

Terceirização: uma realidade desamparada pela lei

José Pastore¹

Introdução

O mundo do trabalho vem sofrendo um grande impacto das novas tecnologias. A grande velocidade das mudanças traz consigo novas formas de trabalhar e, sobretudo, a necessidade de mais especialização.

Como as inovações tecnológicas são muito rápidas, as empresas não conseguem fazer de tudo e, por isso, precisam utilizar o trabalho de outras empresas e de outras pessoas – especialistas no seu assunto. Com isso, elas passam a produzir em “redes” ou “cadeias de produção”. São verdadeiras constelações de empresas e pessoas que se **relacionam** ~~entrelaçam~~ nas mais variadas formas de trabalhar. Dessas constelações participam empresas que são contratadas para vender produtos ou prestar serviços, assim como profissionais que prestam serviços especializados sob diferentes **formas de** relações de trabalho. Alguns como empregados por tempo determinado, outros por projeto que têm começo, meio e fim – acabando um, começa outro, na mesma empresa ou empresas diferentes ou em todas ao mesmo tempo. Há ainda os que prestam serviços de forma intermitente **assim como os** ~~Há também os~~ que o fazem de forma continuada – sem ser empregados das empresas contratantes. **É a busca incessante da especialização.**

Quanto mais rápido e mais diversificado é o processo de inovação tecnológica, mais veloz é a formação dessas constelações de empresas, pessoas e tipos de relações de trabalho. Na década de 70, uma novidade industrial durava cerca de dois anos, em média. Depois disso, deixava de ser novidade e era absorvida pela maioria dos produtores. Na década de 80, uma novidade industrial passou a durar apenas um ano e na década de 90, apenas seis meses. Hoje em dia, há novidades que duram uma semana ou alguns dias. Tome o caso de um banco que, pela manhã, lança um CDB atraente, com boa taxa de juros e facilidades para resgate. No final do mesmo dia, outro banco

¹ Professor de relações do trabalho da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, jpjp@uninet.com.br

lança um CDB ainda mais atraente o que obrigará o primeiro a mudar o seu produto antes de abrir as portas no dia seguinte.

Essa velocidade de mudança exige novas formas de trabalhar. Em certos casos, o primeiro banco consegue com seu pessoal fixo acompanhar a concorrência. Em outros, precisa comprar serviços de profissionais especializados para desenvolver um novo produto em tão pouco tempo. Isso exige a contratação de serviços externos – a terceirização.

Em outras palavras, a revolução tecnológica está provocando uma revolução nas relações do trabalho. É um processo sem volta. As redes de produção congregam no seu interior uma grande variedade de relações entre empresas e entre pessoas e empresas. E nessa contratação, não há porque limitá-la a atividades “meio” mesmo porque as empresas, para vencer a concorrência, precisam contratar de tudo.

Vivemos um tempo em que a história corre muito depressa, o que provoca grandes transformações no modo de trabalhar. **A sua velocidade é meteórica e para acompanhá-las e ganhar eficiência, a especialização é imprescindível.**

Há poucos dias minha neta de 14 anos me perguntou:

- Vô, quantos anos você tem?

- Mariana, eu sou do tempo em que não existia avião a jato; nem televisão; e muito menos, computador. Não havia Internet, nem CD, nem telefone celular e muito menos iPod

- Nem CD? E como se ouvia música?

- Tocando um *long play* que era um disco de vinil sobre o qual se colocava uma agulha que, por meio do atrito, reproduzia a música.

- Uma agulha? Como essas de dar injeção? E sem computador, como se escrevia?

- Com uma máquina de escrever, letra por letra, linha por linha. Quando se descobria um erro no meio de um texto de 50 páginas era preciso re-datilografar todas as páginas a partir da errada.

- Não podia *deletar*?

- Não Mariana, tinha que se re-trabalhar horas a fio. Perdia-se muito tempo. Agora tudo é diferente. Ganha-se muito tempo. Mas, vamos lá Mariana, quantos anos você pensa que eu tenho?

- Vô, se você nasceu antes do avião a jato, da televisão, do computador, da Internet, do CD, do telefone celular e do iPod, você deve ter uns 200 anos!

- Pois bem, Mariana. Tudo isso aconteceu nos últimos 60 anos. Você já imaginou quantas profissões novas surgiram **a partir da cada inovação**? Quantos avanços ocorreram? Você já **imaginou** ~~pensou~~ quantos novos equipamentos surgiram para fazer diagnóstico e curar as doenças? É isso que se chama progresso **que, por sua vez, provocou a revolução no mundo do trabalho.**

Essa nova realidade do mundo da produção surgiu depois da CLT. As leis trabalhistas do Brasil foram cunhadas antes do aparecimento do computador e antes do surgimento do setor de TI – Tecnologia da Informação – que se baseia fundamentalmente no talento humano e em profissionais que **atuam** ~~trabalham~~ das mais variadas formas. Muitos trabalham em casa, criando sistemas; outros trabalham em empresas implantando programas. Alguns trabalham de forma intermitente; outros de forma contínua. E quase todos fogem do vínculo empregatício porque este não se adapta à sua rotina de trabalho. **Em muitos casos, a nova idéia surge no meio de um sonho, acordando o profissional e levando-o para o computador a fim de transformar sua idéia em realidade, das duas às seis da manhã.** Como **determinar** ~~computar~~ a sua jornada de trabalho?

Outros trabalham quando viajam de avião ou de trem. Há aqueles que criam em hotéis, aproveitando o tempo “ocioso”. Em muitos casos eles **trabalham** ~~criam~~ para duas ou três empresas e não são empregados de nenhuma. **Para eles, No seu caso,** não basta entregar o produto. As duas ou três empresas precisam de seu trabalho depois do produto implantado e da manutenção **garantida.** ~~de mesmo.~~ **Esses profissionais não querem ser empregados.** Pelo contrário, eles já ~~criaram~~ sua própria empresa para prestar serviços especializados. Já **formaram** uma pequena equipe **especializada.** Não alocam pessoas, mas vendem idéias. **Eles fazem** parte do controvertido segmento dos PJs (Pessoas Jurídicas).

Novas tecnologias, novos trabalhos

No mundo inteiro, as empresas que mais se multiplicam são as que não têm empregados. Nos Estados Unidos, 72% das empresas são desse tipo, **com** uma ou duas

pessoas (sócios) prestando os mais variados serviços dentro de redes de produção. No Brasil, já chegamos à marca de 69% e elas não param de se multiplicar.

Se alguém perguntar a uma grande consultora de empresas de que modo **se** deve montar uma nova fábrica, a primeira resposta será esta:

“Não tente fazer de tudo porque ninguém tem capacidade de dominar todas as tecnologias, todos os produtos e todos os meios de produção. **Tudo muda muito depressa.** Articule-se com especialistas. Coloque o setor de pesquisa e desenvolvimento perto de uma universidade ou de um instituto de pesquisa e, para fazer melhor, faça o seu pessoal trabalhar bem próximo dos profissionais daquelas instituições. **Instale** ~~Coloque~~ o setor de dados – o banco de dados – em uma empresa especializada e que faz isso, com sigilo, presteza e bom preço. Não há porque investir na montagem de um banco de dados que requer equipamento que muda a cada seis meses e um quadro de pessoal de alta especialização. Coloque o setor de produção onde há energia, mão-de-obra qualificada e leis ambientais amigáveis. E assim por diante”.

É por isso que as empresas trabalham em redes. Os produtos são montados a partir de muitos especialistas e muitos produtores. Tudo isso para vencer a concorrência e atender o consumidor que, em qualquer parte do mundo, deseja a última novidade, com a melhor qualidade, o menor preço e boa assistência técnica.

Para a produção da boneca Barbie, o cabelo é de Taiwan; o plástico é do Japão; o vestido é da China; a montagem é na Malásia; e a exportação é por Hong Kong. É isso que permite colocar esse produto nas mãos das crianças por US\$ 10. Se a Mattel fosse fazer tudo, custaria US\$ 70.

Ou seja, ninguém pode fazer tudo. É preciso contar com a colaboração de muitas outras empresas e pessoas, passando para fora atividades meio e atividades fim. É a rede em ação. E isso é essencial. Os consumidores são exigentes e a concorrência é brutal. Só se cria emprego quando se vence a concorrência. A busca da especialização no trabalho, portanto, é uma imposição das novas formas de produzir.

O que responder quando se pergunta: a quem pertence o posto de trabalho? No Século 19, a resposta era simples: pertence ao dono do negócio, ou seja, ao capital. Em meados do século 20, dizia-se que o posto é propriedade do empresário e do sindicato que, pela via dos contratos coletivos, estipulavam condições para o seu uso. Hoje, o posto de trabalho não pertence nem ao empresário, nem ao sindicato, mas, sim, ao consumidor. Se o produto não agradar, o consumidor não compra e os empregos definham junto com a empresa.

Por isso, as empresas têm de criar as mais variadas formas para sobreviver e, sobretudo, crescer. Tornar-se competitivas já é difícil. Manter-se competitivas é ainda mais difícil. É preciso criar muito, fazer aquilo o que sabe e contratar **fora** o que não sabe.

Ninguém pode trabalhar apenas com empregados fixos e nem mesmo só com empregados. A especialização é imprescindível.

Tome o caso de uma novela de TV. Na sua produção há as mais variadas formas de relações do trabalho. Tudo começa com o autor, que não é empregado da produtora: é *free lancer*, provavelmente, um PJ. Em seguida vêm os roteiristas que se encarregam de desenvolver os diálogos a partir do texto do autor. **Junto com eles, trabalha o diretor.** Simultaneamente há os que produzem o cenário e o figurino que não são empregados da produtora e, provavelmente, de ninguém, pois a maioria são profissionais especializados que trabalham por conta própria em jornadas as mais variadas e, novamente, como PJs. **Para o diretor, trabalham vários assistentes, escolhidos por eles e seus assistentes** que, às vezes são empregados da empresa, outras vezes, não. Todos trabalham dia e noite para atender a demanda. **Depois vem o** elenco formado por atores-celebridades (na maioria PJs) e figurantes (na maioria trabalhadores temporários). Para dar forma em tudo, há uma enorme equipe técnica formada por empregados por tempo indeterminado, empregados por tempo determinado, profissionais autônomos, profissionais liberais, técnicos especializados utilizados para certas tarefas muito específicas, *camera men*, iluminadores, secretárias, motoristas, *office boys* e uma infinidade de outros profissionais que trabalham nas mais variadas condições contratuais. Cada um tem sua jornada e forma de remuneração. **Ao mesmo tempo, ninguém tem jornada rígida porque, se o diretor não gostou de uma cena, vai repetir quantas vezes forem necessárias. Alguns tem benefícios da convenção coletiva; outros negociam caso a caso. Cada um tem seus benefícios próprios.** Tudo é variado. Nada é homogêneo. É ~~também~~ uma constelação de relações do trabalho **de colossal complexidade.**

A CLT – que nasceu antes da televisão, **das novelas e das** constelações modernas – rege apenas as relações entre empregados e empregadores, deixando de fora ~~, portanto,~~ todas as demais formas de trabalhar. Os juízes, ~~muitas vezes~~ **em face de tamanha heterogeneidade de relações** ~~dificuldade diante de tamanha complexidade,~~ tentam incluir todos os trabalhadores na relação de empregados por prazo indeterminado que nada tem a ver com a maioria dos que trabalham numa rede de produção complexa como no exemplo acima.

Há uma realidade que não pode ser ignorada: com as novas tecnologias: o trabalho foi fragmentado. É com base nessa fragmentação que se chega à produção de massa, com eficiência e diversificação. Hoje em dia, o consumidor pode comprar um carro pela Internet e estabelecer tudo o que deseja nesse carro de forma que a fábrica recebe a mais variada demanda de modelos que são montados simultaneamente em uma só linha de produção. **Para tanto, conta com equipes especializadas, algumas da fábrica, outras terceirizadas.**

A revolução tecnológica e a demanda por eficiência estão fazendo emergir novos modelos empresariais.² Produção e venda passaram a ter escalas gigantescas, o que requer uma boa articulação das redes de produção. Sem isso, as escalas não se manteriam. Por exemplo, na época de Natal, a Hewlett-Packard (HP) passou a vender cerca de 400 mil computadores por dia (!) nas lojas do Wall Mart do mundo. Isso requereu uma reformulação completa da rede de produtores, entregadores, estocagem, comercialização e assistência pós venda. Para tanto, surgiram novas constelações de trabalho com vários tipos de relacionamentos para atender a brutal necessidade de assistência técnica. **É uma inter-relação de terceiros com um núcleo coordenador, ilustrada pelo exemplo abaixo.**

Nos Estados Unidos, por exemplo, a United Parcel Post (UPS), mera transportadora, que antes recolhia uma impressora defeituosa na casa do cliente, levava à fábrica da Hewlett-Packard (HP) para conserto e devolvia ao cliente consertada, nos dias atuais, ela mesma conserta o equipamento e entrega ao cliente e, em certos casos, conserta a máquina no domicílio, sem necessidade de transporte.

Para tanto, a **UPS** ~~empresa transportadora~~ se transformou em mantenedora que, por sua vez, é viabilizada por empregados próprios e por empresas subcontratadas onde

² José Pastore, *A Modernização das Instituições do Trabalho*, Editora LTR, São Paulo, 2005.

trabalham os mais variados tipos de profissionais **que trabalham sob diversos** regimes de trabalho. A maioria não integra os quadros da transportadora, muito menos do fabricante.³ A metamorfose das empresas gera uma metamorfose de relações do trabalho.

No Brasil, a terceirização também avança a passos largos. As áreas mais terceirizadas são informática, organização e métodos, serviços jurídicos, relações públicas, recrutamento e seleção, treinamento e desenvolvimento, administração de cargos e salários, folha de pagamento, benefícios em geral, restaurante e alimentação, previdência privada, saúde, seguro de vida e acidentes, transporte coletivo, limpeza e conservação, segurança, gráfica, correio externo, malote, frota de veículos, importação e exportação, auditoria de sistemas, marketing, pesquisa de mercado, propaganda, projetos, laboratórios diversos e serviços domésticos.⁴

Pelas regras vigentes (Enunciado 331 do TST) só podem ser terceirizadas as atividades “meio”. Ocorre que as empresas precisam terceirizar de tudo. Ademais, o que é meio para uma empresa é fim para outra – se é que alguém consegue distinguir claramente a diferença entre esses dois termos. Na ausência de uma definição legal ~~mais~~ precisa⁵, as empresas são sentenciadas de modo oscilante e incerto.⁶ A insegurança jurídica é enorme.

A terceirização é um processo irreversível. Faz parte da nova divisão do trabalho. E constitui peça essencial na formação de redes de produção. Nos dias atuais, não são mais as empresas que competem entre si. A verdadeira competição se dá entre as redes de produção. E isso é crucial para a manutenção das empresas e dos empregos. A eficiência das redes é que colocam as empresas no lado perdedor ou ganhador na concorrência mundial. Em 2006, a General Motors, por exemplo, perdeu US\$ 1 bilhão por mês – **e em 2008 está a beira da falência** - enquanto que a Toyota lucrou US\$ 1 bilhão por mês, vendendo os mesmos produtos (automóveis) no mesmo mercado (o

³ Thomas L. Friedman, *O Mundo é Plano: Uma Breve História do Século XXI*, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2005.

⁴

Livio Antonio Giosa, *Terceirização: Uma Abordagem Estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1992; Jerônimo Souto Leira e Newton Saratt, *Terceirização: Uma Alternativa de Flexibilidade Empresarial*, Editora Gente, São Paulo, 1996;

⁵

Uma definição é precisa quando é inclusiva e exclusiva, ou seja, possui os elementos que estão sempre presentes no objeto definido e nunca nos objetos diferentes.

⁶

Alice Monteiro de Barros, "A Terceirização e a Jurisprudência", *Revista do Direito do Trabalho*, nº 80, 1994.

planeta Terra). A grande diferença esteve na eficiência da rede de produção, **inovação**, manutenção e vendas das duas empresas.

Para que essas redes possam funcionar com eficiência e para que os seus participantes possam gozar das proteções fundamentais nas áreas do trabalho e da previdência social, há que se operar muitas mudanças no ordenamento jurídico atual.

As leis do trabalho e a terceirização

As leis que regulam o trabalho estão em crise. ~~Isso acontece no Brasil e no mundo.~~ O crescimento do mercado informal e a proliferação de novos modos de trabalhar, além do emprego, colocam em xeque as formas atuais de proteção do trabalho. Há uma crescente demanda para se reformular as leis trabalhistas e para criar novas modalidades de proteção.

As tentativas de modificação do atual quadro legal provocam reações em todo o mundo. Os que estão protegidos têm medo de perder a proteção, ignorando que os desprotegidos não têm voz para fazer valer as suas aspirações. Os operadores do direito resistem mudar o conhecido, por temer perder seu próprio trabalho. Como dizia Keynes, a dificuldade não está no entendimento das novas idéias, mas no abandono das velhas.⁷

A complexidade do mundo do trabalho é caracterizada pela multiplicação de relações triangulares e quadrangulares - todas entrelaçadas entre si. E isso exige mudanças nas leis do trabalho.

Tomemos o caso de uma grande grife de confecções (Georgio Armani, Lacoste ou Hugo Boss) que não possui nenhum empregado produzindo roupas. Todo o trabalho é contratado com pequenas empresas que têm seus próprios empregados e que, por sua vez, subcontratam outras. Uma corta, outra costura, a terceira faz acabamento, a quarta embala, a quinta entrega nas lojas, a sexta dá assistência no pós venda e assim por diante. A empresa da grife e as suas contratadas formam uma rede que precisa funcionar com precisão na padronagem das roupas, na perfeição das costuras, na apresentação das peças, no uso dos materiais adequados, na pontualidade da entrega, na preservação da imagem da grife e assim por diante.

Essa rede encerra inúmeras relações de dependência. As atividades contratadas fazem parte da missão central da empresa da grife. O trabalho é de longa duração. Os contratos

⁷ John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money* (Prefácio), Cambridge University Press, Cambridge, 1935.

podem varar anos, mantendo-se as cláusulas básicas, e renovando-se as específicas. O entrelaçamento das empresas e as relações de subordinação técnica são contínuos. Mas não há subordinação jurídica entre os empregados das contratadas e a contratante. Aqueles têm as suas proteções garantidas pela contratada. A contratante contrata um serviço que é executado pela contratada, com o mesmo quadro de pessoal ou com quadros que variam ao longo do tempo. Mas, para manter a qualidade de acordo com as normas técnicas, a interface e o diálogo entre os participantes da rede são intensos. É uma relação de parceria. Todos trabalham para alcançar o mesmo objetivo. **A subordinação técnica é clara e necessária.**

À luz da legislação atual, muitos auditores **fiscais** e juízes do trabalho são tentados a imputar relações de emprego no seio das redes de produção, passando para a contratante a responsabilidade de vínculo empregatício para com todos os integrantes da rede.

Isso conspira contra a produção e contra o emprego. Na terceirização, o que interessa é a prestação do serviço **dentro das normas contratuais**. Cada parte tem de cuidar de si no que tange à obediência à lei, embora caiba à contratante a observação de preceitos que garantam a proteção à saúde e segurança de todos – naquilo que lhe compete – e construção de um clima saudável de parceria.

Falta no Brasil uma lei que regule a prestação de serviços assim contratados (via terceirização) e que leve em conta a necessidade **que as** pessoas físicas e jurídicas **têm de** trabalharem de forma integrada dentro das redes.

O mesmo acontece com cirurgiões, obstetras, anestesistas, enfermeiros, técnicos em raios-X, tomografia, ressonância magnética, análises químicas, etc., que executam trabalhos dentro de um hospital. Por mais que se insista na especificidade de suas atividades, na prática, a boa qualidade do trabalho só é alcançada quando o relacionamento entre as partes é de parceria, baseado em confiança e em critérios técnicos para a execução das tarefas e aferição dos resultados. Hospitais e profissionais contratados vivem um ambiente de pessoalidade e subordinação operacional **contínua** que, outra vez, podem ensejar o pleito de vínculos empregatícios ou impedimento de contratação.

Muitos desses profissionais, pelos mais diversos motivos, querem trabalhar como autônomos. Alguns possuem empresas e são empregados de si mesmos e, como tal, não têm nada a negociar no campo trabalhista com **a emissora de televisão a** empresa da

grife ou com os hospitais. Outros foram empregados e hoje são demandados como autônomos ou como empresas para participar da rede, por tempos e projetos determinados. Ou seja, a produção moderna se baseia em um sofisticado sistema de parceria entre contratantes e contratados, todos trabalhando de forma sincronizada, **com eficiência e pontualidade.** ~~para atingir um objetivo final.~~

“A terceirização ultrapassou os limites de transferência de atividades de serviços e apoio, para ocupar espaço também no fornecimento de itens antes considerados como integrantes essenciais do produto principal. A pintura sempre foi e será fundamental numa linha de montagem de veículos. Há pouco tempo, seria impensável a terceirização do processo da pintura. Hoje, entretanto, é realidade. Há terceiros inseridos na linha de produção, cuidando deste processo”.⁸

No Brasil a tentação de considerar os **profissionais** ~~empregados~~ de contratadas como empregados da contratante é grande. São inúmeros os casos em que as contratantes são levadas a isso por força de sentenças judiciais. Em junho de 2007, por exemplo, em decorrência de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público de Trabalho, e de sentença da Justiça do Trabalho uma grande empresa de eletricidade foi obrigada a incorporar como seus empregados milhares de trabalhadores que trabalhavam como empregados de suas contratadas em obras de construção, extensão e modificação de rede elétrica; manutenção de iluminação pública; instalação ou substituição de ramal de serviço aéreo e/ou medidores e várias outras tarefas que eram executadas por empresas parceiras dentro de um conceito de rede de produção.⁹

A grande maioria das sentenças judiciais estabelece vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a contratante porque a atividade exercida foi classificada como fim. Os juízes não têm saída, pois assim estabelece o Enunciado 331 do TST. As condenações são feitas nas três instâncias, como ilustram os casos abaixo que chegaram ao Tribunal Superior do Trabalho:

Uma empresa de bebidas foi condenada porque os serviços de rotulação e embalagem das garrafas foram executados por terceiros sob o argumento de que esses serviços

⁸

Ciro Pereira da Silva, *A terceirização responsável*, Editora LTR, São Paulo, 1997.

⁹

Trata-se do caso da CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais.

fazem parte da atividade fim da empresa.¹⁰ Um banco foi condenado porque terceirizou serviços ligados à compensação bancária sob o argumento de que tais serviços fazem parte da atividade fim da instituição.¹¹ Outra foi condenada a assumir responsabilidade subsidiária porque um auxiliar de cobrança (terceirizado) prestou serviços em suas dependências.¹²

Para cumprir a lei e a jurisprudência, condutas como essas ignoram o papel estratégico das parcerias no mundo moderno. Hoje em dia, os limites das empresas estão se tornando muito porosos. Está cada vez mais difícil saber onde uma empresa termina e onde a outra começa ou quais os limites de cada uma no mercado de trabalho.¹³

Em termos setoriais, o mundo moderno registra uma crescente integração da produção industrial com a de serviços. Há dez anos já se observava que a interdependência entre esses setores se tornava cada vez mais importante. As atividades eram realizadas dentro de uma seqüência complexa de trocas materiais e de serviços que envolvia fornecedores e consumidores, incluindo subcontratados e consultores – todos eles trabalhando em regime de parceria.¹⁴

De lá para cá, o entrelaçamento entre indústria e serviços se acentuou ainda mais. Hoje em dia, as parcerias ocorrem dentro de grandes redes de produção, das quais participam muitas empresas e pessoas, nas mais variadas relações de trabalho, nas quais a busca da especialidade é essencial. Há, na verdade, uma integração virtual que tomou o lugar da tradicional integração vertical.

O grande desafio para os administradores é o de como maximizar os resultados de toda a rede e não apenas desta ou daquela empresa.¹⁵ As atividades vão sendo fragmentadas e repassadas para vários executores por força de inúmeras vantagens comparativas. Por

¹⁰

Acórdão referente ao Processo AIRR- 451/2004-103-03-40, decisão de 14/12/07.

¹¹ Processo E-ED-RR no. 330004, decisão de 15/08/08.

¹² Processo AIRR-2331/2003-4333-02-40, decisão de 06/06/08.

¹³ Judy Fudge, “The Legal Boundaries of the Employers, Precarious Workers, and Labour Protection”, in Guy Davidov e Brian Langille, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

¹⁴

Anita Kon, “Reestruturação produtiva e terceirização no Brasil”, *Revista Nova Economia*, Vol. 7, no. 1, 1997.

¹⁵

Jeffrey H. Dyer, *Collaborative Advantage*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

exemplo, várias empresas mineradoras no Brasil desistiram de lidar com explosivos por temer acidentes e por existir no mercado firmas especializadas nesse serviço. Por essa razão, elas pararam de estocar explosivos e até mesmo de detoná-los, tendo terceirizado essas atividades para empresas especializadas que, durante o ano todo, realizam essas tarefas. É difícil dizer que a detonação de explosivos não faz parte da atividade fim de uma empresa mineradora que tem por objetivo central minerar. Mas, em vista das restrições apontadas, elas não querem realizar essas tarefas e, por isso, as terceirizam e precisam terceirizar para ter sucesso na competição e na geração de empregos.

A integração entre contratantes e contratados não pára de crescer. Há muitas montadoras de automóveis que deixaram de trabalhar com empilhadeiras para transportar peças e produtos acabados por se tratar de atividade perigosa. Existem no mercado empresas especializadas nesse tipo de tarefa que vêm sendo contratadas. Seus funcionários convivem com os funcionários das montadoras e, muitas vezes, integram o mesmo complexo de tarefas. Com isso, as montadoras reduziram os acidentes e os custos.

Muitas empresas de petróleo terceirizam a operação de certas bombas possantes para firmas especializadas que trabalham no local da contratante o tempo todo e em íntimo contato com seus empregados. Com isso, a contratante se sente mais segura e reduz as perdas no caso de paralisação de uma das bombas. Assim acontece com inúmeros outros equipamentos ao redor dos quais convivem os empregados da contratante e da contratada.

Essas mesmas empresas terceirizam serviços de geofísica apesar de possuir em seus quadros inúmeros profissionais com essa especialidade. Os terceirizados dominam tecnologias mais avançadas, estão sempre na fronteira do conhecimento e, de certa forma, são professores dos geofísicos da contratante. Em muitos casos, a contratante passa a contar com informações atualizadas e permanentes no campo da geofísica. O mesmo acontece quando terceirizam serviços para comprar informações sísmicas de empresas especializadas que se dedicam exclusivamente a processamento sísmico.

Em muitas empresas, os serviços de manutenção são contratados por prazos longos – de três a dez anos – e, nessa tarefa, são envolvidos empregados da contratante e da contratada. Nesses ambientes não se consegue distinguir o que seja atividade meio de atividade fim. E nem isso é importante, uma vez que as empresas que trabalham em rede precisam terceirizar de tudo. É a marca das redes de produção.

As redes de produção se formam dentro de espaços amorfos onde numerosas entidades (legais) separadas são muito bem amarradas para se cumprir os termos de referência das tarefas. As empresas modernas estão se organizando com base em uma série de contratos com outras empresas e pessoas físicas que se incumbem de diferentes aspectos da produção. Isso torna o mercado de trabalho cada vez mais segmentado¹⁶, muito longe da situação homogênea estabelecida pela CLT onde há apenas empregados e empregadores dentro da mesma empresa.

A segmentação implica no uso de relações atípicas como é o caso do trabalho independente, em tempo parcial, prazo determinado, trabalho casual, trabalho domiciliar, trabalho por projeto, teletrabalho, etc. A mesma empresa mantém contratos diferentes e uma constelação de relacionamentos que muda ao longo do tempo como se fora um caleidoscópio. Estas combinações heterogêneas constituem sérios desafios às leis do trabalho que protegem apenas o relacionamento entre empregados e seus respectivos empregadores.

Para as empresas, a integração dessas forças é um desafio que chega a ser mais artístico do que técnico. Isso porque as leis para regular os novos arranjos trabalhistas estão por ser definidas.

Tome o caso de uma universidade. Para a realização de sua missão, a instituição conta com administradores e professores fixos, administradores e professores subcontratados, centros pedagógicos próprios, consultores subcontratados e prestadores de serviços nas mais diferentes áreas, inclusive, na educacional que é a sua atividade central.

Nos Estados Unidos, 78% das empresas privadas utilizam algum tipo de arranjo flexível.¹⁷ Assim também é na União Européia e no Japão. No Brasil, a montagem desse xadrez é difícil com uma lei (CLT) que trata apenas da relação entre empregados e empregadores. Os mercados de trabalho modernos são muito heterogêneos,

¹⁶

Hugh Collins, “Multi-Segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle”, in Guy Davidov e Brian Langille, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

¹⁷ S. Houseman, “Why Employers use Flexible Staffing Arrangements”, citado por Katherine V. W. Stone, “Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers”, in Guy Davidov e Brian Langille, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

interdependentes e ligados entre si. As leis do trabalho estão distantes dessa realidade.¹⁸ Casos como os citados acima, “afrota” o ordenamento jurídico atual.

Vejam ~~Tem~~ o caso das modernas montadoras de automóveis. As donas da marca planejam o veículo, estudam o mercado, cuidam do estilo e, para produzir, subcontratam um grande conjunto de empresas que trabalham no recinto da montadora – os chamados sistemistas ou prestamistas – como é o caso da empresa que solda, a que pinta, a que coloca o painel de instrumentos, a que fixa as rodas com pneus, a que testa o veículo e tantas outras. A dependência entre elas é estreita e o diálogo é constante. Por um subterfúgio os chefes da montadora não dão ordens diretas aos empregados das contratadas. Mas, na prática, a interface é imensa, a parceria é intensa e a confiança é total. Todas as equipes trabalham nas atividades centrais da montadora. Mais. Muitas delas subcontratam serviços, alguns realizados à distância, outros dentro do recinto da montadora. Esse é o caso, por exemplo, do painel do veículo. Nos dias atuais o painel chega à montadora completamente montado. Cabe a uma empresa colocá-lo no veículo. Mas, a sua montagem coube a várias empresas que trabalharam em parceria para colocar todos os instrumentos de acordo com o padrão exigido pela montadora. A cadeia de contratações e subcontratações é enorme. Cada um tem a sua proteção de acordo com sua condição de trabalho. Os empregados são amparados pela CLT. Os trabalhadores temporários pela Lei 6.019/74. Os autônomos pelo Código Civil e assim por diante.

A proibição de subcontratar serviços que dizem respeito às chamadas atividades fim da empresa contratante constitui um sério obstáculo para atender as necessidades da economia moderna e dos trabalhadores. Enquanto uma lei sobre terceirização não estabelecer critérios mais realistas, os juízes são levados a condenar as empresas que contratam serviços que, no seu julgamento, caem dentro das atividades fins da contratante – comprometendo o seu funcionamento e a criação de empregos.

As empresas e as pessoas (físicas e jurídicas) precisam de liberdade para fazer a opção que mais lhe convém para garantir seu trabalho, sua sobrevivência e seu progresso. Ao mesmo tempo, os trabalhadores precisam de proteções – cada um na sua condição de trabalho. O que não se pode é querer vincular os trabalhadores das grandes redes, à

¹⁸ José Pastore, “Atritos entre a lei e a realidade no campo trabalhista”, in Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coordenadores), *Princípios Constitucionais Fundamentais*, Lex Editora, São Paulo, 2005.

empresa líder que encabeça toda a rede. Isso precisa ser esclarecido por uma boa lei de terceirização.

É comum argumentar-se que muitos empregados das contratadas são “obrigados” a trabalhar nessas redes de produção e, por isso, têm condições de trabalho muito inferiores às dos empregados da contratante. Há situações em que isso, de fato, ocorre. Mas há também o inverso: profissionais muito especializados do quadro das contratadas ganham mais do que os empregados da contratante. A questão é a seguinte: será que as leis trabalhistas têm a capacidade de homogeneizar as condições de trabalho de todos os que participam de uma rede de produção? Não. Elas têm seus limites diante das leis do mercado. Em uma grande constelação de atividades, onde cada um participa de um jeito, as diferenças são inevitáveis. O que as leis podem fazer é assegurar proteções para as várias formas de trabalho e, além disso, estabelecer uma divisão de responsabilidades entre contratantes e contratados que assegura as proteções básicas para todos os integrantes da rede, cada um na sua modalidade de trabalho.

É o que não existe no Brasil. Até hoje o país clama por uma lei de terceirização que garanta segurança jurídica para as empresas e proteções para os trabalhadores. As leis trabalhistas estão sendo demandadas a conversar com as leis civis. No campo das leis civis, em especial das leis do comércio, o reconhecimento da necessidade de se trabalhar em rede de subcontratações é inquestionável.¹⁹

No campo das leis do trabalho, esse é um desafio é mundial. Não há consenso internacional sobre como regular a mescla desses relacionamentos. São áreas de fronteira que estão a demandar estudo e ação.²⁰

Uma nova disciplina legal para a terceirização

No Brasil, a falta de segurança jurídica para as contratantes e a precária proteção trabalhista aos empregados das contratadas decorrem em grande parte da ausência de uma legislação moderna sobre terceirização.

A restrição da terceirização às chamadas atividades meio não se sustenta à luz das necessidades da nova economia. Ademais, não se consegue definir, a contento, o que

¹⁹ Paula A. Forgioni, *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2007

²⁰ Em 2006 a OIT organizou um seminário que congregou 50 especialistas de todo o mundo em busca de formas de proteção para o trabalho não convencional. Ver os resumos dos trabalhos apresentados em <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/papers/confrence/research/docs.htm> e José Pastore, “What Way Forward?”, no mesmo site.

constitui uma atividade meio ou uma atividade fim. Os próprios magistrados sofrem com isso como ilustra o depoimento abaixo de um Ministro do TST:

“Não há ainda um critério científico e apriorístico para delimitar os 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 destina-se 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”.²¹

Apesar de todo o esforço empreendido, a definição ainda traz dúvidas; O que é normal? O que é permanente? A manutenção permanente de um respirador artificial de uma UTI que é feita por pessoal especializado, não pode ser terceirizada? Será que o permanente de hoje é o mesmo permanente de amanhã? Hoje, a empresa pode querer comprar de fora uma tarefa que faz parte de suas atividades de rotina. Amanhã pode querer internalizá-las novamente. Mais tarde pode passar para fora. Enfim, o ziguezague é próprio da produção e do trabalho moderno. Nos sistemas de produção atuais que são operados no meio de muitas redes – em geral em cascata - é impossível determinar com precisão o que é meio e o que é fim, o que é permanente e o que é temporário, o que é normal e o que é “anormal”.

Os operadores do direito tentam diferenciar atividade meio de atividade fim para concluir que isso é ~~difícil~~ ou inatingível. Entre eles há mais divergência do que convergência, como se vê abaixo.

“A definição de atividade meio é excessivamente subjetiva. Em tese são atividades não ligadas ao objetivo social do tomador, como a limpeza de um estabelecimento bancário, por exemplo. Simples? Pelo contrário. Vários setores terão imensa dificuldade de classificação. Serviços de digitação, por exemplo, poderiam ser terceirizados mesmo com os empregados trabalhando dentro

²¹ Processo E-ED-RR no. 330004, decisão de 15/08/08, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing.

do estabelecimento comercial do tomador? Perguntas como essa ainda são uma incógnita em nossa legislação o que leva muitos empresários a arriscar uma contratação terceirizada, mas sem nenhuma garantia de que nosso judiciário não julgue procedente eventual reclamação trabalhista entre funcionário e tomador de serviços”.²²

Ao levantar um problema, o Autor acaba formulando outro ao mencionar o local da execução do serviço. Faz diferença realizar a tarefa no estabelecimento do tomador ou fora dele? Isso tem alguma coisa a ver com atividade meio e atividade fim?

Outro especialista assim se manifesta:

“Aparentemente, parece simples estabelecer a distinção entre atividade fim e atividade meio de uma empresa... Muitas vezes, porém, torna-se difícil ou mesmo impossível fazer essa distinção”.²³

Nessa mesma obra, o autor cita dezenas de definições adotadas por juristas e magistrados, totalmente desconstruídas. A confusão é imensa.

A Súmula 331 restringe a terceirização às atividades meio sem defini-las adequadamente. A interpretação fica a cargo dos magistrados que, com frequência, atrelam os empregados da contratada a um vínculo empregatício da contratante com base naquela súmula. É de estranhar que nenhuma empresa tenha argüido junto ao Supremo Tribunal Federal qual é a base da decisão nesses casos. Afinal, a Súmula 331 não é lei e, ademais, a Constituição Federal não proíbe as empresas de contratar serviços ligados às suas atividades fim. O autor deste ensaio deixa aos juristas a solução desse problema. As decisões estão sendo tomadas com base em uma jurisprudência movediça que não resiste a uma interpelação judicial mais séria. Isso gera uma enorme insegurança jurídica para a empresa. No processo acima citado (E-ED-RR no. 330004, decisão de 15/08/08), lê-se: “Salvo casos expressamente previstos em lei, a licitude da terceirização dependerá sempre do exame de cada caso concreto”. Como fica a segurança jurídica? Qual é a previsibilidade para se contratar licitamente?

²²

Nilton Oliveira Gonçalves, *Terceirização de mão-de-obra*, Editora LTR, São Paulo, 2005.

²³

Fernando Basto Ferraz, *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*, Editora LTR, São Paulo, 2006.

Mais do que as discussões infundáveis sobre atividade meio e atividade fim, o que interessa é um regramento legal que garanta a boa terceirização, ou seja, a que dê segurança jurídica às contratantes e proteção trabalhista aos empregados das contratadas, assim como a todos os que participam das redes de terceirização, independentemente de serem empregados ou não.

Isso é fundamental para a própria eficiência da terceirização. A boa terceirização só funciona quando as empresas contratantes conseguem manter do seu lado, como aliadas, as contratadas. Nessa aliança, confiança é essencial e respeito aos direitos trabalhistas é indispensável.

No Brasil, as leis atuais nada fazem para estimular alianças e parcerias. Ao contrário. A prática de alianças e parcerias dentro da mesma empresa, entre empregados da contratante e empregados da contratada é geralmente confundida com similaridade de função, o que leva muitos juízes a ver nisso um vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a contratante. Isso tem gerado ações trabalhistas de grande complexidade, com desgastes para todos os lados e comprometimento da eficiência produtiva e da geração de empregos.

A realidade de hoje é muito diferente da realidade do passado quando predominavam as empresas verticalizadas e que faziam de tudo.

Sumário e Conclusão

A terceirização continua gerando polêmica. Se de um lado é crescente a necessidade das empresas contratarem serviços de terceiros para serem competitivas, de outro, é imensa a resistência dos que combatem a terceirização por verem esse processo como sinônimo de precarização do trabalho.

Os contratos de terceirização têm sido os mais variados. Há bons e ruins. Há empresas contratantes que zelam pela proteção dos empregados das empresas contratadas por meio de uma checagem criteriosa da sua reputação e monitoria constante durante a execução do contrato. Mas há também as que ignoram tudo isso.

É aí que ocorre a precarização. Em muitos contratos, a contratada descumpra a legislação, e a contratante fecha os olhos. Em outros casos, esta só vem saber disso quando a contratada quebra ou desaparece na hora de pagar as verbas rescisórias, deixando seus empregados na mão. Eles só receberão tais verbas se a contratante for compreensível ou se tiverem êxito nas demoradas ações trabalhistas.

Há ainda os contratos que mantêm os empregados da contratada em condições desumanas. Eu já vi trabalhadores terceirizados fazendo refeições sob sol a pino e sentados numa sarjeta de rua, enquanto os empregados da contratante saboreavam um almoço gostoso em restaurante com ar condicionado.

O que rege a terceirização é o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho que proíbe a contratação de serviços ligados à atividade fim da empresa contratante. Ao Enunciado pouco importa se a refeição é tomada na sarjeta ou se as necessidades fisiológicas são feitas em latrinas imundas ou se os terceirizados são expostos a riscos de vida e a doenças profissionais.

O Enunciado deixa de focar o que é o essencial – a proteção dos trabalhadores – para se dedicar ao secundário – a distinção entre fim e meio que, aliás, não estão definidos em nenhum lugar – o que gera grande insegurança jurídica para as empresas. Muitas são autuadas e processadas porque o auditor-fiscal e o juiz “acharam” que determinada atividade dizia respeito ao fim e não ao meio.

Esclareça-se, porém, que uma definição clara de fim e meio tornou-se dispensável porque as empresas da atualidade trabalham em redes de produção e, por isso, precisam contratar de tudo. O importante é que contratem de forma correta e respeitosa.

Se há desproteção, a terceirização nada tem a ver com isso. O Brasil se ressentiu da falta de mecanismos eficientes para coibir os abusos.

O importante não é impedir a terceirização ou fazer esgrimas para se descobrir o que é fim e o que é meio. É premente estabelecer regras claras para dar segurança a todos os participantes dessa nova divisão do trabalho que, aliás, veio para ficar. O Enunciado 331 não tem esse alcance. O atual vácuo legal precisa ser preenchido urgentemente.

Vários projetos tramitam no Congresso Nacional há mais de dez anos, mas nenhum contempla os objetivos mencionados. Falta a eles uma visão pragmática do processo. Terceirização implica em parceria entre contratantes e contratados. Uma lei inteligente teria de usar essa parceria para dividir responsabilidades entre as empresas. As contratadas precisam aprender a respeitar a lei e as contratantes precisam monitorar a execução dos contratos do começo ao fim.

Muitos empresários acham que esse envolvimento tornaria a terceirização muito cara. Ledo engano. São inúmeros os casos em que os passivos trabalhistas decorrentes da

insegurança jurídica comprometeram a própria sobrevivência das empresas. Isto sim é caro.

Para os trabalhadores, a boa terceirização traria uma vantagem adicional. Estudos recentes têm mostrado que, em regime de parceria, as exigências técnicas das contratantes levam os trabalhadores da contratada a adquirirem novos conhecimentos e a se aperfeiçoarem na profissão, o que lhes traz maiores oportunidades de trabalho e de renda.²⁴

Com criatividade e boa vontade pode-se chegar a uma fórmula que atenda os interesses dos dois lados. Está na hora de se fazer uma lei de boa qualidade para acabar com o mito segundo o qual todo contrato de terceirização deságua necessariamente em precarização dos trabalhadores.

²⁴ Gary Gerrefi, *The New Offshoring of Jobs and Global Development*, OIT, Genebra, 2005.