

ASPECTOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DOS BRASILEIROS NO JAPÃO

WALKÜRE LOPES RIBEIRO DA SILVA^(*)

1. O FENÔMENO DEKASSEGUI

Nos anos 80 descendentes de japoneses de 1ª geração foram trabalhar no Japão em decorrência da recessão econômica no Brasil.

O fluxo dos trabalhadores brasileiros de origem japonesa foi facilitado pela reforma da Lei do Controle de Imigração promovida em 1989 e vigente desde 1990, a qual concedeu aos descendentes de 2ª geração o *status* de cônjuge ou parente de japoneses e, para seus cônjuge e filhos, a condição de "residente permanente" com vistas à estadia no Japão. De outro lado, foram eliminadas as restrições para trabalhar no país.

A reforma da Lei do Controle de Imigração de 1989 abriu caminho para o aliciamento dos descendentes de 2ª e 3ª geração, por meio das Associações de Província existentes no Brasil e de intermediários particulares brasileiros. Como relata *Maria Editeuza Fontenele Reis*, em pesquisa realizada no Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, esses últimos não assumem a forma de empresa fornecedora de mão-de-obra, mas de agência de turismo ou de passagem, e encarregam-se de fazer os contatos no Japão e arcar com as despesas de viagem, em troca do pagamento de seus serviços depois que o trabalhador é contratado no local de destino. Têm sido constantes as denúncias de cobrança de valores abusivos, bem como de condições diversas daquelas anunciadas no Brasil, mas os intermediários particulares são difíceis de ser fiscalizados, pois apresentam-se como agências que financiam a viagem às pessoas que não dispõem de recursos próprios para tal fim e formalmente nada os vincula aos contratos celebrados com as empresas japonesas.⁽¹⁾

Se há problemas no aliciamento da mão-de-obra no Brasil, observa-se que a situação agrava-se quando os trabalhadores chegam ao Japão.

(*) Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) Reis, Maria Editeuza Fontenele. "Brasileiros no Japão: o eto humano das relações bilaterais". Trad. para o japonês Masato Ninomiya. São Paulo: Kaleidus-Primus, 2001, pág. 77.

Muitos não conhecem a língua japonesa ou conhecem-na de modo insuficiente, o que dificulta a comunicação. Porém, o maior problema que esses trabalhadores enfrentam é, sem dúvida, a intermediação da contratação pelas chamadas empreiteiras, embora faís empresas na maior parte das vezes não atuem na construção civil, mas em outros setores de atividade, sobretudo nas indústrias manufatureiras, em desacordo com o que dispõe a legislação japonesa, como será analisado no próximo item.

Portanto, salvo exceções, os trabalhadores *nikkeis* brasileiros têm sido contratados ilegalmente e desse fato decorrem seus principais problemas: por contrariar a lei, esses contratados não são amparados seja pela legislação trabalhista seja pela legislação civil, para fins de pagamento de remuneração, de seguro-saúde, de proteção contra acidentes de trabalho e dispensa etc.

Atualmente, residem no Japão aproximadamente 265.000 brasileiros de origem japonesa. Após o fim da "bolha econômica" na metade dos anos 90, com a falência e a reestruturação de muitas empresas, o fluxo de brasileiros não diminuiu de forma expressiva, apontando para a permanência do fenômeno. Talvez a própria crise econômica brasileira, na esteira de sucessivas crises internacionais, tenha contribuído para manter o fluxo de trabalhadores ao Japão.

Diante desse cenário, o Prof. *Kazuaki Tezuka* critica com razão a idéia sustentada desde os anos 80 por muitos empresários e até por alguns acadêmicos japoneses, de que os *dekasseguis* prestariam trabalho por 2 ou 3 anos e serviriam para suprir a escassez de mão-de-obra, dispensando maior preocupação sob o ponto de vista legal. Na realidade, em virtude da renovação de contratos, muitos *dekasseguis* tornaram-se residentes de longa duração, com cônjuge e filhos, o que originou necessidades de moradia, educação para os filhos, aprendizado da língua etc., além de evidenciar a ausência de proteção trabalhista e previdenciária.⁽²⁾

2. INSERÇÃO DO TRABALHADOR BRASILEIRO NO MODELO LABORAL JAPONÊS

2.1. Sistema de contratação vitalícia

Sem dúvida, o sistema de contratação vitalícia aparece como o elemento mais marcante do modelo laboral japonês, havendo sido objeto de estudo também em países ocidentais.

Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Masato Ninomiya* e *Aurea Christine Tanaka* expli-

(2) Anotações feitas durante a exposição do Prof. *Kazuaki Tezuka* sobre "A situação dos trabalhadores brasileiros no Japão do ponto de vista do direito do trabalho", na sessão realizada em 26 de agosto de 2002 e dedicada ao tema "Aspectos jurídicos das relações de trabalho", no Simpósio Internacional de Direito Comparado: Trabalhadores Brasileiros no Japão, coordenado pelo Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão (IDCBJ).

cam que a origem desse sistema de contratação remonta ao período de crescimento econômico, a partir do final dos anos 40 até a metade dos anos 60, em função da escassez de mão-de-obra qualificada, quando se passou a contratar recém-formados, para capacitá-los ao longo do tempo e despertar um sentimento de lealdade em relação à empresa, de modo a nela permanecerem praticamente toda a sua vida útil, até a idade de se aposentar.⁽³⁾

Susumu Watanabe informa que o pilar básico do modelo japonês são os *tanôkôs*, trabalhadores multifuncionais com qualificações diversificadas, e a palavra-chave é "flexibilidade", o que é assegurado pelo trabalho em equipe; como apontou *Taiichi Ono*, os *tanôkôs* desempenham papel decisivo na redução do número de trabalhadores e na adaptação dos insumos de trabalho às necessidades produtivas segundo a flutuação do mercado. Quanto a esse último aspecto, o ajuste é facilitado pela capacidade dos *tanôkôs* de efetuar múltiplas tarefas, mediante o aumento ou redução do número de operários e limitação ou ampliação do número de tarefas ao sabor da demanda do produto.⁽⁴⁾

Contudo, o custo do sistema de contratação vitalícia tornou-se elevado, devido aos investimentos em capacitação e aos salários. No segundo pós-guerra, os salários não eram muito altos porque a maioria dos trabalhadores estava no início da carreira. Além do fator econômico, *Masato Ninomiya* e *Aurea Christine Tanaka* lembram o fator cultural: a influência dos Estados Unidos da América após a guerra, com a difusão de valores individualistas, e o desejo dos trabalhadores de serem promovidos por mérito e não por tempo de serviço, bem como de aplicar conhecimentos específicos adquiridos durante sua formação profissional.⁽⁵⁾

É inegável que o sistema de contratação vitalícia tem sofrido profundas transformações a partir do final dos anos 70, com a implantação da microeletrônica e outras inovações tecnológicas. De um lado, postos de trabalho tradicionais foram convertidos em outros que não exigem qualificação. De outro lado, as empresas japonesas passaram a utilizar três elementos externos na produção: 1) a contratação de trabalhadores não vitalícios (temporários, em tempo parcial); 2) a subcontratação de vários níveis no contexto de relações comerciais marcadas pela cooperação; 3) fornecimento de serviços externos para atender a necessidades técnicas especializadas e para não contratar diretamente determinados tipos de trabalhadores.⁽⁶⁾

À vista do exposto, há quem aponte a declínio inevitável do sistema de contratação vitalícia e até seu desaparecimento no futuro. Para *Susumu Watanabe*, a extinção desse sistema foi objeto de intenso debate sobre-

(3) *Ninomiya, Masato; Tanaka, Aurea Christine*. "Uma visão sobre o direito do trabalho no Japão". *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 94, pág. 170, 1999.

(4) *Watanabe, Susumu*. "Presente y futuro del modelo japonés de trabajo, contratación y salarios". *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 119, n. 3, págs. 339-340; 348, 2000.

(5) *Ninomiya, Masato; Tanaka, Aurea Christine*. *Op. cit.*, págs. 170-171.

(6) *Watanabe, Susumu*. *Op. cit.*, págs. 354, 342-343.

do entre 1998 e 1999, em virtude do crescimento da taxa de desemprego, do aumento espetacular das aposentadorias antecipadas e das dispensas decorrentes das falências e reestruturação de empresas. Porém, a seu ver, não se distinguiu as tendências tradicionais do mercado dos efeitos de curto prazo de medidas de ajuste adotadas em virtude do fim da "bolha econômica" e das novas Normas Internacionais de Contabilidade.⁽⁷⁾

Com efeito, os *tanôkôs* mostram-se ainda mais úteis em períodos de crise pois, como foi anteriormente apontado, são essenciais na adaptação dos insumos de trabalho às necessidades produtivas segundo a flutuação do mercado. Eles compõem o núcleo central da empresa, com qualificação suficiente para fazer frente aos avanços da técnica e tecnologia e às exigências da demanda de bens e serviços. Já os trabalhadores não vitalícios executam sobretudo tarefas que exigem pouca ou nenhuma qualificação e satisfazem à necessidade de reduzir os custos laborais e de atender à elevação temporária da demanda.

Tal quadro não é típico do Japão. Em todo o mundo, empresas têm promovido a chamada modernização produtiva para enfrentar as novas condições de concorrência no mercado internacional, geradas pela globalização, recorrendo a dois grupos de trabalhadores cujas características foram magistralmente descritas por André Gorz e encontram correspondência com o exposto no parágrafo anterior: "o núcleo estável do pessoal da empresa deve ter uma flexibilidade funcional; a mão-de-obra periférica, por seu lado, deve apresentar uma flexibilidade numérica. Em outros termos, ao redor de um núcleo de trabalhadores estáveis, apresentando um amplo leque de qualificações, flutua uma mão-de-obra periférica, de qualificações menores e mais limitadas, submetida ao acaso da conjuntura".⁽⁸⁾

Portanto, certamente não desaparecerá o sistema de contratação vitalícia no Japão. Cabe indagar se os trabalhadores brasileiros poderiam ser inseridos nesse sistema. Devido à baixa qualificação apresentada pela maioria dos que se tornam *dekasseguis*, conclui-se que só por exceção isso ocorre. Na realidade, a maior parte compõe a mão-de-obra periférica da empresa e sequer se enquadra no sistema de contratação indireta de trabalhadores, como se verá a seguir.

2.2. Sistema de contratação indireta

Ao lado do sistema de contratação vitalícia, no qual a empresa celebra contrato de trabalho com o trabalhador, há um sistema de contratação indireta, no qual se forma uma relação triangular entre a empresa tomadora de serviços, a empresa fornecedora e o trabalhador. Trata-se da figura da terceirização (*outsourcing*).

Em 1985 foi aprovada a Lei de Alocação de Mão-de-Obra após intenso debate, havendo sido autorizado o fornecimento de mão-de-obra em

(7) *Id. Ibid.*, págs. 356; 339.

(8) Gorz, André. "Métamorphoses du travail: critique de la raison économique". Paris: Éd. Galilée, 1991, pág. 89.

dezoito setores de atividade para execução de serviços especializados. Como expôs o Prof. *Masao Ikeda*, o principal problema enfrentado pelos trabalhadores brasileiros no Japão reside no fato de que são contratados de forma ilícita, pois a grande maioria presta serviços em indústrias manufatureiras, onde está proibida a terceirização. Como a legislação de 1985 foi reformada em 1999, havendo sido prevista nova reforma no prazo de três anos, agora é o momento oportuno para revogar tal proibição.⁽⁹⁾

O Prof. *Masao Ikeda* também explicou que o artigo 4 da regulamentação da Lei de Estabilização do Trabalho estabelece quatro condições a serem cumpridas pelo empreendedor para a licitude do fornecimento de mão-de-obra: 1) deve arcar com todas as obrigações, financeiras e jurídicas, relativamente ao término da atividade; 2) deve dar instruções e supervisionar os trabalhadores que executarão o serviço; 3) deve assumir a responsabilidade jurídica de empregador em relação ao trabalhador contratado; 4) deve fornecer aparelhos, instalação, instrumentos ou ingredientes e materiais necessários para a realização de trabalho que requer projeto ou experiência específica, não sendo aceita a oferta de trabalho meramente braçal.⁽¹⁰⁾

Uma vez que a maioria dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros celebra contrato com empreiteiras que não cumprem as quatro condições supracitadas, essas não assumem a responsabilidade como empregador. Tampouco a empresa tomadora de serviços o faz, de modo que em caso de inadimplemento esses trabalhadores não recebem as verbas devidas.⁽¹¹⁾

Um problema suplementar diz respeito ao fato de que — mesmo admitido o fornecimento de mão-de-obra em indústrias manufatureiras — há muitas empreiteiras sem a necessária estrutura para assegurar os direitos trabalhistas enquanto empregador. Desse modo, mesmo celebrando um contrato lícito, os trabalhadores continuariam desprotegidos.⁽¹²⁾

Para resolver esse problema, é preciso prever a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, o que já foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, embora a legislação em matéria de terceirização não seja tão abrangente quanto a japonesa e projeto de lei nesse sentido ainda esteja em tramitação no Congresso Nacional. Contudo, a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta corte trabalhista, procurou enfrentar a questão da responsabilidade jurídica pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, como será analisado no próximo item.

Enfim, deve ser lembrada crítica formulada pelo Prof. *Kazuaki Tezuka*: a fiscalização das atividades das empresas que enviam os trabalhadores a

(9) Anotações feitas durante a apresentação do Prof. *Masao Ikeda* sobre "Questões jurídicas ligadas a contratos de fornecimento de mão-de-obra", na sessão realizada em 26 de agosto de 2002 e dedicada ao tema "Aspectos jurídicos das relações de trabalho", no Simpósio Internacional de Direito Comparado: Trabalhadores Brasileiros no Japão, coordenado pelo Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão (IDCBJ).

(10) *Id. ibid.*

(11) *Id. ibid.*

(12) *Id. ibid.*

outras empresas por parte do Ministério do Bem-Estar Social e do Trabalho tem se mostrado deficiente. Sem dúvida, a reforma da Lei de Alocação de Mão-de-Obra não resolverá por si só os problemas dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros no Japão. Só uma fiscalização eficiente pode inibir a atuação de empresas não idôneas.⁽¹³⁾

Segundo relata o jornalista *Masayuki Fukasawa*, que conviveu durante algum tempo com a comunidade brasileira em Oizumi e escreveu livro premiado no Brasil e no Japão sobre sua experiência como *dekasegui*, muitas empreiteiras adotam práticas ilegais e cruéis, como a retenção dos passaportes dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros como garantia até a quitação dos custos de viagem; descontos salariais de até 50%; cobrança de valores muito elevados pelo aluguel da moradia, pelos serviços de solicitação ou alteração de visto e por uniformes de trabalho; rescisão do contrato sem aviso prévio, mediante comunicação na data da efetiva ruptura. Além disso, as empreiteiras disputam essa mão-de-obra entre si e muitos *nikkeis* brasileiros mudam várias vezes de empreiteira para fugir dos maus-tratos e conseguir melhores condições de trabalho. Isso gera benefícios para intermediários sem capital que aliciam *nikkeis* brasileiros que já estão no Japão, pois começam a ter lucros no mês seguinte, mas causa transtornos àquela empreiteira que perdeu os seus contratados, pois deixa de receber rapidamente os valores de dezenas de passagens aéreas (o pagamento só é feito quando o trabalhador precisa do passaporte para voltar ao Brasil ou alterar o visto) e deve fazer frente às reclamações da empresa contratante. O trabalhador dificilmente obtém melhorias, pois tem que mudar de casa e até de cidade, perde o contato com as pessoas que conhecia e muitas vezes as condições são piores do que as anteriores.⁽¹⁴⁾

A nosso ver, a responsabilidade subsidiária e a fiscalização são medidas que se complementam com vistas à proteção dos trabalhadores: a primeira leva as empresas tomadoras de serviços a escolherem com mais cuidado as empresas fornecedoras, pois não desejarão responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações dessas; a segunda ajuda a organizar o mercado de trabalho, afastando empresas fornecedoras de serviços que não tenham a necessária estrutura organizacional ou apenas visem a exploração da mão-de-obra barata.

O Prof. *Kazuaki Tezuka* tem razão ao afirmar que o contrato de trabalho dos *nikkeis* brasileiros deveria ser firmado diretamente com o empregador. Porém, com a perspectiva de reforma da Lei de Alocação de Mão-de-Obra, associada às novas condições de concorrência no mercado internacional, verifica-se que a terceirização é uma realidade também para os trabalhadores japoneses. Na verdade, a forma de contratação — direta ou indireta — não é o ponto central do problema, uma vez que as duas modalidades são praticadas no Japão sem desrespeitar os direitos dos trabalhadores nacionais. O Prof. *Masao Ikeda* esclarece que a reforma legal de

(13) Anotações feitas durante a exposição do Prof. *Kazuaki Tezuka*...

(14) *Fukasawa, Masayuki*. "Um mundo paralelo: a vida da comunidade brasileira em Oizumi, Japão". Trad. de Jefferson José Teixeira. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002, págs. 104-109.

1999 aumentou a proteção dos trabalhadores subcontratados, com destaque para a prevenção da resolução antecipada do contrato e o reforço da responsabilidade da empresa.⁽¹⁵⁾

É necessário dispensar o mesmo tratamento a japoneses e estrangeiros nas relações de trabalho, de modo que seria melhor autorizar o fornecimento de mão-de-obra nas indústrias manufatureiras e estabelecer a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora com vistas a dois objetivos: inserir os trabalhadores *nikkeis* brasileiros no campo de aplicação da Lei de Alocação de Mão-de-Obra e aperfeiçoar a legislação japonesa, pois a segunda medida beneficia a todos e coíbe a inadimplência, embora os trabalhadores japoneses estejam mais preparados para avaliar as empresas contratantes e certamente correm menos riscos do que os estrangeiros.

Adotar as medidas supracitadas é essencial para assegurar a igualdade de trato, princípio cuja centralidade em qualquer ordenamento jurídico deve-se à ascensão e difusão do conceito de direitos humanos.

3. A TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROBLEMÁTICA DA SOLIDARIEDADE SUBSIDIÁRIA

O direito do trabalho afirmou-se no Brasil ao longo do século XX, embora algumas poucas leis tenham sido aprovadas no século XIX, uma vez que apenas no final desse último foi abolida a escravidão, por meio da chamada Lei Áurea, de 13 de maio de 1889, a qual foi considerada por *Mozart Victor Russomano* como a lei trabalhista mais importante já promulgada no país. De fato, no período anterior predominava a mão-de-obra escrava, o que não favorecia o desenvolvimento do direito do trabalho.⁽¹⁶⁾

O princípio da continuidade que, ao lado dos princípios de proteção e da irrenunciabilidade, constitui o núcleo sobre o qual se edificou o direito do trabalho, justifica a preferência pelo contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Porém, sempre foi previsto o contrato de trabalho por prazo determinado, embora como exceção à regra. *Alice Monteiro de Barros* narra que, em virtude de sua utilização abusiva, esse tipo de contrato foi autorizado pelo Decreto-lei n. 229, de 1967, apenas quando seu objeto fosse de fato limitado no tempo. A partir de então "multiplicaram-se as empresas com o objetivo de fornecer mão-de-obra a outras empresas, para atividade permanente ou transitória, ora por intermédio de contrato de locação de serviços, ora via empreitada, fenômeno hoje denominado 'terceirização'".⁽¹⁷⁾

(15) Anotações feitas durante as exposições.

(16) *Russomano, Mozart Victor*. "Curso de direito do trabalho". Curitiba: Juruá, 1995, pág. 17.

(17) *Barros, Alice Monteiro de*. "A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho". *Trabalho & Processo*, São Paulo, n. 4, pág. 5, mar. 1995.

Nesse contexto foi aprovada a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que autorizou o trabalho temporário, definindo-o como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (artigo 2º). Também reconheceu a atividade da empresa de trabalho temporário, compreendida como “a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos”.

Portanto, a Lei n. 6.019 restringiu a duas hipóteses o trabalho temporário, procurando coibir sua utilização. Contudo, numerosos processos foram instaurados em virtude da violação dos dispositivos legais (trabalho além do prazo ou para atender a necessidade permanente da empresa) ou fraude (contrato com a empresa fornecedora de mão-de-obra celebrado para evitar relação de emprego).

A apreciação desses processos levou à edição em 1986 do Enunciado de Súmula n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho, que admitiu a contratação de trabalhadores por empresa interposta apenas nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância e considerou formado o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços nos demais casos.

Comparando o Japão e o Brasil, José Ajuricaba da Costa e Silva ressaltava que enquanto no primeiro promovia-se o reconhecimento legal da terceirização (*Working dispatching law*, de 1985), no segundo foi asentada “orientação jurisprudencial exatamente em sentido contrário, tornando praticamente ilegal a atividade das chamadas empresas prestadoras de serviço”.⁽¹⁸⁾

O Enunciado n. 256 do TST referiu-se a serviço de vigilância para excluir o vínculo empregatício direto com o empregador porque em 1983 fora aprovada a Lei n. 7.102. Sergio Pinto Martins aponta que a lei surgiu da “necessidade de os estabelecimentos bancários terem vigilância especializada, em função dos assaltos a bancos, como medida de prevenção”. Por isso o artigo 1º veda o funcionamento de estabelecimento financeiro em que haja guarda de valores ou movimentação de numerário sem sistema de segurança aprovado pelo Banco Central do Brasil. Com o aumento da violência, a Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994, autorizou o exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; à entidade sem fins lucrativos e órgãos e empresas públicas.⁽¹⁹⁾

A prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores pode ser feita por empresa especializada, a qual contrata, como empregados, vigilantes aprovados em curso de formação autorizado pelo Ministério da Justiça, entre outros requisitos.

(18) Silva, José Ajuricaba da Costa e. “Terceirização: a solução jurídica japonesa”. LTr: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 58, n. 2, pág. 142, lev. 1994.

(19) Martins, Sergio Pinto. “A terceirização e o direito do trabalho”. São Paulo: Atlas, 2000, pág. 93.

Quanto ao Enunciado n. 256 do TST, que considerou ilegal a terceirização, salvo nos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância, foi objeto de crítica de numerosos doutrinadores. Nas candentes palavras de José Ajuricaba da Costa e Silva, "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".⁽²⁰⁾

Ainda não foi promovida a disciplina legal da terceirização, mas o Enunciado n. 256 do TST foi revisto em 1994 por meio do Enunciado n. 331, o qual é extenso, dividindo-se em quatro itens. O item I proíbe o *merchandise*, considerando ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, de modo que o vínculo empregatício forma-se diretamente com o tomador dos serviços, salvo se se tratar de trabalho temporário. O item II, por sua vez, considera irregular a contratação de trabalhador por empresa interposta no setor público, mas exclui a formação de vínculo empregatício com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, tendo à vista a exigência constitucional de concurso público. O item III amplia as hipóteses de terceirização ao determinar que não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços a contratação dos serviços de vigilância — já mencionados no Enunciado n. 256 —, 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.

Para diversos doutrinadores, em que pese a amplitude conferida pelo Enunciado n. 331 à terceirização, muitas vezes é difícil distinguir atividade-meio de atividade-fim. Luiz Carlos Amorim Robertella aponta que, com a difusão de novos métodos e tecnologias, atividades-fim podem converter-se em atividades-meio e vice-versa. Por isso, o que diferencia o simples intermediário de mão-de-obra do empresário que presta serviços a terceiros é a especialização do trabalho, a direção da atividade pelo prestador e sua idoneidade econômica.⁽²¹⁾

Também Vantuil Abdala entende que não há parâmetros bem definidos para o que seja atividade-meio e atividade-fim, podendo haver uma zona cinzenta entre ambas: "Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo, ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fá-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos".⁽²²⁾

(20) Silva, José Ajuricaba da Costa e. *Op. cit.*, pág. 143.

(21) Robertella, Luiz Carlos Amorim. "Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 21, pág. 34, jun. 1999.

(22) Abdala, Vantuil. "Terceirização: atividade-fim e atividade-meio — responsabilidade subsidiária do tomador de serviço". *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 60, n. 5, pág. 588, maio/1996.

Por fim, o item IV do Enunciado n. 331 trata da responsabilidade relativamente a débitos trabalhistas: "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo processual".

A teoria da responsabilidade foi desenvolvida no âmbito do direito civil. Segundo *Orlando Gomes*, "quem infringe um *dever jurídico* "lato sensu", causando dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo. A infração pode ser de *dever estabelecido numa relação jurídica ou na própria lei, ou no princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros, "alterum non laedere". (...) A responsabilidade do infrator classifica-se conforme a natureza da violação. Se preexiste vínculo obrigacional, chama-se responsabilidade contratual. Caso contrário, diz-se que é extracontratual ou aquiliana*".⁽²³⁾

Orlando Gomes esclarece ainda que responsabilidade contratual é uma denominação imprópria, pois gera "a falsa idéia de que se refere tão-somente ao inadimplemento culposo de obrigação assumida contratualmente. Compreende, no entanto, todos os casos de inexecução voluntária, seja qual for a fonte da obrigação".⁽²⁴⁾

A *responsabilidade extracontratual*, por sua vez, surge "da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica" e subdivide-se em duas espécies: a subjetiva, que se baseia na culpa em sentido amplo, que abrange o dolo, e a objetiva, que abstrai esse elemento na fundamentação do dever de indenizar. Essa última resulta de evolução doutrinária que apontou "a insuficiência da idéia de culpa para legitimar o dever de indenizar prejuízos dignos de reparação que, todavia, não resultam de atos ilícitos propriamente ditos".⁽²⁵⁾

A responsabilidade da empresa tomadora de serviços pelos débitos da empresa fornecedora relativos aos empregados dessa última que prestam serviços para ela é, sem dúvida, extracontratual.

Alguns fundamentam tal responsabilidade na culpa. *Sergio Pinto Martins* afirma que a mesma "decorre do fato de que o terceirizante tem culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ter escolhido mal seu parceiro, que é inidôneo, ou por não fiscalizá-lo quanto ao recolhimento das verbas trabalhistas de seus empregados".⁽²⁶⁾

Outros, como *Vantuil Abdala*, lembram o princípio de proteção ao trabalhador e a teoria do risco para explicar a responsabilidade "daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pelo subempregado".⁽²⁷⁾

(23) *Gomes, Orlando*. "Obrigações". Rio de Janeiro: Forense, 2000, pág. 153.

(24) *Id.*, *loc. cit.*

(25) *Id. Ibid.*, págs. 278-279.

(26) *Martins, Sergio Pinto*. "Contratos comerciais como forma de terceirização". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 21, pág. 45, jun. 1999.

(27) *Abdala, Vantuil*. *Op. cit.*, pág. 589.

A meu ver, as duas linhas de argumentação são válidas. Cabe acrescentar que tem sido objeto de debate se o Enunciado n. 331 do TST instituiu responsabilidade subsidiária ou solidária da empresa tomadora de serviços.

Sob a ótica da solidariedade passiva, o artigo 904 do Código Civil de 1916 dispõe que, nas obrigações solidárias, o credor tem o direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Tal noção foi mantida no Novo Código Civil (artigo 275). Cabe acrescentar que a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes (artigo 896, Código Civil de 1916; artigo 265, Novo Código Civil).

Diversa é a noção de responsabilidade subsidiária, cujo exemplo clássico é o contrato de fiança, pois tem caráter secundário e objetiva garantir a dívida principal, de modo que o fiador somente é chamado a pagar a dívida quando os bens do devedor mostram-se insuficientes.⁽²⁸⁾

Embora prevaleça na doutrina o entendimento de que o Enunciado n. 331 refere-se à responsabilidade subsidiária, há quem defenda que se trate de responsabilidade solidária, argumentando que na relação entre tomador e prestador poderia ser invocado, como na hipótese de fiança, o chamado "benefício de ordem" (art. 1.491, do CC), pelo qual o fiador tem direito a requerer que primeiro se executem os bens do devedor principal. Mas o benefício de ordem depende de iniciativa do fiador — parte no processo — e deve ser requerido, nos moldes do art. 1.491, do Código Civil, conforme lembra *Caio Mário da Silva Pereira*: "Demandado, tem o fiador o benefício de ordem, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo município, livre e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito..." Mesmo assim, essa hipótese não se configura no caso da terceirização, pois não há previsão legal expressa neste sentido e uma vez declarada a solidariedade o benefício de ordem se exclui, como regra". Sem dúvida a argumentação apresentada está bem fundamentada e merece ser considerada para fins de revisão do entendimento predominante.⁽²⁹⁾

A consagração da responsabilidade do tomador de serviços no Enunciado n. 331 deveu-se ao grande número de casos em que empresas prestadoras de serviços deixavam de satisfazer suas obrigações trabalhistas e os empregados não conseguiam obter em juízo o que lhes era devido. Como relata *Vantuil Abdala*, houve "um boom nesse tipo de atividade, com muitas pessoas aventureiras ou inescrupulosas criando empresas de prestação de serviço que não tinham condições de cumprir, ou, o que é pior, não

(28) *Rodrigues, Silvio*. "Contrato de fiança". In: *França, Rubens Limongi* (Coord.). "Enciclopédia Saraiva do Direito". São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 19, pág. 356.

(29) *Souto Maior, Jorge Luiz*. "Terceirização no processo do trabalho: legitimidade; condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros; implicações". *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, vol. 11, n. 131, pág. 15, maio/2000. O artigo 1.491 mencionado no texto diz respeito ao Código Civil de 1916, pois o trabalho foi publicado antes da vigência do novo Código.

cumpriam dolosamente suas obrigações trabalhistas; verdadeiras empresas fantasmas que apareciam e desapareciam, como que por milagre (do demônio naturalmente), para reabrirem acolá e novamente irem embora, como as pombas de Raimundo Correia vão-se dos pombeiros ao alvorecer".⁽³⁰⁾

Verifica-se, portanto, que tal responsabilidade foi estabelecida para levar as empresas tomadoras de serviços a contratar com mais cautela, o que repercute positivamente nas empresas fornecedoras, as quais são compelidas a agir corretamente para não verem minguar a clientela. Certamente, a experiência jurídica brasileira pode ser uma fonte de inspiração para o legislador japonês no tocante à responsabilidade pelos débitos decorrentes de relações de trabalho triangulares, no contexto da terceirização.

(30) *Abdala, Vantuil. Op. cit.,* pág. 589.