

TERCEIRIZAÇÃO: É NECESSÁRIO POSITIVAR A MODALIDADE?

FABIANO ZAVANELA*

SUMÁRIO

	pág.
RESUMO	2
1. INTRODUÇÃO	4
2. DEFINIÇÃO	5
3. PANORAMA HISTÓRICO NO BRASIL	6
4. MODALIDADES	8
a) Terceirização Lícita	8
b) Terceirização Ilícita	8
5. TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO	9
6. DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE MEIO E DE ATIVIDADE FIM	10
7. DESDOBRAMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO (ILÍCITA ou INADIMPLEMENTO) PARA EMPRESA PRIVADA E PARA EMPRESA PÚBLICA OU DE ECONOMIA MISTA	11
8. CRÍTICAS AO MODELO ATUAL E PROPOSIÇÕES DE AJUSTE	13
9. BIBLIOGRAFIA	17

TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

(OUTSOURCING OF LABOUR)

RESUMO

O estudo tem como centro a figura da terceirização que não deixa de ser um instituto de valor para o estudo do Direito e, sobretudo, a questão da regulação.

Assim sendo, inicia-se buscando as definições dadas pela melhor doutrina ao modelo, e também aos conceitos de atividade fim e meio, os desdobramentos no campo da responsabilidade no formato atual e a previsão no Direito Comparado.

Por fim, propostas de positivação do instituto recebem devida análise, com a demonstração exata da morosidade e, sobretudo do fator político que interfere na construção legal almejada por muitos e que não se demonstra necessária, já que temos um sistema jurídico bastante completo e complexo que nos dá através de outras fontes, condições de ajustar o necessário à modalidade.

Palavras Chaves: Direito do Trabalho, Terceirização, Positivismo

ABSTRACT

The study is the central figure of outsourcing that is nonetheless an institute of value for the study of law, and especially the question of regulation.

Thus begins seeking the definitions given by the best teaching model, and also the concepts of order and activity environment, developments in the field of responsibility in the current format and prediction in Comparative Law.

Finally, proposals of positive institute receive proper analysis, with the demonstration of the exact length and especially the political factor that interferes with the legal construction desired by many and demonstrates that not necessary, since we have a fairly complete legal system and complex gives us from other sources, adjust the conditions necessary for mode.

Key Words: Labour Law, Outsourcing, Positivism

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser uma figura comum em nossa rotina tanto do mercado de trabalho como para o Direito do Trabalho, a terceirização ainda apresenta desafios não solucionados ou solucionados de maneira pouco adequada, em vista dos avanços nas formas de contratação de trabalho e, sobretudo, da própria mutação dos processos de produção e prestação de serviços.

Desta maneira é fundamental revisitar sua origem, seus conceitos, sua adequação as novas formas de emprego e trabalho e principalmente sua destinação, que deve, apesar das críticas embasadas que entendem como uma forma de substituição do emprego ou mesmo precarização, ser vista como geradora de oportunidades e principalmente fomentadora das atividades empresariais de menor porte, como também da própria especialização da mão de obra, desde que, por óbvio, bem controlada, fiscalizada e vista como fator importante no processo produtivo e com preocupação para com os entes envolvidos.

É fato que muitas das experiências levam ao descrédito porque é comum em nosso país se obter ou procurar obter vantagem em tudo àquilo que é novo ou então se desvirtuar iniciativas que nascem com um propósito e na prática é mal utilizada ou utilizada em proveito indevido.

Acredito, porém, que o amadurecimento das relações, das instituições, a valorização da função social da empresa, a imagem que se procura passar e ainda a própria conscientização coletiva que, apesar de tímida, é sem dúvida maior com o desenvolvimento do país, leva ao entendimento de que a figura da terceirização não pode ser desprezada ou relegada ao plano daquilo que não deu certo, já que contrariamente aos exemplos negativos, inúmeros outros derivados de uma gestão responsável demonstram que se trata sim de uma modalidade interessante quando se fala em geração de postos de trabalho.

O tempo de maturação e assentamento da ideia já foi transposto, agora resta aos operadores do direito analisar de que forma melhor se dá o controle e ainda a aplicação e regulação do instituto. Devem-se interpretar os instrumentos normativos que temos positivar naquilo que há lacuna ou então construir as definições e decisões concretas a partir do arcabouço existente? Qual modelo ou teoria melhor se aplica para solucionar essas dúvidas ou problemas advindos do emprego em larga escala dessa modalidade de prestação de serviços?

É neste sentido, ou seja, partindo da premissa de que a terceirização é uma realidade, deve ser mantida no mundo jurídico como uma das formas de contratação e que, por conseguinte, precisa de ajustes para melhor atender sua proposta inicial, qual seja, desoneração da produção sem representar precarização de direitos trabalhistas, mas apenas transferência de determinada atividade para uma gestão especializada, o estudo propõe algumas reflexões e ao final sugere ajuste no formato atual de controle dos desvios de conduta, que passa necessariamente pela questão da responsabilidade atribuída ao tomador de serviços nas hipóteses concretas.

2. DEFINIÇÃO

Conforme definição de MARTINS, terceirizar *“significa a empresa contratar serviços de terceiro para suas atividades-meios.”*¹

Complementa o conceito MAGANO ao dizer que:

*“terceirizar significa transferir a terceiros, atividades anteriormente a cargo da própria empresa. A terceirização, assim, concebida, possui duas vertentes: transferência a terceiros de toda e qualquer atividade ou apenas das chamadas atividades-meio.”*²

Alguns entusiastas da modalidade carregam nas tintas quando da conceituação, focando exclusivamente a questão na ótica da empresa ou do desenvolvimento econômico sob alegação de que pela terceirização se obtém uma maior produtividade em vista do foco que é dado para o negócio central em vista da possibilidade de confiar a terceiros, também especializados, atividades não essenciais e assessorias.

De outro lado os conservadores da figura do contrato de trabalho clássico definem o instituto como meio para otimização de custos da produção em vista da redução de encargos sociais e trabalhistas face transferência da gestão e com isto gerando precarização da relação de trabalho, conta essa paga exclusivamente pelo trabalhador e, portanto, figura contrária ao protetivo ordenamento jurídico trabalhista.

¹ MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

² MAGANO, Octavio Bueno. Alcance e limites da terceirização no Direito do Trabalho. Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. P. 281

Em sentido contrário a nomeação dada ao instituto, ROMITA rechaça o termo terceirização posto que na figura não há a presença do chamado terceiro, considerando que seu emprego é muito mais uma preocupação em se afastar por completo qualquer vinculação entre a empresa tomadora e os empregados da empresa prestadora de mão de obra, já que se a validade do negócio jurídico ou da forma de prestação é reconhecida e válida, então não há que se falar em terceiro.

*“No contrato entre a empresa de prestação de serviços e a empresa tomadora, há apenas o primus e secundus. Onde está o tertius?”*³

De toda forma, não se pode negar que é um instituto presente em nossa realidade, configurando-se como uma das ferramentas para gestão e que deve ser preservada, com certos ajustes para que na prática o equilíbrio entre interesses individuais e direitos dos empregados se mantenha face necessidade de manutenção e fomento da empresa e por conseguinte do próprio emprego.

3. PANORAMA HISTÓRICO NO BRASIL

A CLT traz em seu bojo, até mesmo pelo momento histórico e formas ou características das relações empresariais e de trabalho a época, apenas as figuras da empreitada e sub-empreitada.

Certamente que os avanços da produção em especial a expansão empresarial e com isto o ingresso das empresas multinacionais, nos idos dos anos 50, trouxe com elas as experiências e modelos vividos e introduzidos em seus respectivos países, tal qual o fordismo americano, com seu método vertical de produção e o toytista com o esquema contrário, ou seja, horizontalização.

*“No Brasil a noção da terceirização foi trazida por multinacionais na década de cinquenta, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.”*⁴

Porém tais inserções, segundo GODINHO⁵, não alteraram de plano o modelo interno de organização das relações de produção, mantendo-se a bilateralidade clássica sem o surgimento expressivo da terceirização que pressupõe a trilateralidade.

³ ROMITA, Arion Sayão. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr – Revista LTr – pag. 273

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

No campo normativo os primeiros instrumentos a tratar da questão foram os decretos-leis 1.212 e 1.216 de 1966 (segurança bancária), surgindo em 1974 a Lei 6.019 que tratava do trabalho temporário e em 1983 a Lei 7.102 sobre o trabalho de vigilância bancária (caráter permanente).

Podemos citar ainda, a lei 9.472/97 (serviços de telecomunicações), como disposições regulamentadoras de determinadas atividades e autorizadoras, assim sendo, da figura em estudo.

Pela construção histórica e, sobretudo, da análise prática das figuras e modalidades que se apresentaram ao longo do tempo, ou seja, partindo de uma concretização, como uma das modalidades de interpretação e aplicação do Direito, que visa a eliminação de obscuridades por uma metódica estruturante⁶, o TST sensível ao tema, editou, não se discutindo aqui a função normativa do Tribunal, que em breve comentário, certamente é regra de exceção e não como se dá na prática em típico intervencionismo exacerbado do Estado representado pelos julgadores que extrapolam a função de pacificação de conflitos em nome da suposta distribuição da Justiça, a Súmula 331, que reviu o antigo Enunciado 256, amoldando a figura da terceirização, suas possibilidades, reflexos, responsabilidades e extensão, sendo atualmente o instrumento do sistema normativo, basilador dos formatos de negócios e decisões envolvendo a modalidade.

Assim podemos considerar que, extraindo-se do conjunto normativo existente e pelo contorno dado à figura, pelo TST, a intermediação de mão de obra, usando o rol ofertado pelo Desembargador Alexandre Agra Belmonte⁷, cabe:

- a) em atividade-fim, assim entendida a essencial ao desenvolvimento de uma atividade empresarial (por exemplo, no trabalho temporário da Lei 6.019/74), e em atividade secundária, significando a que é desenvolvida como meio, apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal (como ocorre no transporte, limpeza, vigilância, assistência médica e manutenção de máquinas);
- b) de forma temporária (caso do trabalho temporário da Lei 6.019/74) e permanente (casos da vigilância bancária e serviços de limpeza);

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

⁶ MULLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos Atuais da Terceirização Trabalhista. Brasília: Revista do TST, vol. 74, n. 4, out/dez 2008.

c) na atividade pública e na atividade privada.

4. MODALIDADES

a) Terceirização Lícita

Tomando-se por base o sentido literal, licitude significa “Conformidade ao direito; legalidade; qualidade do que é lícito.”⁸

Desta forma, no direito posto à previsão da Súmula 331 do TST determina as possibilidades ou formas lícitas de efetivar a terceirização.

Essa leitura, por certo, é feita partindo-se da relação da modalidade com a garantia ou preservação dos direitos trabalhistas, ou seja, exige a devida cautela para que não se opere, em nome do combate a crise, concorrência ou métodos desenvolvidos de gestão e produção, uma verdadeira burla ou desconsideração dos chamados direitos trabalhistas, é preciso buscar o contraponto ou aproximar-se ao máximo do melhor possível.

MANUS deixa clara e frisada essa preocupação ao tratar da globalização, lembrando que

*“não tem cabimento afirmar que o fenômeno chamado de globalização, que não é recente, mas apenas mais incisivo nos dias de hoje, possa ser benéfico às relações de trabalho nos países de Terceiro Mundo, pois o capitalismo impõe, sempre, em diminuir os custos da mão de obra e, por consequência, agravar as condições de trabalho”.*⁹

Assim sendo, a terceirização lícita é aquela que atende os anseios da operação, ou seja, da contratação da empresa interposta pela tomadora, que dentre um dos objetivos tem por óbvio a redução do custo da operação ou maximização do lucro (estamos em um regime capitalista!!), e que de outro lado não viole a transparência, primando pela boa-fé e com isto garantindo sim postos de trabalho ainda que fora de sua organização, nas modalidades estruturadas pelo entendimento sumulado.

b) Terceirização Ilícita

⁸ <http://www.dicio.com.br/licitude/>

⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

Algo ilícito é algo que fere o conjunto de normas (regras ou princípios) e assim sendo não pode ser permitido ou incentivado de qualquer forma.

Não se pode confundir o emprego de uma roupagem lícita para mascarar alguma prática ilícita, para tanto vigora o basilar princípio da primazia da realidade, com a imprestabilidade do modelo ou instituto da terceirização por possibilitar condutas indevidas, afinal poucos não são os exemplos de sucesso comprovado da figura e as vantagens que advém de seu implemento, como também as necessárias correções de seu curso e emprego.

Como em toda organização social, ao longo do tempo, as leis existem para de fato disciplinar condutas naquilo que o homem não é capaz de manter o que dele é esperado no campo do valor, da ética ou da moral. Agir lícitamente é um dever de conduta.

Assim toda movimentação ou tentativa voltada para fraudar o formato ou os limites da terceirização, leva ao necessário entendimento de que a operação é inválida ou ilícita e assim de imediato gera impactos aos seus agentes, tanto aqueles que foram prejudicados (empregados) como também e principalmente aos causadores da burla, afinal a Súmula prega que a terceirização é exceção à regra do contrato de trabalho e se confirmada à ilegalidade, o resultado é o reconhecimento do vínculo e por conseguinte todos os seus reflexos e desdobramentos retroativos.

Na prática, as hipóteses mais comuns de terceirização ilícita são:

- Simulação: a própria tomadora cria uma empresa interposta para lhe desonerar um determinado setor, sendo que a atividade da prestadora é exclusiva e não há captação de outros clientes;
- Maquiagem: a contratação de serviços é formalmente legal, no entanto na prática a direção do trabalho é realizada pela própria tomadora, através do poder de mando direto e assim maquiando ou mascarando a subordinação;
- Desvirtuamento: a terceirização até se inicia com os contornos aceitos, porém no fluxo da operação, em nome da conveniência, ela é ampliada para outros segmentos que não são contemplados pelo objeto social da prestadora ou tampouco fazem parte de seu domínio operacional e aí confunde-se a gestão, pois impera o interesse puramente econômico;

5. TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO

Nos Estados Unidos, berço do fordismo e, por conseguinte, da verticalização da produção, que sofreu mutações ao longo do tempo e do desgaste da relação originária em vista da essência capitalista da nação e sua busca incessantes por crescimento, resultados e supremacia, diversos são os exemplos de terceirização, merecendo especial destaque para a área tecnológica que importa componentes de fabricantes, apesar de deter tecnologia para tal, de diversos outros países para então agrupar e agregar valor ao produto, chegando ao resultado ou atividade fim.

A Espanha valida a terceirização através do ordenamento – art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores – atribuindo responsabilidade solidária as empresas contratantes, em caso de inadimplência, equiparando ainda os direitos dos trabalhadores terceirizados aos inseridos na empresa tomadora.

Na Argentina, permite-se a terceirização desde que não haja identidade de finalidade entre as empresas contratantes. Objeto social, organização e gestão devem ser distintas, bastante próximo de nossa modelagem.

A Colômbia reproduz o modelo brasileiro no artigo 34 do Código de Trabalho, enquanto que na Itália e França as proibições são positivadas.

Por fim, o Japão tem como política o incentivo a terceirização, pois parte da premissa que o atingimento de melhores resultados pelas empresas é o bem jurídico a ser protegido, já que com isto decorre o crescimento dos próprios empregados e as melhores condições de participação nesses resultados.

6. DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE MEIO E DE ATIVIDADE FIM

Socorrendo-se das lições de GODINHO, temos que atividades-fim são “*nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços*” e as atividades-meio, “*são periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços*”¹⁰

Entretanto a experiência prática demonstra que não é tão simples aplicar esses conceitos aos casos concretos. Situações surgem com velocidade espantosa, acompanhando o dinamismo do desenvolvimento e da tecnologia e assim se exige dos operadores do direito, em especial dos julgadores, por vezes um conhecimento muito amplo de áreas ou ciências correlatas ou até mesmo e porque não, do uso de peritos ou profissionais aptos a indicar o que dentro de uma operação específica é periférico e o que é nuclear ou essencial para atividade.

Poucos não são os julgamentos ou posições que reconhecem a dificuldade dessa identificação, a exemplo:

*“Não há ainda um critério científico e apriorístico para delimitarmos serviços ou funções que dizem respeito, ou não, à atividade fim da empresa, de modo que, em derradeira análise, salvo nos casos expressamente previstos em lei, a licitude da terceirização dependerá sempre do exame de cada caso concreto. A meu juízo, trata-se de atividade fim se a mão-de-obra destinasse ao atendimento da necessidade normal e permanente do empreendimento econômico, à luz do objetivo social da empresa tomadora. Nesta hipótese, é juridicamente inviável a terceirização.”*¹¹

Aqui nasce uma discussão filosófica, ou seja, a concretização da interpretação e a partir disto aplicação da norma leva de fato a uma insegurança jurídica, a ponto exigir a regulamentação positivada do instituto, como sugere PASTORE¹², ou o sistema jurídico do Trabalho nos dá as respostas e mecanismos necessários para regulação da modalidade e com isto reconhecer a figura e a importância da terceirização, porém fixá-la no plano da exceção ao modelo de contratação regular do trabalho subordinado?

O enfrentamento desta problematização será alvo do tópico posterior que tratará das proposições de ajuste.

7. DESDOBRAMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO (ILÍCITA ou INADIMPLEMENTO) PARA EMPRESA PRIVADA E PARA EMPRESA PÚBLICA OU DE ECONOMIA MISTA

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

¹¹ Processo E-ED-RR-330004, decisão de 15.08.08, Relª Minª Maria de Assis Calsing

¹² PASTORE, José. Terceirização uma realidade desamparada pela Lei. Rev. TST, Brasília, vol. 74, n.º 4, out/dez 2008.

No plano dos efeitos jurídicos experimentados pelas empresas privadas, advindos do emprego ou verificação da ilícita terceirização de mão de obra, não resta dúvidas que, no formato atual, a declaração do vínculo de emprego entre empregado e tomadora é um fator não só de acerto da Súmula 331 como também e principalmente uma medida inibitória da conduta lesiva, ou ao menos tem essa pretensão e aqui não se deve levar em conta tão somente a quantidade de ações judiciais que discutem essa questão ou pretendem o vínculo, pois aquelas que relações que não passam pelo judiciário obviamente não são objeto de mapeamento ou quantificação.

Outro efeito prático é a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora do serviço na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador (inciso IV da Súmula 331 do TST).

Segundo MANUS,

*“a justificativa para tal posicionamento jurisprudencial é a obrigação da tomadora de serviços de zelar pela escolha de empresa idônea e fiscalizar a regularidade da relação entre esta e seus empregados, responsabilidade esta que pode onerá-la por sua culpa in eligendo e culpa in vigilando”.*¹³

Neste aspecto o entendimento levou a inserção do item V na Súmula 331, e agora falamos dos efeitos jurídicos suportados pelos entes da administração pública direta ou indireta, que expressamente aponta a necessidade de evidencição da conduta culposa no cumprimento das obrigações da lei 8.666/93 (lei de licitações).

Ou seja, se falamos em culpa, a responsabilidade é subjetiva e depende de prova efetiva da conduta, e assim o simples inadimplemento das obrigações por parte da empresa contratada, deixou de ser causa para atribuição de responsabilidade subsidiária a empresa pública, autarquia, economia mista ou qualquer ente da administração pública.

Sem adentrar no mérito do conflito de normas ou até mesmo da constitucionalidade ou não do art. 71 da citada lei de licitações, assim considerado no julgamento da ADC 16, é fato que a imposição do ônus da prova efetiva da culpa da Administração na fiscalização da empresa não pode ser exclusivo ou imposto ao empregado, como se tem depreendido dos julgados posteriores à inclusão do item V a súmula 331, vide o seguinte aresto:

“Assim, somente nos casos em que restar robustamente comprovado dolo ou culpa da Administração Pública, a mesma poderá ser responsabilizada pelo decreto condenatório. Contudo, no caso em epígrafe, o reclamante não logrou comprovar que a recorrente deixou de fiscalizar ou controlar a atuação da empresa contratada (1ª

¹³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

reclamada), no que concerne à quitação de direitos trabalhistas durante o pacto laboral, ônus que lhe competia.”¹⁴

O ônus é de fato do empregado, do hipossuficiente? Como ter acesso a documentos relativos à licitação efetivada, controle de pagamentos, exigência de guias ou comprovantes de quitação de encargos? È razoável e proporcional impor essa inversão da figura clássica do ônus da prova que exatamente *decorre da excessiva dificuldade do trabalhador em produzi-la deriva do princípio processual da aptidão para a prova, aplicado também no processo cível.*¹⁵

Como questões processuais não são o foco da análise fica apenas a ressalva que é preciso maior cuidado e cautela com o emprego e respeito à argumentação jurídica na construção das decisões, sobretudo quando se deve sopesar normas e seus desdobramentos.

Retomando a questão dos desdobramentos, o inadimplemento das obrigações pela empresa contratada só, em face da posição atual do TST, gerará ônus para o ente da Administração Pública caso comprovada a culpa.

Na hipótese de terceirização ilícita, não há espaço para reconhecimento de vínculo face vedação constitucional (art. 37 da CF), porém é cabível o pleito indenizatório.

8. CRÍTICAS AO MODELO ATUAL E PROPOSIÇÕES DE AJUSTE

Reconhecendo-se que a terceirização é uma figura legítima e uma forma de trabalho válida, ou seja é uma modalidade advinda das mudanças socioculturais, flexibilizando-se assim não a lei trabalhista mas sim a visão clássica de contrato de trabalho, pois reconhecidamente em que pese à subordinação ser vista como um dos pilares de sustentação da autonomia dogmática do direito do trabalho, é fato que seu amoldamento a essa nova realidade não a elimina, apenas amplia.

Em vista da ausência de norma expressa que discipline a terceirização, ainda que tenhamos a súmula 331 do C.TST como arcabouço jurídico para o assunto, é fato que inúmeras decisões,

¹⁴ Processo TRT 15ª Região nº 0001305-40.2010.5.15.0094 ro2

¹⁵ BASILE, Cesar Reinaldo Offa. Processo do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

interpretações e aplicações são contraditórias, o que, em tese, geraria uma insegurança jurídica, motivando assim alguns projetos de Lei sobre o tema.

Assim sendo, em 1998 (Governo Fernando Henrique) o Poder Executivo propôs o Projeto de Lei 4.302, que se encontra arquivado desde 2007 (Governo Lula), que em síntese altera a Lei 6019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário e sugeria a inclusão nesta das disposições sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Em 2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que foi relator do PL 4.302, foi proposto o Projeto de Lei 4.330, ao qual foi apensado o Projeto de Lei 5.439/2005, da Deputada Ann Pontes, que tratam exclusivamente da intermediação de mão de obra.

Vale destacar do projeto de 2005, a seguinte proposição, sobre a responsabilização da empresa tomadora, que ao ver é o elemento fundamental e regulador do funcionamento adequado da modalidade:

“Art. 442-A.....

Parágrafo único. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias por parte do empregador, implica a responsabilidade solidária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações....”

Tendo em vista que apresentavam pontos de conflito, o relator opinou pela rejeição do PL de 2005 e pela aprovação do PL de 2004, o qual em seu art. 10, seguindo a orientação da Súmula 331 do C.TST fixa a responsabilidade pelas obrigações inadimplidas pela empregadora como sendo, por parte da tomadora, subsidiária, onde peca, já que tempo não faltou para métrica prática das situações vivenciadas, ou seja, se a Súmula é de 1994 e o PL elaborado 10 anos após, evidente que a questão da garantia dos direitos dos empregados por intermédio da regulação da responsabilidade merecia melhor técnica.

Em 22.05.12 foi submetida à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pedido de seminário para debater o PL, ou seja, os infundáveis trâmites ordinários da lei que perdem ou ganham força no tempo e no espaço por interesses diversos, estão em curso.

De outro lado, em 2007 o então Deputado Vicente Paulo da Silva (Vicentinho) propôs sobre a mesma temática, porém de forma ampliada e minuciosa em termos de conceitos e diretrizes, o Projeto de Lei 1.621, e segundo premissa estampada na justificativa, tem como objetivo “a definição da terceirização, assegurando a dignidade no trabalho.”

O texto busca conceituar terceirização, empresa tomadora, prestadora, atividade-fim, atividade-meio, entre outros pontos que pelo até agora verificado nos tópicos anteriores, já foram objeto de estudo e inegavelmente de ricas construções doutrinárias ou práticas que não podem ser desprezadas.

No que toca a responsabilidade do tomador frente inadimplência do prestador de serviços, fulcro ou ponto central da presente tese, o projeto no artigo 9º, igualmente aquele de 2005, prevê a solidariedade independentemente da verificação de culpa.

Voltando a cronologia das propostas, em 27.06.2012 o relator do PL 1.621/2007 votou por sua rejeição, sustentando que a Comissão Especial do Trabalho Terceirizado andou muito bem ao ofertar um texto substitutivo ao Projeto de Lei 4.330 de 2004, que é uma proposição mais antiga e por conseguinte em fase adiantada, devendo assim prevalecer.

Deste substitutivo se extrai as principais garantias focadas ao empregado e seus respectivos direitos:

- Previsão contratual obrigatória de fiscalização, pelo contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas;
- Possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados, se constatado o inadimplemento;
- Exigência de documentação e comprovantes de honradez das obrigações, por parte da prestadora de serviços, perante seus empregados

Tais “inovações” são há muito exercidas ou praticadas no mercado, em especial por empresas que exercem sua função social plena e tem de fato compromisso com suas premissas, imagem e crescimento humano.

O Direito Civil, que é o regulador da relação entre tomador e prestador, dá condições plenas para que no instrumento de prestação de serviços todas essas cautelas sejam adotadas e comumente se verifica que nas operações revestidas de seriedade tais premissas são inegociáveis. É compromisso e dever do tomador no momento que opta por terceirizar determinada atividade e assim focar no negócio ou então contar com prestação qualificada de mão de obra, gerir esse contrato e seus desdobramentos, afinal qualquer desarranjo na operação refletirá diretamente em seu negócio, quer do ponto de vista operacional ou financeiramente quando os casos não resolvidos se tornarem lides.

Assim, novamente o questionamento nos ronda: é de fato necessário positivar o instituto e com isto enrijecer a modalidade, que se altera com velocidade ímpar face às inovações tecnológicas ou formas de produção? A Súmula, não se discute seu poder vinculante, não é uma concretização suficiente para em conjunto com todo ordenamento à disposição enfrentar a problemática, como aliás vem sendo feito ao longo dos anos?

O que se extrai de novo do chamado texto substitutivo e que importa para se tentar alcançar o melhor possível em termos de garantia dos direitos, fundamentalmente em casos de inadimplência da prestadora, reside na gradação da responsabilidade, ou seja, o tomador será responsável subsidiariamente se realizar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações e de outro lado caso tal não se faça, abdicando destes mecanismos, passa a ser solidariamente responsável.

Desta forma, a revisão da Súmula com base na apreensão dessa gradação da responsabilidade, além de mais ágil e prática do que a tramitação dos Projetos de Lei atenderia por completo a questão, delegando a análise do caso prático tanto em relação à caracterização da atividade como fim ou meio como também ao grau de fiscalização e zelo adotados pela tomadora, e assim fixando a gradação da responsabilidade, com base nos preceitos do processo do trabalho que orientam a prova, cabendo, diferente da hipótese envolvendo os entes da administração pública, ao detentor da obrigação.

Não se discute que pela corrente pluralista a jurisprudência é uma importante fonte formal de direito¹⁶, e assim completamente suficiente e adequada para a hipótese, pois perdurará como o melhor possível até que outra realidade influencie a dinâmica do instituto da terceirização ou seus contornos e faça surgir à necessidade de readaptação do modelo ou até mesmo de sua extinção.

Querer crer que uma lei específica que trate da terceirização irá positivar algo novo, sem dúvida é desprezar toda riqueza do ordenamento jurídico trabalhista e das próprias disciplinas correlatas, em especial do Direito Civil que a partir da reforma do Código trata com muita originalidade, clareza e riqueza de construção todas as questões que interessam para a relação entre tomador e prestador, e inclusive protegem o empregado de forma direta, portanto basta sistematizar a interpretação e certamente não haverá situação concreta sem adequado

¹⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

tratamento, não havendo que se falar em insegurança jurídica, pois isto brota daqueles que efetivamente se afastam de sua função na relação seja ela da natureza que for.

***Fabiano Zavanella**, advogado, sócio do escritório **Rocha, Calderon e Advogados Associados**, Consultor Jurídico, Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC. MBA em Direito Empresarial com extensão para Docência ao Ensino Superior pela FGV/SP. Autor dos Livros “Flexibilização do Direito do Trabalho Negociado e Legislado” e “Dos Créditos Trabalhistas na Nova Lei de Falências”. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP.

9. BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Kátia Magalhães. Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998

BASILE, Cesar Reinaldo Offa. Processo do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos Atuais da Terceirização Trabalhista. Brasília: Revista do TST, vol. 74, n. 4, out/dez 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. Alcance e limites da terceirização no Direito do Trabalho. Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. P. 281

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2011

MARANHÃO, Délio. Instituições de direito do trabalho. 19. Ed. Atual / por Arnaldo Sussekund e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. Alcance e limites da terceirização no Direito do Trabalho. Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. P. 281

MULLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 37 ed. São Paulo, LTr, 2012

PASTORE, José. Terceirização uma realidade desamparada pela Lei. Rev. TST, Brasília, vol. 74, no 4, out/dez 2008.

ROMITA, Arion Sayão. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr – Revista LTr – pag. 273