

TERCEIRIZAÇÃO: DO JUDICIÁRIO AO LEGISLATIVO OUTSOURCING: THE JUDICIARY TO THE LEGISLATURE

Saulo Bichara Mendonça¹

Resumo

O contrato de terceirização é percebido como um instrumento que contribui para o dinamismo da administração da empresa enquanto atividade econômica detentora de função social atrelada à produção de lucro; a relevância ímpar e crescente no contexto econômico do mercado torna a terceirização responsável por reflexos sociais nas vidas dos cidadãos trabalhadores que colaboram com o desenvolvimento da empresa. Mesmo assim, o debate não foi resolvido na esfera legislativa. O fato do Projeto de Lei nº 4.330/04 não produzir efeitos legais regulatórios obriga as partes signatárias do contrato de trabalho a orientar suas cláusulas sob as diretrizes da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, quando a demanda exigir terceirização de mão de obra; fato que leva a questionar se: o referido verbete contribui efetivamente para satisfação socioeconômica dos anseios que justificam a terceirização? E, se o aludido projeto de lei permitirá nutrir boas expectativas para a pacificação da questão pelo prisma sócio-jurídico? Tais questões pretendem ser respondidas a partir de uma análise doutrinária da jurisprudência pátria a fim de justificar a dedução de que o resultado a ser produzido pela proposta legislativa pode ser aquém do almejado se o conteúdo das discussões não consideraram os fatos que a embasam de forma mais pragmática, visando à eficiência da regra, antes da satisfação das aspirações políticas.

Palavras-chave: Terceirização; pragmatismo; eficiência.

Abstract

The outsourcing contract is perceived as a tool that contributes to the dynamism of the company's management as economic activity holds social function linked to the production of income; the unique and growing importance in the economic context of the market makes outsourcing reflexes responsible for social workers in the lives of citizens who collaborate with the company's development. Even so, the debate was not resolved in the legislative sphere. The fact of the Draft Law No. 4.330/04 not produce legal effects regulatory commits the signatory of the contract work to guide its clauses under the guidelines of the Superior Court docket 331 Labour parties, when demand require outsourcing of manpower; fact leads to question if: said entry effectively contributes to socioeconomic satisfaction of desires that justify outsourcing? And if the aforementioned bill will nurture good expectations for the pacification of the matter by socio-legal perspective? These questions are intended to be answered from a doctrinal analysis of the motherland jurisprudence in order to justify the inference that the result to be produced by the legislative proposal may be short of the desired content of the discussions did not consider the facts that underlie so more pragmatic, aimed at the efficiency of the rule, before meeting the political aspirations.

Keywords: Outsourcing; pragmatism; efficiency.

Introdução

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – UFF, Instituto de Ciências da Sociedade – Macaé, Departamento de Direito – ICM/MDI.

A terceirização de serviços representa uma realidade latente que não deve ser ignorada pelos estudiosos das ciências sociais aplicadas, o tema precisa ser reconhecido como portador de uma sutileza própria, eis que o resultado do debate acadêmico poderá proporcionar contribuir para positivamente para o debate legislativo.

É preciso considerar que o deslinde das discussões em torno do Projeto de Lei nº 4.330/04 não apenas poderá proporcionar resultados sociais relevantes como poderá implicar economicamente nos resultados almejados pelas empresas, na expectativa de retribuição dos colaboradores desta e nos cofres públicos, enquanto recolhedores de tributos e impostos de toda ordem; tais reflexos podem gerar, igualmente, efeitos de ordem jurídica, como aumento exponencial de demandas, reflexivas e decorrentes dos resultados percebidos pelos signatários envolvidos na relação contratual a ser regulada.

Desta forma, a proposta de problemática apresentada não pretende exaurir todas as formas pelas quais a questão pode ser analisada teoricamente, apenas almeja tratar as hipóteses consideradas de forma crítica e pragmática, convidando os estudiosos a uma análise empírica da temática que possa, quiçá, contribuir positivamente para a forma como estão sendo feitas as colocações acerca do Projeto de Lei nº 4.330/04, na casa legislativa.

As hipóteses consideradas partem do teor da súmula 331, TST, identificada como paliativo à problemática, eis que pode estar sendo mitigada pelo paternalismo atribuído à interpretação e aplicação do direito do trabalho.

Tal atribuição pode, igualmente, estar impedido a prosperidade eficiente das contendas sobre o tema e, proporcionalmente, contribuído para o aperfeiçoamento das ilicitudes cometidas nos contratos de serviços terceirizados.

A falta de pragmatismo e o excesso de intervenções políticas (no sentido de política partidária) podem estar minando a força que deveriam ter os direitos trabalhistas e distanciando a terceirização de uma regulação eficiente.

Acredita-se que a comprovação ou refutação das hipóteses indicadas exige uma leitura da súmula 331, TST que se permita revisitar a definição do que seja terceirização, na expectativa de distinguir a atividade-meio da atividade-fim, posto que, este parecer ser o ponto de entrave nos discursos políticos; ao (re) definir tais conceitos, importante verificar os reflexos da terceirização na esfera pública e particular, bem como ressaltar as tentativas de conciliação dos interesses a partir das cooperativas de trabalho, distinguindo assim a terceirização lícita da terceirização ilícita.

Assim, poder-se-á avançar pelo Projeto de Lei nº 4.330/04, analisando o teor da proposta legal sob o prisma da autonomia da vontade, considerando eventuais reflexos da proposta legislativa sobre a gestão empresarial, questões de natureza sindical e sobre a terceirização de serviços por trabalhadores autônomos, mantendo sempre o propósito de encontrar a razão pela qual a questão da terceirização da atividade-fim se permite identificar como entrave à conversão do referido projeto de lei em norma posta.

Por fim, antes de encontrar a conclusão, discutir-se-á o tema a partir da função social dos contratos, enaltecendo a natureza jurídica dos contratos de trabalho e a função social do contrato e da empresa.

As proposituras a serem apresentadas terão Pareto por referencial teórico, razão pela qual se espera encontrar ponderações de ordem econômica nos pareceres proferidos pelos legisladores, haja vista que, fatos como o volume dos encargos fiscais suportados pelas empresas e pelos trabalhadores precisam ter sua relevância considerada quando a proposta é regular uma técnica de administração do trabalho.

Sem pretender associar o tema aos fundamentos financeiros e tributários por essência, é preciso considerar que a terceirização, enquanto fato social carece de respeitável valoração para que se regule eficientemente, para tanto, não se pode dissociá-la de outros fatos, como o aumento da carga tributária no país em mais de dez pontos percentuais, passando de 25,72% do PIB em 1993, para 35,85% em 2012, tendo o maior índice de aumento recaído sobre as contribuições sociais que guarnecem especialmente os cofres federais (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2014).

Fato que precisa ser considerado, tal como os encargos tributários que recaem sobre uma empresa, mesmo que de pequeno ou médio porte.

Ressaltam-se estas por serem responsáveis por 98% da atividade empresarial pátria, responsáveis por 59% (OLIVEIRA, 2006) da mão de obra ocupada, mesmo assim obrigadas a responder por imposto sobre a renda da pessoa jurídica, contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público – PIS/Pasep, contribuição social sobre o lucro líquido, contribuição para financiamento da seguridade social, imposto sobre produtos industrializados e contribuições para a seguridade social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei nº 8.212/91 e o art. 25 da Lei nº 8.870/94, todos vinculados ao SIMPLES, nos termos da Lei Complementar 123/06, somados aos imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, imposto sobre importação de produtos estrangeiros, imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais

ou nacionalizados, imposto de renda, relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica e aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável, bem assim relativo aos ganhos de capital obtidos na alienação de ativos, imposto sobre a propriedade territorial rural, contribuição para o fundo de garantia do tempo de serviço e contribuição para a seguridade social, relativa ao empregado (RECEITA FEDERAL, 2014).

Por certo a terceirização não tem condões diretos que a correlacionem aos encargos de ordem fiscal, mas o custo operacional que o Estado impõe ao empresário exige que ele busque meios plausíveis de administrar tecnicamente o trabalho, sendo a terceirização, inegavelmente, um meio que pode contribuir para o equilíbrio orçamentário.

Não se pretende conduzir o estudo de forma a justificar a transferência do ônus para o colaborador da empresa, por certo o art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas é claro ao atribuir ao empregador os riscos do seu empreendimento, dentre eles cabe a responsabilidade de honrar a compensação devida aos seus empregados em atenção ao art. 76 do mesmo diploma legal elimina qualquer dúvida acerca da natureza jurídica do salário, sendo este, alimentício, ou seja, a compensação do colaborador da empresa deve ter fôlego suficiente para suprir suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte do trabalhador e de sua família, como determina o art. 7º, IV, Constituição Federal de 1988.

O que se busca é uma forma de interpretar a proposta legislativa atinente a terceirização que permita o equilíbrio entre os signatários do contrato de prestação de serviço concomitante a satisfação dos signatários do pacto laboral, preservando as relações de trabalho e emprego como consequência da função social da empresa.

1. Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A súmula 331, TST representa mero paliativo às intercorrências que se pode verificar na relação laboral onde se faz presente a terceirização, dispondo nos seguintes termos.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n° 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Mesmo apresentando notório propósito de otimizar a embasamento sobre o tema à partir da interpretação do Tribunal, o referido enunciado não se permitiu sedimentar conceitos relevantes a compreensão da matéria, como o que seria a terceirização, propriamente dita e como se poderia distinguir atividade-meio e atividade-fim, de forma que não avançou muito além da modesta súmula 256, TST.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n°s 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Cumprida, desta forma, a pesquisa empírica o enfrentamento da questão, na expectativa de verificar progresso ao fim dos debates em torno do Projeto de Lei n° 4.330/04 que se propõe a regular a terceirização.

1.1. Definição e objetivos da terceirização

Entender o fenômeno da terceirização exige que se considerem os efeitos de uma espécie de seleção natural, registrada com a reengenharia empresarial pela qual a indústria abandonou do modelo de produção em massa para a adoção de um modelo de produção vinculada à demanda, em atenção às expectativas decorrentes da globalização do mercado.

A indústria passou a atuar com empresas periféricas que contam com o apoio de colaboradores pouco qualificados, destinados a prestar serviços por curto lapso temporal e empresas centrais, que atuam por meio de colaboradores mais qualificados destinados a operação e fiscalização do processo produtivo final.

“Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilização do emprego, em contraposição à relação de emprego ‘típica’, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho ‘típica’ é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização.” (BARROS, 2012, p. 357)

A despeito das ponderações da citada autora serem respeitáveis e consideráveis, acredita-se que a terceirização consista num fenômeno sócio-jurídico mais complexo do que mera transferência para outrem das atividades consideradas secundárias, inclusive com reflexos econômicos que, partindo de uma assertiva desta envergadura podem ser alijadas.

De igual forma, mesmo que claros os objetivos de redução dos custos operacionais do empreendedor, há que se questionar eventual melhoria na qualidade do produto ou serviço final produzido.

Mas, os autores que se dedicam ao estudo do direito do trabalho parecem ostentar uma tendência em comum, definindo o fenômeno em tela de forma positiva; na mesma linha, segue Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante que adotam uma definição segundo a qual a terceirização corresponde a um “processo de descentralização das atividades da empresa e valorização do setor terciário da economia” (CAVALCANTE & JORGE NETO, 2013, p. 434).

Essa valorização pode na ser tão concreta sob o prisma do pretenso paternalismo do direito do trabalho, quanto parecem pretender os conceitos teóricos; há quem sustente que trabalhadores terceirizados estejam desenvolvendo a mesma função que os trabalhadores contratados pelas empresas contratantes da empresa terceirizante, no mesmo setor, e ganhando cerca de 50% a menos (CAMARGO, 2014)

Mesmo assim o fenômeno é crescente, segundo dados da Associação de Auditores Fiscais do Trabalho de Minas Gerais – AAFT-MG, que sustenta dados segundo os quais entre 1985 e 2005, houve um aumento de 39% dos trabalhadores terceirizados.

Sob outro ponto de vista, poder-se-ia verificar, como efeito transversal, e como um aspecto positivo, decorrente do fenômeno em estudo, um aumento no quantitativo de empresas prestadoras de serviços terceirizados, no total de 26,1%, no mesmo lapso temporal, segundo dados ratificados pela AAFT-MG.

A expressão terceirização resulta de um neologismo (DELGADO, 2009, p. 407), variando da expressão terceiro e não guarda afinidade com o intermediário,

interveniente ou terceiro em sentido jurídico, especialmente o sentido processual, tangencia, pela dissociação da relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista.

Dentre os pontos criticáveis do Projeto de Lei nº 4.330/04, sente-se falta de um dispositivo que venha esclarecer o que seja a terceirização; o autor do projeto de lei em tela, em sua justificativa define o fenômeno como uma das técnicas de administração do trabalho, fazendo menção à “necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço” (PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004). Por certo é uma das técnicas de gestão, haja vista que a terceirização não deve ter a força para solucionar todos os problemas empresariais (CAVALCANTE & JORGE NETO, 2013, p. 358).

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em relatório subscrito pelo Deputado Arthur Oliveira Maia, faz menção ao conceito formal de terceirização como ato de “delegação de atividade de uma empresa a trabalhadores que não fazem parte do seu quadro de empregados” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004), em sequência o debate político reporta ao aspecto econômico do tema.

“Do ponto de vista econômico, a terceirização decorre, acima de tudo, da tendência natural à especialização das atividades produtivas, processo que percorre toda a história da economia moderna, desde o fim do sistema mercantilista, quando as relações comerciais aconteciam dentro do exclusivismo metrópole/colônia, caracterizado, principalmente, pela venda de manufaturados oriundos da primeira e pelo fornecimento de matérias primas e alimentos a baixo custo pelo segundo, sem qualquer possibilidade de concorrência.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004)

Observando o teor dos argumentos postos, acredita-se que a proposta legal poderia ser mais objetiva ao elucidar a relação triangular entre o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e o tomador de serviços, permitindo dissociar de forma mais translúcida a relação contratual de natureza laboral e a relação contratual de natureza empresarial, bem como o propósito de dinamizar a atividade empresarial com a ampliação de vertentes de atuação no mercado combinado com a redução dos custos operacionais correlatos à empresa. Sendo que, está se considerando a empresa como atividade de produção e/ou circulação de bens e prestação de serviços, desenvolvida pelo empresário ou sociedade empresaria de forma econômica e profissionalmente organizada, com fim de obter lucro, tendo tal conceito influencia direta da teoria poliédrica de Alberto Asquini (ASQUINI, 1943).

1.2. Atividade-meio e atividade-fim

A referida súmula 331, TST autoriza a contratação de serviços terceirizados relacionados à vigilância, conservação e limpeza e outros correlatos a atividade-meio do tomador.

A ausência de passividade dentro os autores especializados poder ser responsável por afirmativas como a sustentada pela Associação de Auditores Fiscais do Trabalho de Minas Gerais – AAFT-MG, que equivocadamente afirma que: “a legislação brasileira estabelece que nenhum empreendimento pode terceirizar sua atividade-fim” (AAFIT, 2007). Ora, se quer há legislação sobre o tema, tampouco a súmula em questão veda objetivamente a terceirização de atividade-fim.

O que se tem é mero entendimento jurisprudencial, que não se equipara nem se confunde com lei, em respeito às fontes primárias e secundárias do direito que, quando muito se complementam, mas não se confundem.

“Sendo uma súmula o resumo de um conjunto de decisões judiciais tomadas no mesmo sentido, não seria pertinente que apresentasse uma definição do que seja atividade-meio e fim, muito menos criasse uma lista numerus clausus que abrangesse todas as hipóteses de cada atividade produtiva, distinguindo, para cada uma, aquilo que seria de qualidade finalística ou não. Assim, os vocábulos “meio” e “fim” foram trazidos ao contexto do debate acerca da terceirização desacompanhados de uma definição, mesmo porque a condição de conceito jurídico indeterminado, próprio desses termos, pressupõe imprecisão de difícil superação.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004)

A questão parece não ser de fácil solução; teoricamente pode-se contentar com posicionamento segundo os quais “a atividade-fim deve ser entendida como a tarefa intimamente relacionada ao objeto social da empresa” (MARTINEZ, 2013, p. 247), mas estes parecem não considerar que a legislação empresarial e societária não impõe limites aos empresários na indicação do objeto social de seus empreendimentos.

Tanto o art. 968 quanto o art. 997, ambos do Código Civil, determinam apenas que o ato constitutivo da empresa e da sociedade empresária determine qual seja o objeto social, mas a lei não impõe limites a este, exige apenas, como o faz para todo negócio jurídico, para ser válido, que seja lícito, determinado por pessoa capaz e obedeça forma legal e não defenda em lei. “Portanto, se o ato apresenta-se confirmado com a ordem pública legal, é jurídico, e, decorrentemente, lícito.” (BEM, 2004, p.151)

Assim, dentro da amplitude que um objeto social pode ter, poderia ser impossível dissociar ações praticadas pela empresa que se distingam entre atividade-meio e atividade-fim, sobretudo se considerarmos que o aviamento do empreendedor (atributo deste no desenvolvimento da empresa) pode direcionar suas ações de forma tão

equânime e eficiente que seja impossível distinguir o que não constitui efetivamente a atividade-fim.

Tal fato pode contribuir para autorizar os que argumentam a favor da terceirização da atividade-fim (BARROS, 2012, p. 360) com base no art. 170, seus incisos e parágrafo único, Constituição Federal de 1988, tendo como exemplo as ações empresariais no segmento de perfuração de poços de petróleo e as atividades comuns à indústria automobilística (MARTINS, 1996, p. 99-100), onde a delimitação de atividade-meio e atividade-fim resta difícil dada a amplitude do objeto social e a necessidade de um aviamento eficiente para enfrentamento da ampla concorrência no mercado.

A despeito da Constituição Federal não mencionar especificamente a matéria, os legisladores tem considerado sua vinculação aos princípios constitucionais correlatos à “dignidade da pessoa humana, nesse caso muito diretamente relacionada aos direitos dos trabalhadores; bem como à liberdade de empreender e de contratar, princípios diretamente relacionados ao modelo da ordem econômica liberal adotada no Brasil.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004)

“Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.” (GODINHO, 2009, p. 418)

Mas, mesmo que se opte por rebuscar teoricamente o conceito de atividade-fim, a subjetividade e a amplitude da dinâmica empresarial pode, nalguns casos, tornar a distinção entre ela e a atividade-meio impossível; e, com certeza, restringir a terceirização a um segmento em detrimento de outro não seria alternativa constitucionalmente válida, sob pena de lesionar a livre iniciativa e a livre concorrência, assume o risco de acarretar em solução de continuidade às atividades econômicas empresariais, além de segregar cidadãos trabalhadores, que por lei guardam igualdade entre si, nos termos da Constituição Federal e da Consolidação das Leis Trabalhistas.

“Para o tomador, não deve importar a *pessoa* de quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, sendo irrelevante qualquer substituição de trabalhadores da prestadora. A empresa tomadora, na terceirização, contrata o serviço empresarial oferecido, mas não a mão de obra ou certo trabalhador.” (GARCIA, 2012, p. 352)

A jurisprudência parece ter tentado seguir a tendência paternalista, comum a interpretação *jus* laboral, mas não se pode seguir numa seara que ignora a máxima do

Princípio da Legalidade, segundo a qual, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (Não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia. Tradução livre).

1.2.1. Terceirização na Administração Pública

A manutenção dos argumentos que servem de alicerce à restrição da terceirização da atividade-fim parecem representar um contracenso e um retrocesso ao considerar o fato de que a terceirização no âmbito da Administração Pública, encontra-se regulada, não por lei, mas pelo Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997., dado o interesse em fomentar o instituto.

De forma modesta, a norma posta se apresenta ainda presa aos aforismos conservadores que imobilizam as partes na celebração de contratos alusivos a questões laborais, autorizando a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional contratar a execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares; vedando a contratação indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvadas as contratações alusivas à cargos extintos, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal; autorizando exceção a regra, em flagrante lacuna legislativa.

Discretamente porem, fomenta a terceirização quando determina ser preferencial a contratação indireta dos serviços correlatos às atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O aludido decreto pretendeu complementar ou mesmo dinamizar a regra do Dec.-lei nº 200/67 que regula a terceirização na Administração Pública, demonstrando que tal fato não constitui inovação neste segmento econômico, sendo comum desde a década de 1970, com o diferencial de que, neste caso, havendo irregularidades na contratação, o tomador de serviço não assumirá a função de empregador.

Mesmo que a súmula 331, TST sustente a responsabilidade solidária entre o contratante da mão de obra e o tomador direito de serviço, nos termos dos incisos IV e V do verbete, este é aplicado em atenção ao determinado no art. 37, incisos I e II, Constituição Federal de 1988.

O decreto citado, analisado perante o entendimento expresso pelo Enunciado nº 11 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho permite duvidar de sua plena eficiência. O enunciado afirma:

“A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.”

A despeito de guardar superioridade hierárquica; tal posicionamento contribui para revisão do que se considera como terceirização lícita e ilícita, sobretudo porque o tema sequer foi regulado por lei, não podendo, tecnicamente ser classificado com tais adjetivos sob pena de ferir o Princípio da Legalidade.

1.3. Terceirização lícita e ilícita

Os autores parecem ignorar o Princípio Constitucional da Legalidade ao afirmarem que são lícitas as terceirizações contratadas em conformidade com a súmula 331, TST e ilícitas as que se furtam aos moldes orientados pela jurisprudência.

Não se pretende imobilizar a interpretação jurídica e limitar a aplicação do direito por um excesso de positivismo, ao contrário, é preciso respeitar a autonomia das vontades na celebração de contratos, bem como a função social dos contratos, nos termos do art. 421, CC, considerando que aos signatários cabe responder pelos excessos que praticar e lesões a que der causa, evitando assim imposições de normas *de lege ferenda*.

Desta forma, não se pode, ao menos até que se concluam as discussões em torno do Projeto de Lei nº 4.330/04 e o veja efetivamente convertido em lei, classificar quaisquer terceirizações como ilícitas e impor sanções ante a ausência de regulamentação legal.

Dado a insegurança que a falta de regulação proporciona, não se consegue impedir interpretações sobre o tema *de lege ferenda*, tampouco evitar que os interessados em celebrar terceirização de serviços, seja como contratantes ou contratados, optem por perquirir alternativas que alijem os contornos de ilicitude contrato celebrado, fato que exige considerar as características das cooperativas de trabalho enquanto alternativa comumente buscada com o propósito de suprimir a lacuna decorrente da falta de regras claras.

1.3.1. Cooperativas

As cooperativas, instituições não empresariais, são reguladas pela Lei nº 5.764/71, que e seu art. 90 afasta a ideia de vínculo empregatício entre a instituição e

seus cooperativados, regra reiterada pela Lei nº 8.949/94 que acrescentou o parágrafo único ao art. 442, CLT, alijando por completo o vínculo empregatício entre os associados e os tomadores de serviço da cooperativa.

Tais regras enaltecem o princípio básico do cooperativismo, segundo o qual a cooperativa existe para que os cooperados se beneficiem dos serviços prestados por esta instituição, fato que não impede que a cooperativa de trabalho tenha seus empregados, regularmente contratados com anotação em carteira de trabalho e previdência social.

“Por isso, a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, prestando serviços sem nenhuma intermediação nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa)”. (GARCIA, 2012, p. 364)

Neste sentido, segue a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Processo nº TST-AIRR-2542-89.2011.5.10.0102, acórdão da 2ª Turma, onde foi agravante a União Brasileira De Educação e Cultura - UBEC e o agravado foi Edesio Lima, defendeu que o cooperativismo, fundado em fraude aos direitos e garantias dos trabalhadores deve ser desmascarado, aplicando-se sanção aos infratores da norma legal. Assim, seria razoável falar em terceirização ilícita, não por descumprir norma atinente à terceirização, mas por deturpar a norma regulatória do cooperativismo.

A busca por alternativas que afastem a noção de ilicitude do contrato que envolva terceirização seria desnecessária se houvesse uma regulação eficiente, tal como se sustenta doutrinariamente; “mais conveniente teria sido a edição de lei atribuindo ao tomador dos serviços a responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes da cadeia produtiva” (BARROS, 2012, p. 361), a autora guarda afinidade com Frank H. Knight “no sentido de que não é o fato de ignorarmos determinada coisa que produz o maior dano, mas o de sabermos que tal coisa não é como deveria ser” (KNIGHT, 1989, p.16).

Considerando que os direitos remuneratórios do trabalhador não podem ser mitigados por força de contratos de prestação de serviços celebrados direta e indiretamente, em virtude da proteção constitucional, o impasse que se registra para regulação do tema pela expectativa de lei decorrente do Projeto de Lei nº 4.330/04, atem-se ao titular da responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas e sobre a possibilidade de terceirizar atividade-fim.

2. Projeto de Lei nº 4.330/2004

Dentre as expectativas que se podem nutrir ante qualquer discussão de projeto de lei é que a lei a ser posta regule de forma economicamente eficiente ante aos fatos sociais; eis a razão pela qual o direito posto não deve ignorar a evolução dos fatos sociais, sob pena de os mesmos ignorarem o sistema jurídico (GOMEZ, 2001, p. 38).

“As evoluções sociais lhes determinam outras considerações menos sentimentais. As suas causas encontram-se na estrutura econômica, no modo de produção e da troca, que preside a distribuição das riquezas e, por conseguinte, a formação das classes e a hierarquia.

Quando essas evoluções se efetuam, não é porque obedecem a um ideal elevado de justiça, mas sim porque se ajustam à ordem econômica do momento.” (MARX, 2012, p.17)

Não se podem ignorar os reflexos socioeconômicos correlatos à terceirização, e para que a norma em debate seja reconhecida pela eficiência, no sentido de que a situação econômica de um agente deve ser otimizada sem prejudicar a situação de qualquer outro agente econômico, na pior das hipóteses, deve haver uma compensação suficientemente razoável para aqueles que ficaram em uma posição eventualmente menos agradável, evitando que todos acabem numa situação pior do que a anterior. (POSNER, 2010), permitindo assim, que se caracterize pleno respeito à autonomia da vontade.

O Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, demonstrou simpatia com a ideia de que a legislação deve manter afinidade às demandas sociais e adaptar-se à realidade de cada época, ressaltando quão grande é o desafio de regulamentar a terceirização, mas demonstrou ressalva quanto à terceirização de atividades-fim, aparentemente ignorando o fato de que “menos burocracia pode aumentar a eficiência” (SZTAJN, 2010. 145).

A terceirização não deve ser identificada como um mal em si mesmo, mas a ausência de regulação eficiente pode implicar na precarização do trabalho. Não se devem negar as experiências dos países que representativos das economias mais desenvolvidas, a exemplo dos EUA, Alemanha e Grã-Bretanha, que permitem amplamente a terceirização e, ao mesmo tempo, são os países que maiores garantias têm dispensado aos seus trabalhadores (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004).

A regulação deve proteger a autonomia da vontade, prever sanções punitivo-pedagógica para os que descumprirem preceitos básicos e lesionarem ou assumirem o risco de lesionarem os direitos e interesses alheios.

O que se verifica, a princípio no Projeto de Lei nº 4.330/04 é uma intenção de criar garantias para o empregado da empresa prestadora de serviços, mas prevê uma

imiscuição inadvertida nas normas societárias, assumindo o risco de criar impasses registrais de natureza contábil que poderão emperrar a gestão empresarial.

Segue na seara das proteções inexecutáveis, mencionando a obrigatoriedade de contribuições sindicais não instrumentalizadas e negociações coletivas obrigatórias, na crença aparentemente imaculada de que a obrigatoriedade de celebração de acordos permitirá conhecer cláusulas plausíveis e satisfatórias.

Carece ainda de clareza no que tange a contratação de serviços terceirizados por pessoas físicas, em aparente desconsideração ao conceito legal de empregador, contido no citado art. 2º, CLT; mesmo sabendo que a lei especial prevaleça sobre a geral, tendo competência para modificá-la, o referido projeto de lei não faz menção em alteração dos termos da consolidação das leis trabalhistas.

Tais pontos, que serão melhor dissecados, não autorizam grandes expectativas de alteração em relação ao teor da súmula 331, TST.

2.1. Análise da proposta legal sob o prisma da autonomia da vontade

Louvável que os legisladores estejam empenhados em regulamentar a terceirização, a despeito do projeto de lei estar completando dez anos na casa legislativa, o fato de haver uma proposta em debate deve ser reconhecido.

Mas é preciso ter cautela para que a regulação não amplie a distância entre a solução e o problema, ou mesmo permita que se originem outras questões.

Inobstante a ausência de tratamento do tema de forma objetiva na esfera constitucional, os princípios desta natureza precisam ser respeitados sem sobreposição hierárquica não determinada pelo próprio instituto legal; ou seja, a dignidade da pessoa humana, altamente relevante ao tema não deve mitigar a importância da livre iniciativa, ou o contrário, devem se respeitar mutuamente e se complementar quando possível.

Diz-se isso em razão da proposta legal, em seu art. 3º pretender impor capital social mínimo para as empresas que almejem prestar serviços terceirizados e autorizar a que a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo de trabalho exijam imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos na pretensa lei, bem como seu reajuste regular.

Ora, exigir que um empreendedor disponha de verba inicial pré-determinada para desenvolver determinado objeto social pode inibir consideravelmente os empreendimentos, haja vista que, os valores indicados, mínimo de vinte e cinco mil

reais e máximo de cem mil reais podem ser inexecutáveis para empreendedores neófitos, sobre tudo se tais valores tiverem que ser imobilizados parcialmente.

A proposta não apenas desconsidera a autonomia da vontade do empreendedor e a legislação empresarial posta, reiterando equívocos cometidos em outras legislações, a exemplo da Lei nº 12.441/11 que instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada permitiu que o legislador demonstrasse preocupação em resguardar interesse dos credores do empresário, de forma genérica, e impôs a integralização do capital social na ordem de no mínimo cem vezes o maior salário mínimo vigente no país. A lei infringiu os ideais liberais da ordem econômica e a proteção constitucional ao salário mínimo, terminando por se converter em objeto da ADI 4.637, com fundamento no art. 7º, inciso IV, CRFB/88 e súmula vinculante 4, STF, ignorando concomitantemente a distinção técnica entre capital social e patrimônio, sendo o primeiro intangível e o último representativo da real rubrica responsável pela satisfação dos credores da pessoa jurídica que se propõe ao desenvolvimento regular da empresa.

Há que se observar, sobretudo que, a exigência obrigatória de integralização do capital social e a imobilização parcial deste necessariamente não irão garantir plenamente a satisfação dos interesses pecuniários dos trabalhadores; primeiro porque patrimônio imobilizado sofre natural depreciação e mesmo que se exija o reajuste financeiro do valor indicado como capital social não há como garantir que este reajuste não seja meramente contábil ou que o valor reajustado tenha real fôlego para honrar eventuais compromissos financeiros de ordem laboral, outro porque, em eventual procedimento falimentar, a regra taxativa do art. 83 da Lei nº 11.101/05 deverá ser observado na íntegra, onde os direitos trabalhistas já foram mitigados por outros interesses, tendo o inciso I do referido artigo indicado como objeto da ADI 3.934, onde o Supremo Tribunal Federal já decidiu não haver inconstitucionalidade no fracionamento dos valores devidos aos empregados da empresa que tenha seu patrimônio convertido em massa falida.

A intromissão do Estado na gestão empresarial pode, ao contrário do que se pretende, desmotivar o empreendedorismo e desestimular o desenvolvimento da atividade econômica, registrando, conseqüentemente, retrocesso social.

Atender as expectativas de regular proteção ao trabalhador que colabore com empresa terceirizadora de serviços pode ser feito, de forma mais eficiente, como pretende o art. 10, do referido projeto de lei, instituindo responsabilidade subsidiária entre empresa contratante e a empresa contratada, melhor seria, se a lei instituísse

responsabilidade solidária, a exemplo do que ocorre com as obrigações tributárias devidas nos contratos de empreitada.

“AgRg nos Embargos de Divergência em Resp Nº 707.406 - RS (2006/0149491-3). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques; Agravante: Braskem S/A; Advogados: Ezielma Braz Ferreira de Oliveira e Outro(s); Fabio Brun Goldschmidt e Outro(s). Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – Inss, Procurador: Clóvis Juarez Kemmerich e Outro(s). Tributário. Processual Civil. Embargos de Divergência. Contribuição Previdenciária. Devidas pelos empregados, trabalhadores temporários e avulsos. Construção civil. Dono da obra e construtor ou empreiteiro. Substitutos tributários. Responsabilidade subsidiária (Súmula 126/TRF - Anterior à promulgação da CF/88). Responsabilidade solidária (CF/88 até a Lei nº 9.711/98). Responsabilidade pessoal do tomador do serviço de empreitada de mão-de-obra (Lei nº 9.711/98). Jurisprudência pacificada. Súmula nº 168/STJ. 1. A tese esposada pelo acórdão embargado em consonância com a jurisprudência das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte Superior, incide in casu o enunciado da Súmula n. 168/STJ. 2. Após a entrada em vigor da Constituição Federal, o preceito normativo inserto no artigo 124, do CTN, legitimou a interpretação de que era solidária a responsabilidade prescrita na Lei 3.807/60 e no Decreto 89.312/84, que expressamente dispunham sobre a responsabilidade tributária solidária entre os substitutos tributários (dono da obra/proprietário/condômino e executor/prestador/empreiteiro) - quanto às contribuições sociais devidas pela mão-de-obra contratada - e entre o substituto (dono da obra/proprietário/condômino) e o contribuinte (executor/prestador/empreiteiro) - quanto às contribuições sociais devidas pela empresa contratante da mão-de-obra.”

A jurisprudência, neste caso, deveria ser considerada como o melhor parâmetro a fim de alcançar a eficiência da norma, por representar enfrentamento pragmático de situações que o Estado pretende regular.

2.2. Inconsistência em relação à CLT

O art. 4º do Projeto de Lei nº 4.330/04 pretende autorizar a contratação por pessoa física ou jurídica, desconstituindo a impessoalidade instituída pela CLT ao definir o empregador como empresa.

Ao determinar que o empregador seja empresa a CLT guarda inconsistência com o significado desta enquanto atividade econômica, objeto de direito; melhor seria em verdade que a lei trabalhista definisse o empregador como empresário individual ou sociedade empresária, sujeitos de direito, propriamente dito, mesmo que constituídos de forma irregular.

Isso porque a pretensão do legislador de 1943 pretendia que os direitos do empregado, identificado sempre como pessoa física que se subordina hierarquicamente ao poder diretivo do empregador, de forma pessoal e mediante remuneração, fossem respeitados e satisfeitos, a despeito de eventual óbito do empregador, enquanto ser humano, pois o patrimônio da pessoa jurídica subsiste ao seu instituidor, permanecendo vinculado às obrigações contraídas a partir do registro na Junta Comercial.

A proposta de permitir a contratação por pessoa física atribui personalidade à relação laboral, mesmo que não haja vínculo laboral entre o tomador de serviço e o prestador de serviço, sendo este contratado pela empresa prestadora de serviço, a contratação desta empresa por pessoa física inviabiliza a imposição de responsabilidade subsidiária em caso de óbito do contratante pessoa física, mitigando a pretensão do citado art. 10 do referido projeto de lei.

Igualmente torna confusa a proposta do art. 16, inciso I, que impede a aplicação da pretensa lei aos empregados domésticos, pois os empregadores domésticos representam uma das poucas exceções de empregadores que podem ser pessoas físicas, junto aos empregadores rurais representados por pequenos produtores pessoas físicas que são autorizados a celebrar contrato temporário, nos termos do art. 14-A, Lei nº 5.889/73.

Se a pessoa física só pode contratar empregados domésticos e rurais na forma da lei especial, não poderia igualmente ser contratante de serviços terceirizados, pelo simples fato de não ter serviço à terceirizar; a manutenção da proposta tal como prevista apenas ampliará o rol de questões a serem debatidas pelos interpretes, caso a lei entre em vigor nestes termos, tornando-a inócua e ineficiente.

2.3. Indefinição do objeto de terceirização

Apesar de todo debate teórico sobre a definição de atividade-meio e atividade-fim, a proposta de lei não apresenta enfrentamento pragmático da questão, mantendo a subjetividade ao pretender que o contrato de prestação de serviços terceirizados tem por fim apenas o desenvolvimento de atividades correlatas, suplementares ou complementares ao objeto social do contratante, nos termos do art. 4º, §2º do projeto de lei em tela.

A manutenção da proposta nestes termos não contribuirá para eliminação de simulações e fraudes cometidas pelas empresas “guarda-chuva”, assim classificadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em alusão às empresas instituídas com mero propósito de dissimular contratações de mão de obra e lesionar direitos dos trabalhadores.

Merece reconhecimento o voto legiferante, pela “exigência da especialização das empresas terceirizadas” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004), onde esta especialização seria identificada pela consistência do objeto social definido no ato constitutivo da empresa.

Por mais que o legislador não determine delimitação na indicação do objeto social, a seriedade do empreendedor que pretenda atuar no segmento da prestação de serviços terceirizados o levará a indicar objetivamente a especialização de sua atividade, o que, conseqüentemente contribuirá para melhor enquadramento sindical e fiscal.

Desta forma, não se identificaria óbice técnico em impedir a terceirização das chamadas atividade-fim, pois a responsabilização solidária entre empresa contratante e contratada somada à identificação da especialização da empresa contratada respaldariam o trabalhador em seus direitos laborais.

3. Terceirização de serviços e função social dos contratos

A liberdade de contratar deve ser garantida em razão e nos limites da função social do contrato, não se negando assim a licitude à estipulação de termos atípicos por estarem os contratantes sempre obrigados a respeitar na execução e conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé.

A despeito da ponderação do Deputado Arthur de Oliveira Maia, no parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, onde assevera que as “empresas terceirizam atividades não em busca de uma maior especialização, eficiência ou melhora no processo produtivo, mas do simples barateamento dos custos, mesmo que isso recaia sobre os direitos dos trabalhadores” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004); resta verificar se, a redução dos custos operacionais não proporciona eficiência no processo produtivo e se esta obrigatoriamente precisa mitigar os direitos dos trabalhadores.

Não se pretende convencer de que os objetivos financeiros devam preponderar sobre os sociais, mas que o alcance dos primeiros é importante à satisfação dos segundos, isso é incontestável.

A redução dos custos proporciona eficiência gerencial, resta, portanto ao legislador instrumentalizar meios de proteção aos direitos do trabalhador, para que se perceba prosperidade socioeconômica.

Sendo o contrato de trabalho um contrato de adesão, os reflexos jus laborais que o contrato de terceirização proporciona ao colaborador da empresa devem ser interpretado sob o prisma do princípio da norma mais favorável a este, impedindo a renúncia ou descumprimento de obrigações por parte do empregador e do tomador de serviços, este último como obrigado subsidiário, de forma a tranquilizar o trabalhador empregado no exercício do seu mister em colaborar com a empresa.

A regulação da terceirização em termos pelos quais se proporcione tranquilidade aos signatários dos contratos (de prestação de serviços e de trabalho) permitirá que o país galgue novo patamar no contexto empresarial, nos termos postos pelo Deputado Sílvio Costa em seu parecer proferido na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

“O mundo empresarial de hoje exige, cada vez mais, perfeição e especialização técnica. As novidades tecnológicas, a complexidade das máquinas e equipamentos e a especialidade de serviços fazem com que, a cada dia, seja mais difícil para as empresas dominarem todos os serviços direta ou indiretamente necessários à consecução de seus objetivos.

A terceirização é, frequentemente, o melhor meio encontrado pelas empresas para ter, à sua disposição, os serviços especializados que sua produção exige.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004)

O tomador de serviços, contratante da empresa terceirizadora deve ficar vinculado às obrigações geradas desde os termos iniciais apresentados na proposta de contrato, como garantia aos direitos do trabalhador, salvo casos expressos em lei (Art. 428, CCB); e razoável que o empreendedor que se compromete com fato vinculando a outro responda por eventuais perdas e danos proporcionados, quando o empregador não honrar seu compromisso para com o colaborador da empresa.

O que deve ficar translúcido na regulação a ser imposta é que eventual litígio entre o tomador dos serviços e a empresa prestadora destes deve ser resolvida na esfera cível, com fulcro na legislação comum aos contratos civis, não podendo o trabalhador sofrer sequer ameaça de lesão aos seus direitos laborais, devendo estes, serem garantidos pelo empregador e pelo contratante tomador dos serviços, de forma subsidiária, pela integridade dos bens que compõe o patrimônio das referidas pessoas jurídicas, pois aquele que alicia pessoas e as obriga, por meio de contrato escrito, a prestar serviço a outrem, deve garantir a compensação pecuniária pelo serviço.

3.1. Função social do contrato

A terceirização se efetiva através de contratos que se conectam. O contrato, instrumento dotado de função social extensa e ilimitada proporcional reflexo diretos no progresso econômico, tendo por fim “facilitar transações nas quais uma ou ambas as partes levam um tempo considerável para cumprir sua obrigação” (POSNER, 2010, p. 216).

Ainda segundo Richard A. Posner, umas das importantes funções do contrato é “fazer recair sobre uma das partes o risco das variações de preço.” (POSNER, 2010, p. 217), sendo inevitável essa variação, cabe ao legislador regular a terceirização de forma

a impedir que o dano seja sofrido pela parte hipossuficiente da relação, mantendo a obrigação consolidada na CLT de sentido de que o empregador deve suportar o ônus do risco do negócio.

Mas a norma a ser posta deve ser cautelosa, evitando que haja mitigação à autodeterminação e a autonomia privada, considerando que “[...] o mais importante não é o tipo de contratação, mas a efetiva proteção ao trabalhadores[...]” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004).

A despeito do sistema constitucional pátrio não prever expressamente a liberdade de contratar, em qualquer esfera do direito, não quer dizer que a importância deste instrumento, incomensurável à celebração de negócios jurídicos a partir do exercício do direito de autodeterminação (BRANCO, 2009, p. 242), encontre-se desprotegida constitucionalmente.

“Se todos esses princípios de direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional.” (STEINMETZ, 2004, p. 200 e 201)

A liberdade contratual detém notória função social, razão pela qual não pode ser enfraquecida por regras postas, sob pena de lesionar a liberdade de iniciativa econômica, onde esta contida, por ser esta última mais ampla.

3.2. Natureza jurídica do contrato de trabalho

Várias são as teorias doutrinárias que debatem a natureza jurídica do contrato de trabalho. Pelo viés contratualista, o empregado alienaria sua força laboral em troca de remuneração, contrariando os ideais defendidos pelo Tratado de Versalhes, outros o definem como uma espécie de locação de serviços, o que seria um retrocesso à *locatio hominis*, há os que tentam equiparar a um contrato de sociedade, igualmente sem fundamento válido, pois não há *affectio societatis* e não se pode transferir ao colaborador da empresa o risco do empreendimento. Outras teorias adotam um viés acontratualista, alegando ser suficiente a vontade do empregado interagir com o empregador, afastando o perfil institucionalista.

Os autores especializados no tema fazem alusão a adoção do perfil contratualista, identificando no contrato as características da adesão, ou seja, “o empregador já possui determinada ‘vaga de trabalho’ com condições predeterminadas, cabendo ao empregado aceitá-las ou não” (DALLEGRAVE NETO, 1998, p. 82) a partir

do art. 444, CLT que representa flagrante mitigação à função social dos contratos (DALAZEN, 2012).

Como se vê, apesar das teorias que se confrontam, nenhuma delas parece pretender afinar o tema a outros preceitos de direitos correlatos à contratos, aparentemente ignorando a subsidiariedade entre os direitos civis e do trabalho; retardando o necessário progresso sócio-jurídico que pode advir de uma revisão legal pragmática.

“Nós nos ressentimos de leis sobre terceirização, despedida em massa ou coletiva, de lei federal sobre assédio moral e sexual. De uma lei que adote no país novos tipos de contratos trabalho. Na Espanha, há o trabalho autônomo economicamente dependente de outro. É uma forma de prestação de trabalho em que não há vínculo empregatício, mas tem direitos específicos em função da forma como o serviço é prestado. Podíamos pensar na adoção de outros tipos de contrato como uma forma de inclusão no mercado de trabalho de milhões de trabalhadores informais.” (DALAZEN, 2012)

Manter-se aceitando o contrato de trabalho como contrato de adesão representa negação à capacidade das partes de negociar ampla e diretamente as cláusulas deste, ignorando a especialização de determinados colaboradores da empresa ou a especificidade de determinados serviços, conduzindo os signatários à busca por alternativas quiçá equidistantes dos termos da lei ou dos normativos coletivos.

Aceitar a natureza jurídica do contrato de trabalho como contrato de direito privado, privilegiaria a autonomia privada em autodeterminar sobre contratar ou não de acordo com a amplitude que a oferta e a procura podem proporcionar, fomentando efetivamente a economia, o que, por via transversa, acarretaria em progresso social e melhor harmonização jurídica.

Conclusão

A súmula 331, TST tem cumprido sua função, apesar de viabilizar interpretações não uniformizadas nem objetivas do que seja atividade-meio e atividade-fim, isso devido a dois fatores; um decorrente da fluidez e imprecisão dos conceitos em tela, haja vista a amplitude que os objetos sociais das empresas podem apresentar outro, pelo excessivo paternalismo atribuído à interpretação das normas atinentes ao direito do trabalho atinentes aos colaboradores da empresa.

No que tange a tais conceitos, em relação ao Projeto de Lei nº 4.330/04, parece que a pacificação do tema está longe de encontrar um razoável equilíbrio, dentre os pareceres legislativos que analisam debatem o texto da referida proposta legal não se encontra assentamento sobre o que distingue atividade-meio da atividade-fim.

Contudo, há uma discreta tendência em defender a autorização da terceirização de todas as atividades, independente de sua natureza, tal como defendem alguns dos autores mencionados neste estudo, o que pode ser razoável, se a regulação assegurar melhores garantias aos trabalhadores prestadores de serviços terceirizados de percepção regular de seus direitos patrimoniais.

Tais garantias poderiam advir da exigência de comprovação da especialização da empresa terceirizadora de serviços prestados e determinação objetiva de responsabilidade subsidiária entre as empresas contratantes e contratadas, uma responsabilidade que se estabelecesse desde o momento da aceitação da proposta de contrato até a extinção dos efeitos de sua rescisão e exige fiscalização contínua das finanças e contabilidade de uma pela outra, determinando a rescisão contratual imediata e multa ante o descumprimento de regras societárias.

Tais responsabilidades subsidiárias devem envolver créditos trabalhistas, fiscais, previdenciários, empresariais e civis, quando for o caso, devendo ser respaldados pelo patrimônio das pessoas jurídicas contratantes, a princípio, sendo autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, independente do cometimento de fraude contra terceiros, bastando que se comprove insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, assim, restaria notória a responsabilidade do empreendedor pelo risco do negócio e a declaração pragmática de que se respeita a natureza alimentícia das verbas remuneratórias.

Desta forma, estar-se-ia privilegiando a autonomia das vontades em se autodeterminar, respeitando acima de tudo a capacidade do indivíduo em manifestar suas vontades livremente, humanizando o direito e harmonizando a justiça aos anseios socioeconômicos contemporâneos, sem maiores entraves burocráticos impostos pelo Estado através de leis que correm o risco de serem discutidas pela Suprema Corte ante alegação de serem inconstitucionais.

Referências bibliográficas

AgRg nos Embargos de Divergência em Resp nº 707.406 - RS (2006/0149491-3).
Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Agravante: Braskem S/A, Advogados:
Ezielma Braz Ferreira de Oliveira e Outro(s). Fabio Brun Goldschmidt e Outro(s).
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Procurador: Clóvis Juarez
Kemmerich e Outro(s). Disponível em
<<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG->

ERESP_707406_RS_27.08.2008.pdf?Signature=mYAnxUSEoxNjYKecttIP2xnUino%3D&Expires=1405108233&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d0b22015405e2dc72c4c30aace8571a9>

ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. Rivista di diritto commerciale, Milano, v. XLI, parte I, p. 01-20, 1943.

BEM, Leonardo Schmitt. **Teoria da relação jurídica. Análise da parte geral do novo Código Civil**. JM Editora, Curitiba, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. revista e atualizada. LTr, São Paulo, 2012.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contrato. Interpretação à luz do Código Civil**. Saraiva, São Paulo, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Outorgada em 05 de outubro de 1988.

_____, **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**.

_____, **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**.

_____, **Lei nº 5.764, de 16 de Dezembro de 1971**.

_____, **Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997**.

_____, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2011**.

_____, **Receita Federal**. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2005/pergresp2005/pr108a200.htm>>, acesso em 07/07/2014.

CAMARGO, Beatriz. **Trabalhador terceirizado em SP ganha em média metade de não terceirizado**. Disponível em <<http://reporterbrasil.org.br/2007/04/trabalhador-terceirizado-em-sp-ganha-em-media-metade-de-nao-terceirizado/>>, acesso em 08/07/2014.

DALAZEN, João Oreste. **Tudo mudou, exceto a legislação trabalhista**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/tudo-mudou-exceto-legislacao-trabalhista-presidente-tst>>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. LTr, São Paulo, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo, LTr, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. GEN/Forense, Rio de Janeiro, 2012.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito. Uma contribuição à teoria do direito alternativo**. Trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=569912>>

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>

<http://aafitmg.org.br/pages/1_news_old/2007/04_17_07.html>

<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-ranking/ranking_2011.pdf>

<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-rank-new/ranking_2012.pdf>

<<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-ranking/ranking-das-juntas-comerciais-2013-v3.pdf>>

<<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer%C3%AAsncias,%20Palestras,%20etc/1%20Jornada%20JT.pdf>>.

KNIGHT, Frank H. **Inteligência & ação democrática**. Trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.

MABEL, Sandro. **Projeto de lei nº 4.330/2004**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4BE653A20494BD0CE6A74251B2ED01EE.proposicoesWeb2?codteor=246979&filename=PL+4330/2004>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 2ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

MARX, Karl. **O Capital**. Condensação Gabriel Deville, 3ª ed. Edipro, São Paulo, 2012.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 27ª ed. revista e atualizada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

NETO, Francisco Ferreira Jorge. & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. Atlas S.A. São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Otávio J. **Pequena empresa no Brasil: um estudo de suas características e perspectivas**. Revista Integração, ano XII, nº 44, p.5, jan. fev. mar. 2006.

POSNER, Richard A. **A Economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. Rev. Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Processo nº TST-AIRR-2542-89.2011.5.10.0102, Acórdão 2ª Turma, Agravante: União Brasileira De Educação e Cultura - UBEC e Agravado: Edesio Lima, disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23944027/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-25428920115100102-2542-8920115100102-tst>>, acesso em 08/07/2014. Revista Consultor Jurídico, edição de 7 de novembro de 2013. **Notícias**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-07/presidente-tst-terceirizacao-nao-chegar-atividade-fim?imprimir=>>>.

_____, 06 de julho de 2014. **Em dez anos, carga tributária aumenta para um terço do PIB**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-06/dez-anos-carga-tributaria-subiu-terco-pib?imprimir=>>>.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. Malheiros, São Paulo.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa. Atividade Empresária e Mercados**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.