

TERCEIRIZAÇÃO A SOLUÇÃO JURÍDICA JAPONESA^(*)

JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA^(**)

I — Perfil Econômico do Japão

O Japão é um dos países mais desenvolvidos da atualidade, apesar da tragédia que foi para ele a 2ª Grande Guerra Mundial, da qual saiu como nação vencida e arrasada.

Na verdade, pode-se afirmar que é um dos países (a Alemanha foi o outro) que perderam a guerra mas ganharam a paz.

Com efeito, conforme revela livro recente do Prof. JOSÉ PASTORE, da Universidade de São Paulo⁽¹⁾, editado pela OIT, o Japão vive uma situação econômica privilegiada em relação a muitos outros países, inclusive do primeiro mundo e do próprio Grupo dos Sete, pois, ao invés de dívida externa, tem um superavit quase igual a US\$ 120 bilhões. Com uma população de 125 milhões de habitantes, seu PIB é de cerca de US\$ 3 trilhões, sua renda per capita é de US\$ 23.500. Na década passada (anos 80), o crescimento de sua economia foi de 4% ao ano, percentual elevado para 5,2% em 1990, caindo para 4,4% em 1991⁽²⁾, queda que se acentuou em 1992 e no ano corrente, o que tem sido motivo de grande apreensão para aquele país. No ano de 1991, o Japão importou US\$ 236,6 bilhões, sendo 23,1% com energia, 21,3% com alimentação, o que revela sua grande dependência externa, e exportou US\$ 314,8 bilhões, sendo seus principais fornecedores ou clientes os Estados Unidos e a Comunidade Econômica Européia⁽³⁾.

Com um parque industrial constituído por mais de 400 mil empresas, seus trabalhadores, em número superior a 63 milhões de pessoas em 1990, praticam um

(*) Exposição feita no 1º Painel do Congresso Comemorativo do Cinquentenário da CLT, realizado em Brasília, em 28.10.93, sobre o tema "Contrato Realidade e a Terceirização", com a participação dos Ministros Vantuil Abdala, Armando de Brão, Ursulino Santos, Leonaldo Silva e José Ajuricaba da Costa e Silva, sob a presidência deste.

(**) Ministro Vice-Presidente do TST. Professor Aposentado da UFPE.

(1) PASTORE, José. "Relações do Trabalho no Japão", São Paulo, OIT/IBCB, 1993, pág. 3.

(2) In "Japanese Working Life Profile", 1992-93, ed. do "Japan Institute of Labor", 1992, pág. 8.

(3) In "O Mundo Hoje/1993", São Paulo, 1993, pág. 73.

relacionamento geralmente harmonioso com os empregadores desde os anos 60, quando o sistema atual, de cooperação e parceria, substituiu o desgastante, improdutivo e pouco inteligente sistema de confronto que o precedeu⁽⁴⁾.

II — A Terceirização no Japão

Nesse país, cuja situação econômica é realmente invejável em comparação com a do Brasil, o fenômeno da utilização da mão-de-obra de uma empresa por outra, mais conhecido por subcontratação da mão-de-obra ou terceirização, é uma realidade, conforme revela o já citado JOSÉ PASTORE, em seu trabalho sobre as relações trabalhistas no Japão, *in verbis*⁽⁵⁾:

"A subcontratação e a terceirização são praticadas em larga escala no Japão. Os sindicatos japoneses não se opõem a isso. Eles entendem que esse sistema maximiza resultados para a empresa e, por isso, é bom. No setor siderúrgico, a proporção de trabalhadores subcontratados em relação ao total do setor é de 45%. Em algumas usinas mais modernas, esse número chega a 80%! No setor naval, igualmente, a subcontratação atinge cerca de 33% dos trabalhadores.

O mesmo ocorre nos setores químico e da construção. Os trabalhadores subcontratados do setor siderúrgico têm seu próprio sindicato embora, em vários outros setores, eles não estejam organizados. Há muitos trabalhadores que se aposentam nas grandes empresas e vão trabalhar como subcontratados nas mesmas."

III — A Legalização da Subcontratação no Japão

KAZUO SUGENO, professor de Direito do Trabalho da Universidade de Tokyo, autor de um alentado livro sobre o Direito do Trabalho Japonês⁽⁶⁾, traduzido para o inglês, aprecia a matéria na Seção 3 — Relações Trabalhistas Atípicas, Subseção 3 — "Trabalhadores que não são da Empresa, prestando serviços no local de trabalho", dizendo, em resumo, o que se segue:

Muitas empresas utilizam trabalhadores que são fornecidos por outras empresas, atribuindo-lhes uma variedade de tarefas em seus estabelecimentos. Os trabalhadores que são assim recebidos de outras empresas para completar a mão-de-obra de um empregador podem ser denominados de "trabalhadores extra-empresa". No passado, em razão da proibição das empresas fornecedoras de mão-de-obra, a utilização desses trabalhadores só era possível sob a forma de um contrato com outra empresa para executar trabalhos na própria empresa de que eram empregados. Exigia-se, rigorosamente, que a empresa tomadora não exercesse nenhuma gestão ou supervisão desse trabalho. Mais recentemente, porém, dada a tendência para a especialização do trabalho e para a contratação de serviços ou encomendas fora da empresa, aconteceu um aumento considerável do número de empresas com traba-

(4) PASTORE, José, *op. cit.*, pág. 21.

(5) PASTORE, José, *op. cit.*, págs. 32/33.

(6) SUGENO, Kazuo, "Japanese Labor Law", traduzido para o inglês por Leo Kanowitz, "University of Washington Press", Seattle & London, 1992.

lhadores especializados destinados à subcontratação. Como consequência da necessidade, logo sentida, de estabelecer controles legais para proteção desses trabalhadores, em 1985 foi sancionada a "Lei do Trabalhador Subcontratado" (*Worker Dispatching Law*), que trouxe o reconhecimento legal do trabalhador subcontratado e da empresa engajada em tal subcontratação; por essa lei, uma empresa que utiliza seus próprios empregados pode, com base num contrato de fornecimento de mão-de-obra, mandar esses trabalhadores prestarem serviços em outra empresa⁽⁷⁾.

Por aí se vê que, enquanto no Japão se abandonava a proibição legal da subcontratação de mão-de-obra para se adotar seu reconhecimento legal, um ano depois, no Brasil, uma decisão proferida em 4.9.86, pelo Tribunal Superior do Trabalho, aprovou o famoso Enunciado n. 256, que assentou uma orientação jurisprudencial exatamente em sentido contrário, tomando praticamente ilegal a atividade das chamadas empresas prestadoras de serviço, que se dedicam à subcontratação da mão-de-obra.

Segundo o já citado jurista japonês, os trabalhadores extraquadro podem ser divididos em dois grupos: o dos *contract workers*, que são mandados para executar, sob a direção e fiscalização da própria empresa "fornecedora", uma determinada tarefa numa outra empresa, tomadora dos seus serviços, em cumprimento de um "contrato para trabalho" e o dos *dispatched workers*, os quais, em decorrência de um *worker dispatch contract*, ficam sujeitos à direção e supervisão da empresa tomadora dos serviços.

O "contrato para trabalho" é aquele pelo qual uma determinada empresa, dita tomadora (*trustee enterprise*) contrata com outra empresa, dita fornecedora (*truster enterprise*), a execução pela última de determinado trabalho da primeira. Para cumprimento desta modalidade de contrato, a fornecedora de serviços dirige e supervisiona o trabalho de seus empregados no estabelecimento da empresa tomadora. Neste contrato, o vínculo obrigacional se estabelece entre a empresa fornecedora e a tomadora de serviços e os trabalhadores são, apenas, "nominalmente" empregados pela empresa tomadora e, como consequência, a única parte responsável sob a *Labor Standard Law* (a CLT dos japoneses) e outras leis de proteção ao trabalho é, geralmente, a empresa fornecedora, nenhuma obrigação sendo atribuída à empresa tomadora, com exceção, apenas, do dever de garantir a segurança no local de trabalho.

Já no caso dos *dispatched workers*, os trabalhadores são empregados por uma empresa para serem utilizados no trabalho de outras e nos locais de trabalho destas, durante um certo período de tempo, ficando porém sob a direção e fiscalização da última, isto é, da empresa tomadora, mantendo, porém, o vínculo de emprego exclusivamente com a empresa fornecedora⁽⁸⁾.

A *Worker Dispatching Law*, de 1985, teve como objetivos básicos os seguintes:

a) prevenir a exploração dos trabalhadores pelas empresas fornecedoras de mão-de-obra; b) regulamentar as condições de trabalho de tais empregados; c) de-

(7) SUGENO, Kazuo, op. cit., pág. 164.

(8) SUGENO, Kazuo, op. cit., págs. 164/165.

terminar quem é responsável pelo cumprimento das leis de proteção ao trabalho; d) evitar que as empresas fornecedoras desses trabalhadores concorressem para a erosão dos empregos regulares, sujeitos a regimes de trabalho vitalício.

A mencionada lei exclui algumas atividades, como o transporte portuário e a construção, da lista daquelas que podem ser exploradas por empresas fornecedoras de trabalhadores, estabelecendo sanções penais para as que desobedecerem tal proibição. Por outro lado, prevê que a exploração de uma empresa dessa natureza deve ser autorizada pelo Ministro do Trabalho, mediante licença especial, que poderá ser revogada se a empresa viola as determinações ou qualquer das condições estabelecidas para concessão de licença. A desqualificação da empresa fornecedora de mão-de-obra poderá acarretar o seu fechamento. Outras disposições da *Worker Dispatching Law* estabelecem quais os elementos que deve conter o *Worker Dispatch Contract*, tais como a descrição do trabalho que será executado pelos trabalhadores, o local do trabalho, matérias relativas à pessoa que dirigirá diretamente os serviços, o período de duração do contrato, dias em que o trabalho deve ser prestado, horário de entrada e saída do serviço, matérias sobre higiene e segurança do trabalho, número de trabalhadores fornecidos, proibição da recusa de trabalhador pela empresa tomadora por motivo de nacionalidade, crença, sexo, status social ou exercício de atividade sindical, etc.⁽⁹⁾.

A lei também prescreve quais são as obrigações básicas das empresas fornecedoras de mão-de-obra, seus deveres específicos, os deveres básicos da empresa tomadora de serviços e a aplicabilidade das leis gerais de proteção ao trabalho aos trabalhadores fornecidos por essas empresas.

O "trabalhador subcontratado" fica subordinado às ordens da empresa cliente e presta seus serviços no local de trabalho deste. Entretanto, se o fornecimento da mão-de-obra for feito em conformidade com a lei regulamentadora dessa atividade, não haverá contrato entre o trabalhador e a empresa cliente. Esta deve apenas tomar as medidas específicas exigidas pela lei para que haja um verdadeiro contrato de fornecimento de mão-de-obra.

IV — Conclusão

Essa é a experiência japonesa da terceirização e de sua legalização, segundo o citado jurista.

Embora as condições econômicas e sociais do Brasil e do Japão sejam bastante diversas, creio que o conhecimento da evolução jurídica do problema naquele país, atualmente tão em evidência, pode ser útil para o enfrentamento da questão em nossa pátria, onde se passou da ausência total de regulamentação legal da terceirização, para a sua quase proibição através da jurisprudência sumulada do TST, aprovada, como já dito, em setembro de 1986.

Vale salientar que, na mesma época, o lúcido Ministro do Trabalho do Governo Sarney e hoje Ministro do TST, ALMIR PAZZIANOTTO PINTO, batia-se justamente pela legalização e disciplinamento dessa atividade empresarial, tendo chegado a encaminhar à Câmara dos Deputados, através da Mensagem n. 472, de 21.8.86, o Projeto de Lei n. 8.174/86, que disciplinava "o funcionamento das empresas de pres-

(9) SUGENO, Kazuo, op. cit., págs. 167/168.

tação de serviços a terceiro", o que evidencia, mais ainda, a precipitação, data venia, daquela Súmula de jurisprudência, que tem efeito vinculante.

Esse Enunciado de Súmula, porém, nesses sete anos de sua vigência⁽¹⁰⁾, embora tenha dificultado a vida das empresas de prestação de serviços, não conseguiu fazê-las desaparecer, o que, a meu ver, prova estar contra a realidade da vida e dos fatos, impondo-se sua urgente revogação para, a exemplo do que aconteceu no país oriental, ser substituída por um disciplinamento legal, ainda que rigoroso, da subcontratação de mão-de-obra. Para tanto já existe, pelo menos, o já citado Projeto de Lei, que pode vir a ser aperfeiçoado, contanto que se abandone a posição irrealista do Enunciado de Súmula n. 256, do TST. De se salientar, ainda, que a Procuradoria Geral do Trabalho, através de expediente encaminhado ao Presidente do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, protocolado sob o n. 31.606/93.4, requereu, em 6.10.93, a revisão parcial do referido Enunciado, para excepcionar de sua incidência "as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional".

É de um famoso jurista romano a frase lapidar **JUS EX FACTI ORITUR**, que se traduz por "O DIREITO NASCE DOS FATOS", ou seja, são os fatos que fazem surgir o direito e não o contrário. Ora, a Súmula n. 256, do TST, em que pesem os bons propósitos dos seus elaboradores e defensores é uma norma que surgiu contra a realidade dos fatos, a da moderna subcontratação do trabalho. Portanto, não deve subsistir por muito tempo.

(10) A Súmula n. 256 foi aprovada pela Resolução Administrativa n. 4/86, de 4.9.86.