, pois não pode ter como consequência a total terceirização da responsabilidade. Especialmente diante de contratos que são claramente conexos, como o que ocorre na terceirização de mão de obra, não se pode cogitar da total ausência de responsabilidade por parte do tomador, sob pena de resultados que, além de iníquos do ponto de vista jurídico e moral, são

também disfuncionais do ponto de vista econômico. Daí a conclusão de Freeman de que não se pode terceirizar responsabilidade.

Há que se pensar, portanto, em soluções de responsabilidade civil que sejam compatíveis com a terceirização e que gerem incentivos para que as tomadoras exerçam os devidos deveres de cuidado na escolha e no monitoramento das atividades da terceirizada.

Para isso, o regime tradicional de responsabilidade civil já nos oferece importantes ferramentas, como as noções de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Logo, se alguém que terceiriza suas atividades sem saber informações básicas sobre o prestador – o que inclui dados sobre patrimônio ou estrutura securitária para suportar danos previsíveis que possam decorrer da atividade terceirizada, cuidados para prevenção e reparação de danos - há bons fundamentos para se cogitar ao menos da responsabilidade subsidiária do tomador.

Não é sem razão que já tive a oportunidade de sustentar que, também nos casos de terceirização das decisões empresariais para sistemas algorítmicos, fenômeno cada vez mais frequente e importante no atual contexto econômico, é imprescindível se pensar em instrumentos que evitem a irresponsabilidade organizada e assegurem os incentivos adequados para que agentes econômicos se comportem em conformidade à lei, prevenindo ilícitos e danos a terceiros.

Aliás, vale lembrar que hoje é ponto pacífico dos programas de integridade o de que não basta cumprir a lei e os princípios éticos, mas também é fundamental exigir isso dos parceiros contratuais. O ponto aqui é que tal obrigação não pode ser apenas voluntária, mas deve ser igualmente obrigatória, sob pena de sujeitar o agente econômico aos riscos da sua omissão culposa.

De certa forma, é este o entendimento que o Supremo Tribunal Federal adotou ao julgar os casos sobre terceirização de atividade-fim, oportunidade em que, não obstante autorizar amplamente a prática, reiterou a importância da responsabilidade subsidiária da empresa contratante, como se observa da tese fixada: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do

objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante"².

Vale ressaltar trecho culminante do voto do Ministro Luis Roberto Barroso neste caso:

“De fato, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, na terceirização, constitui corolário mínimo dos direitos assegurados pela Constituição aos trabalhadores e da vedação a que a exploração da atividade econômica ocorra às custas da dignidade do trabalhador. Tais exigências podem ser inferidas do artigo 7º da Constituição, que constitucionalizou um conjunto amplíssimo de normas trabalhistas e assegurou o direito de acesso dos trabalhadores à previdência social, bem como a medidas de saúde, segurança do trabalho e prevenção de acidentes. Celebrar contratos de terceirização, a baixo custo, com empresas terceirizadas, não fiscalizá-las, apropriar-se de parte das vantagens econômicas auferidas com a violação de tais normas e pretender eximir-se de qualquer consequência decorrente de tal estado de coisas é ilegítimo. Quem terceiriza auferes as vantagens e, portanto, também deve assumir os riscos da terceirização, que não podem ser suportados apenas pelos empregados e pelo Poder Público, em sua vertente de previdência e assistência social.” (grifos nossos)

Veja-se que o voto ressalta não apenas os fundamentos jurídicos que justificariam a responsabilidade subsidiária do tomador, como também a racionalidade econômica que impõe tal solução, a partir da ideia de quem auferes as vantagens deve igualmente assumir os riscos da terceirização.

² RE 958252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019.

A grande questão, tanto do ponto de vista jurídico como econômico, é que não basta a previsão genérica de responsabilidade subsidiária. Esta precisa ser eficaz e exequível, sob pena de se tornar letra morta. Para isso, outras reflexões podem se mostrar indispensáveis, tais como as relacionadas ao ônus da prova em situações de cadeias contratuais de terceirização. Afinal, imputar ao lesado o ônus de comprovar violações de dever de cuidado nessa intrincada teia contratual, muitas vezes arquitetada exatamente para criar a isenção artificial de responsabilidade por parte da tomadora, pode equivaler a impor óbice intransponível à realização prática da responsabilidade subsidiária.

Logo, o provocante alerta de Richard Freeman lança importantes luzes para aquele que deve ser o maior desafio a ser enfrentado por legisladores e juízes ao se depararem com um assunto tão difícil: encontrar arranjo de responsabilidade que, ao mesmo tempo em que seja fidedigno às reais alocações de riscos e poderes, crie os devidos incentivos para que todos os agentes da cadeia contratual ajam corretamente, na medida dos riscos que assumem e proporcionalmente aos deveres de cuidado que o direito deles exige.

Somente com o equilíbrio entre poder e responsabilidade é que conseguiremos obter o melhor da terceirização – especialização e maior eficiência decorrente da delegação de atividades a agentes que possam fazê-la de forma melhor e menos custosa – sem transformá-la em indevido e disfuncional instrumento de terceirização indevida de responsabilidade.

Publicado em 11/05/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/voce-nao-pode-terceirizar-responsabilidades-11052022>