

Inspere Instituto de Ensino e Pesquisa, Brazil

From the Selected Works of Luciana L Yeung

October 26, 2016

Como os juizes decidem sobre a Terceirização da Mão de Obra no Brasil

Luciana L Yeung



Available at: https://works.bepress.com/luciana_yeung/15/

TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NO BRASIL: PARA QUÊ A PL 4.330/2004?

Prof. Dra. Luciana Yeung¹

1. Introdução

No dia 22 de abril de 2015 – onze anos após a sua propositura – a Câmara dos Deputados aprovou, por 230 votos a favor e 203 votos contra, o Projeto de Lei 4330. Diversos são os pontos tratados pelo PL, mas em linhas gerais, permitir-se-ia às empresas contratar mão de obra terceirizada para as suas atividades fins, algo que, pelo regramento legal presente, não é permitido.

Enquanto isso, dentro e fora das galerias do Congresso Nacional, em Brasília e praticamente todas as capitais do país, a movimentação era grande. Sindicatos e centrais sindicais faziam muitos protestos, entoavam palavras de ordem, e carregavam faixas com dizeres tais como: “Se o Congresso votar, a CUT vai parar o Brasil”, “A terceirização faz mal à saúde”, “Terceirização: escraviza, mutila e mata”. A discussão de mudanças na legislação trabalhista normalmente gera ânimos acirrados, mas no caso da terceirização, a polêmica parece estar no ponto extremo.

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise objetiva e imparcial da questão da terceirização no Brasil de hoje, focada numa avaliação do que tem sido o entendimento judicial sobre o tema. Usaremos ainda o instrumental da Análise Econômica do Direito para análise dos fatos e conceitos envolvidos.

2. Teoria Econômica, Críticas e Literatura

Pela teoria econômica, a terceirização é fenômeno trivial e natural, previsto em qualquer processo de dinamização das atividades de livre mercado. Na realidade, a Revolução Industrial e o início da Idade Moderna na Europa foram marcados por avanços e reorganizações do trabalho que permitiram a especialização das atividades produtivas, o que gerou um salto nunca antes observado na humanidade. Neste processo, justamente, firmas e organizações econômicas passaram a terceirizar suas atividades – a outras empresas ou a outros indivíduos. A divisão do trabalho, descrita por Adam Smith como sendo um dos maiores avanços na organização das atividades humanas, somente pôde ser plenamente materializada com este fenômeno. Assim, segundo a visão econômica (atente-se que não estamos falando de uma visão empresarial), ao contrário de uma visão jurídica doutrinária ou dogmática, a terceirização não deve ser entendida como uma “anomalia do mundo contemporâneo”, mas um processo inerente ao sistema econômico moderno, e que certamente será cada vez mais.

No entanto, é fato que, independente das suas origens e evolução históricas, existem diversas críticas ao fenômeno da terceirização da mão de obra. Podemos resumi-las em dois principais pontos:

¹ Professora Adjunta e Coordenadora do Núcleo de Instituições e Meio Ambiente, NIAN, do Insper (São Paulo), membro fundadora e ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). E-mai: LucianaY@insper.edu.br

- 1) “A terceirização gera ‘precarização do trabalho’”: trabalhadores terceirizados se defrontariam com salários mais baixos (comparados a trabalhadores próprios), condições de trabalho mais adversas, ambiente de trabalho mais hostil.
- 2) “A PL 4.330 é desnecessária”: o Brasil já conhece o fenômeno da terceirização há algum tempo, existindo inclusive diversas normas específicas sobre o tema (através de Portarias, Leis, Súmulas, etc.), então não haveria necessidade de mais uma regulação para a terceirização. Além disso, defensores deste argumento afirmam que a PL 4.330, ao contrário das outras normas sobre o tema, piora a situação dos trabalhadores terceirizados.

Esses temores são justificados pelas observações empíricas dos fatos?

Com relação ao primeiro ponto, o curioso é observar que o pressuposto é de que a terceirização se igualaria à condição de trabalho informal, fora do monitoramento e fiscalização de qualquer legislação trabalhista, o que não é verdade. Se um projeto de lei que permite maior flexibilidade na terceirização for acompanhado *pari passu* de uma legislação abrangente que regule esta atividade, ou que atrele co-reponsabilidade às empresas que contratam terceirizados, não há porquê imaginar que o mundo da terceirização seria uma “terra de ninguém” ou somente de “foras da lei”. Regular a terceirização é justamente trazê-la para dentro da supervisão e monitoramento estatal. Nestas condições, não há porquê a precarização acontecer (a não ser por uma deficiência na fiscalização do Estado, mas aí seria outra questão).

Se observamos trabalhos empíricos sobre o tema podemos perceber que a relação terceirização → piora nas condições de trabalho não é corroborada como se argumenta. Artigo de Autor (2003) mostra que a presença de sindicatos nas empresas norte-americanas gera maior terceirização, fato aparentemente paradoxal, mas que indica que em ambientes onde os trabalhadores têm mais voz, nem sempre ocorre menos terceirização. Outro estudo estrangeiro, de Aubuchon et al (2012), mostra que a terceirização nas indústrias de manufatura na Alemanha teve efeitos positivos e estatisticamente significativos na produtividade das plantas fabris. Em outras palavras, a terceirização não é acompanhada por condições degradantes de trabalho, nem é associada com ambientes precários, de sub produção. Ao contrário, pode estar associado a estágios mais modernos e avançados da empresa. Mas a pergunta que talvez persista é: se a terceirização traz efeitos positivos para as empresas em termos de produtividade, ela pode trazer resultados negativos aos trabalhadores? É possível que, ao mesmo tempo em que gere ganhos para as empresas, ela gere perdas para os trabalhadores?

Recente trabalho de Stein, Zylberstajn e Zylberstajn (2015) trata perfeitamente sobre esta questão usando dados da RAIS, e cobrindo cerca de 8 milhões de indivíduos brasileiros. Diferentemente do que fazem sindicatos e centrais sindicais, os autores não se baseiam em uma comparação simplista de média salarial de trabalhadores próprios com a média salarial de terceirizados. Eles empregam uma metodologia econométrica chamada “dados em painel com efeitos fixos”, que faz um exercício de observar *o que ocorreria com um mesmo indivíduo quando ele(a) passa da condição de terceirizado para próprio*, ou vice versa. Ou seja, aqui, controlam-se não somente as características pessoais de cada trabalhador²,

² Importante observar que não somente as características observáveis dos trabalhadores foram controlados, mas também suas características não observáveis.

mas também as características das empresas onde se trabalha. Os resultados deste trabalho são interessantes:

- Uma vez controladas as características de cada indivíduo e de cada empresa – os chamados efeitos fixos, no jargão econométrico – a diferença salarial entre trabalhadores próprios e terceirizados é de apenas 3%.
- O que gera grandes diferenciais nos salários é, efetivamente, o nível de qualificação dos trabalhadores em questão. Trabalhadores não-qualificados, quando terceirizados ganham 12% menos do que trabalhadores próprios. Por outro lado, trabalhadores terceirizados de alta qualificação não têm diferencial de salário com relação aos próprios e, em algumas categorias, têm diferencial positivo (ganham mais do que próprios).
- Mesmo nos casos onde houve pequeno diferencial negativo (terceirizados ganhando menos), este diferencial vem reduzindo durante o período de 2007 a 2012.

Assim, observa-se que, dos (poucos) trabalhos empíricos realizados, não há evidências factuais que apontam precarização das condições de trabalho uma vez que a terceirização seja flexibilizada.

3. O que diz a regra atual?

A segunda grande crítica à PL 4.330 refere-se à sua “desnecessidade”. Advogados trabalhistas e representantes dos trabalhadores perguntam: com as diversas normas existentes sobre o tema, para quê mais uma lei (que é ainda “pior”)? Vale então rever as regras atuais. Presentemente, a norma mais abrangente sobre o tema de terceirização da mão de obra é, sem dúvida, a Súmula 331, divulgada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em maio de 2011. Ali se lê:

- “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) ...
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 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 personalidade e a subordinação direta”.

De fato, a redação parece clara e bastante norteadora e, aparentemente, seria suficiente para regrar as decisões de terceirização pelas empresas no país. É fato? Novamente, vale a pena olhar para as evidências empíricas.

Em trabalho bastante recente, Maria Teresa Sadek (2016) mostra que, entre 24% e 46% de todos os processos judiciais defrontados pelas empresas brasileiras são referentes, de maneira específica, à questão da terceirização de mão de obra.

Usando-se recursos computacionais modernos em sítios da *internet*³, quando se faz uma busca de jurisprudência usando os termos “terceirização” e “ilegalidade”, limitados aos anos de 2012 a 2014, o resultado são 5.201 processos julgados em TRT’s e pelo TST somente sobre este tema.

Com os números acima mencionados, é difícil de sustentar que as regras atuais sobre a terceirização de mão de obra estejam consolidadas e bem sinalizadas para trabalhadores e empresas. As evidências apontam para a necessidade de um regramento legal mais claro e definitivo sobre o tema.

4. Contribuições deste Trabalho

O presente trabalho não pretende dar recomendações normativas de como legislar sobre o tema da terceirização. O intuito é aprofundar na análise positiva, provendo mais evidências da situação fática atual. Especificamente, o objetivo é de responder, com base em dados empíricos, se a atual legislação e o Judiciário trabalhistas estão sendo capazes de orientar trabalhadores e empresas com relação a este tema. Ou seja, pretendemos, ao final do trabalho, colher evidências que indiquem se há necessidade de legislação adicional, ou se o tema está pacificado como tal existe hoje.

Com base na Análise Econômica do Direito, o regramento jurídico e judicial são elementos essenciais no ambiente econômico de atuação de empresas, organizações, trabalhadores, consumidores, cidadãos, etc. São as regras – formais e informais – que definem como os agentes irão se comportar e tomar decisões. Quanto mais coerentes e consistentes forem as regras, maior segurança agentes terão para suas decisões e ações, e os resultados sociais e econômicos serão mais estáveis e superiores. O contrário ocorre quando estas regras, principalmente as formais e legais, forem incoerentes e inconsistentes. Para efeitos de resultados econômicos para a sociedade, pior do que uma regra “ruim” é ter regras que são incoerentes e incertos.

4.1 Metodologia, Amostra e Variáveis Analisadas.

A metodologia empregada neste trabalho é integralmente de análise jurisprudencial. Foram analisadas decisões judiciais feitas pelo TRT-2 (São Paulo capital) e TRT-4 (estado do Rio Grande do Sul)⁴ sobre a questão da terceirização. Para melhor controlar a heterogeneidade dos diversos setores econômicos da complexa economia brasileira, focamos somente em um tipo de setor: o bancário.

A amostra final de observação foi:

³ Existem diversos sítios na internet e empresas especializadas na busca de jurisprudência. O consultado para este presente artigo foi o da empresa Digesto, acessível gratuitamente através do *link* www.digesto.com.br (consulta realizada em 06.11.2016).

⁴ A escolha destes dois TRT’s foi baseada na importância econômica da região – no caso do TRT-2 – e também para efeitos de comparação com outros estudos realizados por esta autora – no caso do TRT-4 (eg., Yeung e Azevedo, 2015).

Tabela 1: Origem e Número da Amostra

Região	Casos analisados	Período coberto
TRT2 (Grande São Paulo)	401	Ago.2002 a Ago.2016
TRT4 (Estado do Rio Grande do Sul)	49	Mar.2000 a Maio2011
TOTAL	450	Mar.2000 a Ago. 2016

No entanto, mesmo focando no setor bancário, ainda havia grande heterogeneidade nas atividades exercidas neste setor. Assim, foi-se necessário delimitar uma relação de atividades que abrangeriam razoavelmente todas as ocupações presentes em um banco, que poderiam ser questionadas pelos empregados com relação à licitude da terceirização. Em um primeiro momento, o trabalho foi de leitura para compilação das principais atividades questionadas nos tribunais; no segundo momento, a presente autora fez a compilação das principais atividades questionadas:

Tabela 2: Categorias de Atividades, por frequência na amostra⁵

ATIVIDADE	N	%
Atendimento	53	11,8%
Auxiliar administrativo	74	16,4%
Crédito/Compensação/Cobrança/Financiamento	83	18,4%
Informática/Sistemas/Digitalização	46	10,2%
Manutenção, Conservação e Limpeza	22	4,9%
Segurança e Vigilância	32	7,1%
Telemarketing	63	14,0%
Transporte	9	2,0%
Vendas (incluindo câmbio)	36	8,0%
Outros, N/C	32	7,1%

Além do rol de atividades bancárias que foram eventualmente questionadas, avaliamos também as seguintes informações de cada um dos 450 processos judiciais na amostra:

⁵ Estas foram as atividades questionadas pelos autores do processo, com relação à licitude da terceirização pelo banco.

Tabela 3: Variáveis Analisadas

Vara de Origem
ID (Número do processo)
Mês, dia e ano do julgamento em 2ª instância
Relator
Banco
Sexo do empregado
Decisão: Houve terceirização ilícita pelo banco?
Houve reforma da decisão da 1ª instância?
Outas informações qualitativas

4.2 Resultados.

Passamos agora a os resultados da análise empírica. Separaremos os de acordo com o tipo de atividade questionada. Iniciaremos com a atividade mais frequentemente encontrada na amostra:

Tabela 4: Decisões sobre Terceirização - “Crédito, Compensação, Cobrança e Financiamento”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
83	55	66,3%

Fonte: Cálculo da autora

Talvez a categoria mais “inerentemente” relacionada à atividade-fim dos bancos seria aquela relacionada a serviços de crédito, compensação, cobrança, financiamentos e afins. Esperar-se-ia, portanto, que toda atividade exercida neste rol, fosse considerada atividade-fim e, portanto, proibida de ser terceirizada pelos bancos. No entanto, de maneira um tanto quanto surpreendente, em 33,7% dos casos, os magistrados nos TRT’s consideraram a terceirização destas atividades como sendo lícita. Mesmo nessas atividades consideradas, de maneira geral, “genuinamente bancárias”, houve consenso apenas em 55 dos 83 casos, de que se tratava de contratação ilícita de empregados terceirizados.

Tabela 5: Decisões sobre Terceirização - “Auxiliar Administrativo”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
74	30	40,5%

Fonte: Cálculo da autora

A segunda categoria de atividade mais questionada nos TRTs foi a de “auxiliar administrativo”. Neste rol, foram incluídos os casos de auxiliares de *backoffice*, sem contato direto com clientes, assistentes burocráticos, sem funções muito claramente definidas. Não foi possível averiguar diretamente, mas claramente, tratavam-se de empregados com salários não muito elevados, e nem qualificação muito alta.

Neste sentido, vê-se uma grande heterogeneidade na interpretação dos magistrados sobre a licitude ou não da contratação terceirizada de empregados exercendo estas atividades. Do total de casos, o equivalente a 40,5% considerou a terceirização ilícita, enquanto 59,5% considerou a terceirização legal.

Tabela 6: Decisões sobre Terceirização - “Telemarketing”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
63	21	33,3%

Fonte: Cálculo da autora

Outra categoria com definição problemática de terceirização é a de telemarketing. Para este setor em particular, existem algumas considerações específicas. Primeiro, há a Lei 9.472/97, que regula a terceirização de operadores de telemarketing (precisamente no âmbito de empresas de telefonia, não de bancos). Outra questão relacionada foi a decisão do Ministro Teori Zavascki, no STF, em setembro de 2014, suspendendo todos os processos relacionados a este tema que estavam em tramitação na Justiça do Trabalho. Curiosamente, a despeito da ARExt 791.932 do Ministro Zavascki, os casos continuaram a ser julgados, pelo menos no TRT-2, como esta pesquisa pôde constatar.

E, apesar de haver evidências de um entendimento mais homogêneo com o passar do tempo, ainda existem divergências significativas com relação à licitude da contratação de operadores terceirizados. Em 33,3% dos casos, ou seja, um terço desta sub-amostra, houve entendimento de que a terceirização feita pelos bancos era ilícita⁶.

Tabela 7: Decisões sobre Terceirização - “Atendimento”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
53	24	45,3%

Fonte: Cálculo da autora

Nesta categoria, foram contempladas todas as atividades de atendimento físico aos clientes nos bancos. Também é uma categoria com funções de pouca qualificação, sem definição de atividade muito clara, apenas com o ponto comum de serem apoio para clientes quando estes têm dúvidas básicas no momento em que se dirigem às agências bancárias.

Dos 53 julgamentos analisados, 24 foram considerados pelos magistrados como sendo casos de terceirização ilícita.

⁶ Em um estágio inicial desta pesquisa, quando a análise dos casos parou no ano de 2013, mais de 48% das decisões sobre telemarketing consideraram a terceirização ilegal. Quando os casos de 2014, 2015 e 2016 foram incluídos, a ilicitude passou a compor apenas 33.3%. Isso pode ser entendido como uma pacificação gradual no sentido de considerar este tipo de terceirização lícita. A conclusão final só poderá ser claramente e rigorosamente definida com mais alguns anos de observação.

Tabela 8: Decisões sobre Terceirização - “Informática, Sistemas, Digitalização”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
46	22	47,8%

Fonte: Cálculo da autora

Esta é uma categoria de atividades relativamente especializadas e específicas. Aqui estão incluídas as atividades de manutenção de redes, sistemas de informática, além de eventuais casos de digitalização e microfilmagem de documentos, tais como cheques. São atividades sem contato direto com os clientes dos bancos, servindo apenas de apoio interno. No entanto, apesar do alto grau de definição, essas atividades geraram um quase perfeito grau de não-concordância entre os magistrados: 47,8% dos casos de terceirização foi considerada ilícita pelos julgadores, e 52,2% foi considerada lícita.

Tabela 9: Decisões sobre Terceirização - “Vendas”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
36	24	66,7%

Fonte: Cálculo da autora

Aqui estão incluídas as atividades de venda de produtos bancários: cartões de crédito, seguros e câmbio. De todos os casos analisados até agora, foi o que obteve maior índice de concordância entre os magistrados de se tratar de uma atividade-fim do banco, tendo dois terços de julgamentos favoráveis à condenação de ilicitude da terceirização.

Tabela 10: Decisões sobre Terceirização - “Transporte (exceto de valores)”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
9	1	11,1%

Fonte: Cálculo da autora

A categoria com o menor número de observações nesta pesquisa foi a de transportadores de documentos, malotes, etc. Na maior parte dos casos, tratavam-se de *motoboys*. Há entendimento amplo de que se trata de atividade-meio, não relacionada diretamente à atividade bancária; curioso observar, no entanto, que houve um julgado em que se considerou o *motoboy* como executante de atividade-fim do banco, tendo como resultado a condenação para a contratação direta deste empregado pelo banco. Nesta categoria não foram incluídos o transporte de numerário e/ou outros valores (e.g., caixa forte), sendo este tipo de atividade incluído na categoria que analisaremos em seguida, relacionado a Segurança.

Tabela 11: Decisões sobre Terceirização - “Segurança e Vigilância”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
32	0	0,0%

Fonte: Cálculo da autora

Tabela 12: Decisões sobre Terceirização - “Manutenção, Conservação e Limpeza”

N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
22	1	9,1%

Fonte: Cálculo da autora

Finalmente, tem-se duas categorias de atividades em que a pacificação está garantida. Claramente, nesses casos, a Súmula 331 do TST trouxe segurança jurídica para a sociedade e para as cortes inferiores. Nos casos de atividades relacionadas a “Segurança e Vigilância” (Tabela 11), houve entendimento integral de 100% de que se tratam de atividades-meio dos bancos, cuja terceirização é lícita. Até mesmo as partes envolvidas – trabalhadores e bancos – entenderam bem a lição e, quando aparecem nos litígios, é para questionar a co-responsabilidade dos bancos.

O mesmo se refere às atividades de “Manutenção, Conservação e Limpeza”: já há entendimento consolidado de que se tratam de atividades-meio, passíveis de terceirização pelos bancos. O único caso contra a terceirização é de um julgado ocorrido antes da edição da Súmula 331, no ano de 2003.

4.3 Outros Resultados:

Outros dois resultados foram observados ao longo da pesquisa:

- Ilicitude da terceirização mais por contratação de atividade fim, do que por criação de vínculo de emprego: Pela amostra empírica avaliada, pôde ser constatado que a preocupação principal dos magistrados quando decidem sobre a licitude da terceirização é em avaliar se a atividade questionada constitui-se atividade-fim ou atividade-meio da empresa. A observância da formação de vínculo de emprego com o banco através de relação de subordinação direta e pessoalidade foi apenas preocupação secundária. Em todos os casos houve interpretação sobre a natureza da atividade envolvida; em 80% dos casos também houve avaliação da formação de vínculo de emprego, mas em 20% dos casos, esta última questão não foi mencionada pelo julgador.
- Em cerca de 20% dos casos analisados, a questão era sobre a co-responsabilidade do banco na terceirização de atividades-meio (principalmente segurança e manutenção/limpeza). Praticamente há unanimidade de que banco tem responsabilidade subsidiária e não solidária. Mas em pelo menos um caso houve condenação por responsabilidade solidária, e em dois casos houve *isenção* de responsabilidade subsidiária. Ou seja, a pacificação sobre este tema ainda não é integral.

5. Segunda Fase da Pesquisa: Transporte Autônomo de Cargas

Na segunda fase desta pesquisa, a autora deslocou o foco de análise para setor econômico: o de transporte de cargas. Aqui, o tipo de atividade era bastante específico e homogêneo, apesar de as evidências anedóticas indicarem que também existe grande divergência na interpretação magistral sobre a licitude da terceirização. Curiosamente, existe também uma lei específica, a Lei 11.442 de 2007, que “[d]ispõe sobre o transporte de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração”. Então, em tese, o regramento normativo sobre a terceirização neste setor, o de *fretistas*, deveria ter sido resolvido. Mas não é bem o que as evidências indicarão.

Dadas as peculiaridades específicas e muito bem-definidas neste setor, a amostra de julgados disponível, principalmente para anos mais recentes (2014 a 2016), foi muito limitada, e com características próprias, por exemplo, o fato de o TRT-6 (estado de Pernambuco) ter apresentado, em termos relativos, o maior número de observações. Assim, a amostra para esta pesquisa foi composta por:

Tabela 13: Distribuição da Amostra, Atividade de Transporte de Cargas

Região	N. Casos
TRT-6 (PE)	20
TRT-2 (SP capital)	15
TRT-4 (RS)	15
TOTAL	50

Fonte: Cálculo da autora

Os resultados podem ser vistos na tabela abaixo:

Tabela 14: Decisões sobre Terceirização - “Transporte de Cargas”

Amostra	N. de Casos	Casos Julgados como Terceirização Ilícita	% de Casos Julgados como Terceirização Ilícita
Total	50	20	40%
TRT-6 (PE)	20	7	35%
TRT-2 (SP)	15	7	46%
TRT-4 (RS)	15	6	40%

Fonte: Cálculo da autora

Apesar de a amostra ser menor, é possível observar que ainda existem divergências no entendimento sobre a licitude de se terceirizar a atividade de transporte de cargas por empresas produtoras. Há certo nível de variação entre os TRTs, e não há – ainda – sinais claros de convergência *entre* e *intra* tribunais.

Para esta sub-amostra relacionada ao transporte de cargas, 44% das decisões de segunda instância reformaram o entendimento dos julgados de 1ª instância. Para padrões internacionais, o grau de reforma é bastante alto; porém, em comparação com análises feitas de julgados em outras áreas (Yeung e Azevedo, 2015), o percentual de reforma é bastante condizente com a média nacional.

6. Conclusões Preliminares

O presente trabalho teve como objetivo prover evidências empíricas sobre o entendimento da questão da terceirização da mão de obra pela Justiça do Trabalho. Com base em análise de decisões judiciais, tentou-se responder se a atual legislação e o Judiciário trabalhistas estão sendo capazes de orientar trabalhadores e empresas com relação a este tema. Percebe-se que, de maneira geral, existe atualmente grande divergência e não consistência no entendimento judicial sobre esta questão. Após a análise de 500 decisões sobre o tema, chegamos às seguintes conclusões:

- A Súmula 331 do TST trouxe pacificação apenas na questão da licitude de terceirização em atividades relacionadas a limpeza, vigilância e segurança.
- A Lei 11.442 *não é* usada como referência para decisões sobre terceirização de transporte de cargas.
- O regramento normativo existente sobre a questão da terceirização da mão de obra está longe de gerar orientações claras e segurança jurídica.
- A pacificação *não está acontecendo* com o passar do tempo.
- Justificativas dos magistrados para defender ou atacar a terceirização são praticamente idiossincráticas.

Assim, com base no estudo empírico executado, a resposta é trivial: é necessária uma legislação adicional mais clara, segura e objetiva para definir as situações em que a terceirização é efetivamente permitida.

A experiência mostra que, para cada nova regra criada, surgem dezenas de questionamentos, exceções e circunvenções - e isso tende a ser mais verdade quanto mais complexa for a nova regra. Assim sendo, idealmente, recomenda-se a criação de uma regra que seja o mais geral e flexível possível. Talvez só assim para se minimizar as incoerências e inseguranças ainda existentes sobre o tema da terceirização de mão de obra pelas empresas no Brasil.

Referências Bibliográficas:

AUBUCHON, C.; BANDYOPADHYAY, S.; BHAUMIK, S. K. (2012) “The Extent and Impact of Outsourcing: Evidence from Germany”. *Federal Reserve Bank of St Louis Review*, July/August, 94(4), pp.287-304.

AUTHOR, D. H. (2003) “Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing”, *Journal of Labor Economics*, 21 (1), pp. 1-42.

SADEK, M.T. (2016) “Aspectos do contencioso jurídico de empresas no Brasil em contraste com Argentina e Chile”. Relatório apresentado e divulgado pelo CEDES (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), São Paulo.

STEIN, G.; ZYLBERSTAJN, E.; ZYLBERSTAJN, H. (2015) “Diferencial de Salários da Mão de Obra Terceirizada no Brasil”, Working Paper 400, São Paulo School of Economics, FGV, CMICRO – No. 32, Working Paper Series, 07 de agosto. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13883>

YEUNG, L.; AZEVEDO, P.F. (2015) “Nem Robin Hood, nem King John: testando o viés anti-credor e anti-devedor dos magistrados brasileiros”, *Economic Analysis of Law Review*, V.6 (1), pp. 1-21.

Anexo: Passagens Extraídas dos Julgados

Talvez mais informativo do que analisar os resultados dos julgados é ler passagens dos julgados em que os juízes têm a oportunidade de manifestar algumas de suas leituras sobre a questão da terceirização. Sem preocupação em selecionar uma amostra significativa ou representativa, selecionamos aqui algumas passagens que nos ajudam a entender um pouco mais os dilemas, dificuldades e outros pontos implícitos no entendimento desta questão. Apesar de terem sido extraídos de documentos públicos, optou-se por preservar a identidade dos magistrados de cada passagem.

- Sobre a Portaria do Banco Central que tentou indicar as condições para licitude de terceirização de mão de obra por bancos:

“Neste contexto, é de duvidosa validade a norma que, expedida por simples autarquia (o Banco Central do Brasil), autoriza a terceirização de diversas funções evidentemente ligadas à atividade-fim das instituições financeiras. A origem autárquica do regulamento implica reconhecer que este não foi submetido aos rigores do processo legislativo”.

- Reconhecimento pelos magistrados da falta de orientação normativa sobre a questão:

“Apesar da terceirização se constituir, já há alguns anos, em elemento central da estratégia de competitividade empresarial em praticamente todos os setores econômicos, **não há no Brasil uma legislação específica que regule os elementos que envolvem o ato da terceirização** (...) A terceirização, na verdade, **nasceu sob uma forma livre e ainda hoje desenvolve-se sem obter uma disposição legal específica**. O que se tem é uma construção jurisprudencial consubstanciada no Enunciado 331 do C. TST que acaba por servir de norte aos contratos deste tipo. Tal Súmula consagrou-se como uma tendência flexibilizadora, viabilizando a terceirização nos serviços de vigilância, conservação e limpeza e em outros serviços especializados ligados à atividade meio do tomador” (ênfase pela autora deste estudo).

- Manifestação de opinião pessoal do magistrado(a) sobre o tema:

“Nesse ponto [da terceirização] o Direito do Trabalho, no Brasil, procura não se afastar do **princípio máximo que o informa, o da proteção. Os terceirizados, regra geral, encontram-se marginalizados da carreira na empresa-mãe e órfãos das maiores conquistas do Sindicato** da categoria principal” (ênfase pela autora deste estudo).

“É unânime a repulsa da marchandage, em face de o abuso do intermediário entre a oferta e a procura constituir, em matéria de trabalho, nocividade maior que em qualquer outra parte porque o seu benefício afeta uma renda de caráter alimentar, qual seja o salário. A maior queixa provém precisamente disto: **o lucro do intermediário nada mais é que uma retirada antecipada sobre o salário** (Scelle). Os princípios constitucionais consagram, protegem e erigem não somente a dignidade do trabalhador e a finalidade social do trabalho, como também reconhecem que **a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano, objetivando, entre outros desideratos, a redução da desigualdade social e a busca do pleno emprego**” (ênfase pela autora deste estudo).

- Exemplos de desentendimento entre os magistrados sobre o mesmo tema, no caso, a definição de quando se cria vinculação de emprego via subordinação direta:

“Tal fato [subordinação a funcionário do banco], por si só, é suficiente para que o vínculo empregatício seja reconhecido diretamente com o tomador de serviços, tornando-se irrelevantes os entendimentos jurisprudenciais mencionados pela recorrente, acerca da terceirização da atividade-fim ou atividade-meio das empresas” (ênfase pela autora deste estudo).

“Em que pese o fato de que a prestação laboral se desenvolveu nas dependências do [banco] e a circunstância de que o autor se sujeitava a ordens ou orientações de serviço emitidas por empregados da instituição financeira, não há falar em fraude na contratação por empresa interposta...” (ênfase pela autora deste estudo).

- Exemplos de desentendimento entre os magistrados sobre o mesmo tema, no caso, a definição do que seja considerado atividade-meio ou atividade-fim do banco:

“Caso se entendesse dessa forma, deveria ser reconhecida, também, a atividade de segurança como essencial ao funcionamento do banco eis que, sem a vigilância privada, o banco seria alvo permanente de assaltos. **Entretanto, é pacífica a jurisprudência acerca da inexistência de vínculo empregatício do segurança** com o banco em razão da terceirização na atividade-meio, e não na atividade-fim do estabelecimento bancário” (ênfase pela autora deste estudo).

“Considerar as atividades desenvolvidas como desligadas da atividade-fim da instituição bancária leva imediatamente a seguinte indagação: qual seria, em último caso, a atividade-fim de um banco...? Na verdade, trata-se de uma linha de raciocínio - que, a bem da verdade, não se limita apenas a instituições bancárias - **e que procura estreitar ao máximo o conceito de atividade-fim, tornando tudo atividade-meio, até as raíais do absurdo.** Assim ocorre com serviços de informática, de cobrança, de entrega, de atendimento a reclamações, pouco restando que possa ser qualificado como atividade-fim, para que tudo possa ser terceirizado, entregue a ‘empresas especializadas’, ‘enxugando’ a estrutura empresarial, ‘desengessando’ as relações de produção, ou, **mais claramente, reservando para a empresa o lucro e terceirizando tudo que represente algum ônus”** (ênfase pela autora deste estudo).

“Então, como se vê, o autor tinha atribuições que não são típicas de bancário. Saldo e extratos atualmente podem ser obtidos por telefone ou mesmo num computador, sem a necessidade de atendimento por quem quer que seja. Pagamentos de contas e faturas também não são mais atividades exclusivamente desenvolvidas por entidades bancárias. Casas lotéricas e até supermercados fazem isso. Nesse contexto, não vinga a alegação que as atividades desenvolvidas no curso do contrato de trabalho estão diretamente ligadas ao objeto social do [banco]”.