

Parecer

Tema: Terceirização

Consultante: Associação Brasileira de Software – ABES;
São Paulo

Introdução

São diversas as leis que imprimem a marca da legalidade ao fenômeno conhecido como terceirização. Desconheço, todavia, dispositivo que o considere ilegal.

Terceirização, segundo o “Novo Dicionário Michaelis”, expressa a idéia de “delegar, a trabalhadores não pertencentes ao quadro de funcionários de uma empresa, funções exercidas anteriormente por empregados da mesma empresa”¹. O “Dicionário Aurélio” não a registrou², tampouco o fez o conhecido “Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva”³

O “Dicionário Houaiss”, cuja primeira edição é de 2001, registra as palavras terceirista, terceirização, terceirizado, terceirizar e terceirizável. Para o termo **terceirização**, introduzido em nosso idioma em 1991, traz o sentido “de ato ou efeito de terceirizar” e, “forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração. Por metonímia, expressa a idéia de “contratação de terceiros por parte de uma empresa, para a realização de atividades ger. não essenciais, visando à

¹ Michaelis – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Ed. Cia. Melhoramentos de São Paulo. SP. 1998.

² Dicionário Aurélio. Ed. Nova Fronteira. RJ. 2ª edição revista e ampliada. 1986.

³ De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Ed. Forense. RJ. 11ª edição. 1989.



racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização de serviços.”

De acordo, ainda, com o Houaiss, “a prática desta medida administrativa surgiu nos EUA antes da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se a partir da dec. de 1950, e foi introduzida no Brasil pelas fábricas multinacionais de automóveis”.

Terceirizar é fenômeno recente, circunstância que justifica a ausência do vocábulo nos léxicos até a década de 1980. Trata-se, contudo, em linguagem moderna, de descendente da antiga modalidade especial de contrato batizada, no Código Civil de 1916, com o nome de **locação de serviços** (Arts. 1.216/1.236), e **crismada**, no atual, como **prestação de serviços** (Arts. 593/609).

Terceirização ou Contrato de Prestação de Serviços

A **terceirização** abrange ampla gama de contratos de prestação de **serviços, alguns, por sinal, conhecidos há anos, muito antes** que artificial polêmica envolvesse o tema.

O Código Civil de 1916, obra de Clóvis Bevilacqua, disciplinava a locação de serviços. Rezava o Art. 1.216 que,

“Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

Nas observações ao dispositivo, o civilista, natural de Viçosa do Ceará (1859-1944), (cuja vida é relatada no livro “Clóvis Bevilacqua – Um Senhor Brasileiro”¹), discorreu:

“Sob a denominação genérica de *locação de serviços (locatio onerarum)*, compreende o Código Civil uma grande variedade de prestações de trabalho humano. É o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante remuneração. Compreende várias espécies: o trabalho dos operários urbanos e rurais; dos artistas mecânicos e liberais; dos empregados do comércio e dos profissionais, como professores, médicos, advogados (abstraindo o mandato); a recuperação, a barcagem, a albergaria e outras. Em todos esses casos, há locação de atividades, de trabalho, de serviço. Na

¹ Cláudia Shubsky (organizadora). “Clóvis Bevilacqua - Um Senhor Brasileiro”. Editora Lettera Doc. SP 2010. 70

empreitada há, também, locação de serviços; mas de uma forma particular que o Código, mantendo a tradição, destacou em seção especial.⁵”

O Código em vigor (Lei nº 10.406/02), no Art. 593, admite, entre “Várias Espécies de Contratos” (Capítulo VII do Título VI do Livro I, ‘Do Direito das Obrigações’), o contrato de prestação de serviços. Prescreve o citado dispositivo:

“A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhista ou à lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Essa modalidade específica de contrato, segundo o mesmo Código, pode ser ajustado com empresário individual, assim definido, no Art. 966:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Ignorado no código anterior, o empresário, embora pessoa física, assume as características de ‘firma’, conforme se extrai dos dispositivos seguintes:

“Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

“Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I – o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II – a firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

III – o objeto e a sede da empresa.

§ 1º. Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público das Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos.

⁵ Clóvis Bevilacqua, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”. Livraria Francisco Alves. RJ. 1955. Décima Edição Atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. vol. IV. pág. 325

§ 2º. À margem da inscrição, e com todas as formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.

§ 3º. Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar o Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código (NR).

O empresário, a que se refere o Art. 966, é pessoa física dotada de ‘firma’, e inconfundível com a pessoa jurídica de direito privado, prevista no Título II, Capítulo único, sob a denominação de “sociedade” (Arts. 981 a 985).

A complexidade da economia contemporânea exige expansão do setor correspondente à prestação de serviços. A necessidade de satisfazer o mercado consumidor, **requer do empresário moderno que se concentre em torno daquilo que eleger como objetivo estratégico do negócio, e que se valha de ampla variedade de prestadores de serviços.** Evita, assim, a dispersão de energia em espaços, equipamentos e administração de mão-de-obra direta.

Bom exemplo de terceirização é a construção de grandes imóveis residenciais e comerciais. A tarefa fugiu das mãos de mestres-de-obras, pedreiros, ajudantes de pedreiros, encanadores, eletricitas, pintores, convertida numa espécie de linha de montagem organizada, coordenada e supervisionada pela empresa incorporadora. Corretores saem a campo para aquisição do terreno; alguém procede à demolição das casas e retirada do entulho; outro cuida da limpeza e terraplanagem; escritório de arquitetura imagina e desenha o prédio, outro, de engenharia, elabora os projetos executivos e um terceiro os cálculos estruturais; **prospecção do terreno, abertura de fundações, batimento de estacas e concretagem também ficarão por conta de terceiros; concluída a obra, a venda das unidades será divulgada por agência de publicidade, e efetivada por corretores autônomos.**

Passando ao setor de saúde, são de hoje as notícias de que o Município de São Paulo ampliou as parcerias com instituições privadas, destinadas ao aprimoramento dos serviços prestados por hospitais municipais.



No terreno do transporte, a administração e conservação das melhores rodovias acham-se entregues à iniciativa privada.

A coleta de lixo, em grandes e pequenas cidades, é terceirizada. As empresas coletoras, por sua vez, repassam serviços a cooperativas de catadores de lixo, as quais se tornaram geradoras de trabalho, em regime de cooperativa, para mão-de-obra desqualificada.

A indústria de confecção de vestuário deixou de ser oficina de costura. Antes de o produto ser colocado à venda, entram em ação desenhistas e modelistas, oficinas de confecção, produtores de embalagens, representantes, vendedores e agências de publicidade, todos, sem exceção, terceirizados. A marca pode ser X ou Y, mas fabricante é empresa desconhecida pelo consumidor, que se ocupa de uma das muitas etapas da fabricação e, quase que invariavelmente, a marca é mais forte do que **todos os demais** elos da cadeia produtiva. O mesmo processo será encontrado na indústria calçadista, responsável pelo desaparecimento do velho sapateiro.

Caso típico de terceirização é o da indústria de açúcar e álcool, pois remonta ao Brasil Colônia a dependência, pelos engenhos, da cana cultivada por fornecedores, ou lavradores que, como terceiros, arrendatários e parceiros, são contratados para **cultivo da matéria-prima**. Ver, nesse sentido, “**Cultura e Opulência do Brasil**”, obra clássica de Antonil⁶, e o não menos importante “**O Direito da Agro-Indústria Açucareira**”⁷, de Fernando Jungmann.⁸

A obsoleta fábrica de automóveis, que produzia do tecido que reveste os assentos, ao conjunto de transmissão e motor, como no caso do Modelo-T da Ford, **substituiu métodos próximos dos artesanais pela produção parcerizada e em escala, para se manter competitiva.**

Médios e grandes negócios terceirizam a contabilidade, a preparação da folha de pagamento, serviços jurídicos, publicidade, assistência médica, limpeza, fornecimento de refeições.

⁶ João Antonio Andreoni, ou André João Antonil. “**Cultura e Opulência do Brasil**”. Companhia Editora Nacional. SP. 1967.

⁷ Fernando Jungmann, “**O Direito da Agro-Indústria Açucareira**”, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1971

⁸ Sobre fornecedores de cana ver o Decreto-Lei nº. 3.855/1941, que instituiu o “**Estatuto da Lavoura Canavieira**”, e 6.696/1944, “**Que dispõe sobre os fornecedores de cana que lavram terra alheia**”.



Nem a morte escapou ao fenômeno, pois se multiplicam cemitérios terceirizados.

Os exemplos podem ser multiplicados, sem se atingir o fim, na clara indicação de que o sistema veio para ficar, porque, além de colaborar para o bom desempenho da administração pública, contribui para o desenvolvimento da economia e gera empregos.

Legislação

Além dos dispositivos citados, do Código Civil, outras normas legais tratam da terceirização.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, que “Dispõe sobre a organização da Administração Pública, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”, recepcionado pela Constituição de 1988, trata da terceirização no Art. 6º, III, com o nome “descentralização”.

Fixa o dispositivo:

“Art. 6º. As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I – Planejamento;
- II – Coordenação;
- III – Descentralização;
- IV – Delegação de competência;
- V - Controle.

Segundo o Art. 10, a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, e posta em prática em três planos principais, a saber:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Os §§ 2º e 7º do dispositivo, por sua vez, rezam:



“§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle”.

.....
“§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução”.

Execução indireta, com o objetivo de desafogar tarefas de planejamento, coordenação e controle, e evitar desnecessário crescimento da máquina administrativa, é terceirização, apontada como um dos cinco fundamentos da administração pública.

No setor das telecomunicações, segundo a Lei nº 9.472/1997 a Agência reguladora poderá conceder o direito de exploração dos serviços a terceiros, os quais, por sua vez, estão autorizados a utilizar máquinas, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam, a transferir, a outras empresas (quarteirizar) o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares, e a implementar projetos associados. Nesse sentido, os Arts. 83 e 94:

“Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências, necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

(.....)

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.



§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º. Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

A Lei nº 6.019/1974, que trata da execução de trabalho urbano temporário, assim considerado 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 serviço”, indica, mais uma vez, ser permitida o contrato de prestação de serviços por terceiros.

Não bastasse, desde 1983, temos a Lei nº 7.102, que “Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para a constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores e dá outras providências”.

A lei em questão veda o funcionamento de estabelecimento financeiro, onde houver guarda de valores e movimentação de numerário, sem a presença de sistema de segurança próprio, ou contratado com empresa especializada (Arts. 1º, 2º, 3º).

Ora, segurança pública é direito de todos e dever do Estado, segundo o art. 144 da Constituição. A notória impossibilidade de as instituições públicas de segurança conterem a violência, impôs a entrega de serviços de vigilância a empresas particulares. Vigilantes terceirizados estão presentes, também, nas instalações públicas, indústrias, casas comerciais e de espetáculos, cinemas, empresas de transporte coletivo, prédios e casas residenciais.

Já a Lei nº 8.666/1993, sobre licitações e contratos da administração pública, e a Lei 11.079, de 30 de dezembro de 1994, que trata de parcerias público-privadas (PPP), regulamentam a transferência de serviços inerentes à administração pública à empresas particulares.

No Estado de São Paulo as parcerias encontram-se regidas pela Lei nº 11.668/04. De acordo com a página eletrônica da Secretaria de Economia e Planejamento, “Na modalidade de PPP as empresas executam e operam projetos e são remuneradas pelo Estado em um prazo mínimo

de 5 e máximo de 35 anos, conforme estabelece a Lei Federal nº 11.079 de 30.12.2004. Para o governo paulista, o sucesso das concessões rodoviárias e da distribuição de gás natural criou um ambiente muito favorável para a implementação de Parcerias Público-Privadas no Estado. A nova Rodovia dos Imigrantes foi implantada em 32 meses, sem a participação de recursos públicos”. Segundo o mesmo portal, “Dentre outras áreas que apresentam potencial para projetos de PPP, destacam-se: saúde, saneamento, educação, presídios e governo eletrônico” (<http://www.planejamento.sp.gov.br> - 9/4/2008).

Grandes hospitais do Estado, como aqueles localizados na Vila Alpina, M’Boi Mirim e Santa Marcelina, na zona leste da Capital, não obstante pertençam à rede pública, foram transferidos para a administração particular, segundo os princípios fixados pelo Decreto-Lei 200.

No governo Fernando Henrique Cardoso foi baixado o Decreto nº 2.271/1997, sobre a contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e o Decreto nº 3.685/2001 “Estabelece requisitos para contratação de serviços de certificação digital pelos órgãos públicos federais e dá outras providências”.

A Resolução nº 3.110/2003, do Banco Central, alterada pela Resolução nº 3.156/2003, especifica, por sua vez, as atividades que os bancos e demais integrantes do sistema financeiro estão autorizados a terceirizar.

Por fim, temos na própria CLT normas sobre a prestação de serviços terceirizados, como se retira dos Arts. 34, 78, 652, *b*, 455, que reconhecem a validade do contrato de empreitada, prevendo-se a possibilidade da contratação do sub-empregado.

O Enunciado 331 do TST

A primeira resistência à utilização de trabalho terceirizado deu-se em 1986, com a edição da Súmula nº 256 pelo TST, dirigida aos serviços de limpeza e conservação. Dizia o antigo enunciado:

“Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis



ns. 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 de serviços”.

À Constituição de 1988 credita-se a revisão do verbete, pois, a teor do Art. 37, II, a investidura em empregos públicos tornou-se dependente de aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos.

Encerrava-se, pela Lei Maior, a permissão tomada pela Justiça do Trabalho de transportar, por força de sentença, vínculos de emprego de empresas privadas para estatais e sociedades de economia mista, como até então acontecia.

Depois de demorados debates entre Ministros, o Tribunal Superior do Trabalho convenceu-se de que a Súmula nº 256 estava superada, e encetou esforços na busca de texto capaz de acomodar duas correntes antagônicas; uma, conservadora, que insistia na ampla proibição; outra, liberal e atenta à realidade, convencida das novas exigências geradas pela economia.

Chegou-se, enfim, à Súmula nº 331, em torno da qual os Ministros se compuseram, com dupla expectativa: uma, no sentido de que o verbete aprovado resolveria os problemas gerados pela terceirização; a outra, na expectativa de que o Poder Legislativo se ocupasse do assunto e viesse a aprovar lei geral sobre a matéria.

Com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 121/2003, a Súmula 331 estabelece:

“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 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 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Não obstante se constitua numa espécie de versão modernizada e liberalizante da nº 256, a Súmula nº 331 repete a afirmação de que “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 n. 6.019, de 03.01.1974)”. O inciso III, por sua vez, admite não se formar vínculo de emprego no serviço de vigilância, regulado pela Lei nº 7.102/83, na terceirização “de conservação e limpeza, de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”.

São justificáveis os equívocos presentes no verbete, se considerarmos as condições sob as quais foi aprovado, como esforço de composição entre adeptos de correntes opostas.

Cuidadosamente examinada observa-se, porém, que a Súmula é vítima de mais de um senão. O primeiro consiste em dar a impressão de que dela parte a autorização para que se terceirizem serviços consentidos por lei, como se dá com o trabalho temporário e os serviços de vigilância. O segundo, resulta do texto contraditório, ou antinômico.

Tratando do fenômeno da antinomia, escreve Norberto Bobbio: “A situação das normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria e característica: *antinomia*”. Para Bobbio, que registra lição de Justiniano “o direito não tolera antinomias”. O jurista italiano define antinomia como “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”. Acrescenta, porém, o conhecido pensador que a definição não está completa, uma vez que, para haver antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas:



1) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento; 2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade”⁹.

De Plácido e Silva, no Vocabulário Jurídico, oferece, para a expressão antinomia, este significado:

“Antinomia. Palavra de origem grega (*antinomos*), é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação.

Ocorre, também, entre cláusulas de um mesmo contrato.

Antinomia de leis. Leis contraditórias”¹⁰.

Nas palavras de Ruy Barbosa,

“Dá-se a contradição, quando o espírito põe e nega, ao mesmo tempo, a mesma noção, quando a proposição enunciada se pode reduzir a esta: A não é A, ou B não é B.”¹¹

É o que faz o Enunciado nº 331. Afirma que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal (no que repete o Enunciado nº 256), mas entra em contradição (antinomia) ao reconhecer que é legalmente permitida, e ao admiti-la nos serviços de asseio e conservação, bem como em serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta.

O uso da expressão atividade-meio nos conduz, necessariamente, à palavra atividade-fim. O que significam, pois não foram recepcionados pelos dicionários do nosso idioma?

O Ilustre Ministro Emmanoel Pereira, do E. TST, ao escrever sobre a diferença entre elas assinalou:

“Causa-me espécie, também, a interpretação aferrada ao conceito não definido do que seja atividade-fim e atividade-meio na distribuição de energia elétrica. O conceito é técnico, filosófico, sociológico ou esotérico? Pergunto porque não vejo nos autos qualquer explicação ou fundamentação para essa divisão aleatória, que aparta umas atividades das outras, num mesmo universo empresarial, cujo

⁹ Teoria do Ordenamento Jurídico, Norberto Bobbio, Ed. Universidade de Brasília, BSB, 10ª ed., 1998, págs. 81/87.

¹⁰ De Plácido e Silva, “Vocabulário Jurídico”, Ed. Forense, RJ, 1989, vol. I, pág. 161.

¹¹ Ruy Barbosa, “Obras Completas”, Ed. Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Ruy Barbosa, vol. XLI, Tomo III, pág. 117.



objetivo único é a produção, produtividade e eficiência, não cabendo a distinção, para efeito de uma suposta maior proteção trabalhista, entre atividade mais complexa e menos complexa, o que, na verdade, termina conduzindo à prática de uma injusta discriminação entre empregados mais humildes e mais graduados, uma discriminação proibida pela Constituição Federal”¹²

Raciocínio idêntico se aplica às demais atividades econômicas, da indústria, do comércio, do sistema financeiro, dos transportes, educação e saúde.

Embora a Consolidação não diferencie a empresa, individual ou coletiva, que, assume os riscos da atividade econômica, admite, assalariada e dirige a prestação de serviços, e as instituições de beneficência, associações recreativas e outras sem fins lucrativos (Art, 2º, § 1º), estamos perante coisas radicalmente diferentes.

Em linguagem revestida de precisão, o Código em vigor distingue claramente uma de outra, ao prescrever, no Art. 44:

“Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I – as associações;
II – as sociedades;
III – as fundações;
IV – as organizações religiosas;
V – os partidos políticos.”

Associações, conforme o Art. 53, resultam de “união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”.

As sociedades, por sua vez, surgem, conforme disposto no Art. 951, de contrato celebrado entre pessoas, físicas ou jurídicas,

“... que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

Partilha dos resultados significa divisão de lucros ou prejuízos.

¹² Proc. RR 2582/2001-001-07-0.6, DEJT, 25.3.2009.



O traço comum das sociedades é o propósito de lucrar, alimentado pelas pessoas físicas e jurídicas que a integram, como condição de sobrevivência.

Pouco importa que se trate de fabricante de tecidos, calçados, máquinas e equipamentos, móveis, automóveis, navios, aviões, de editora de jornais, revistas, e livros, construtora de casas e edifícios, instituições financeiras, emissoras de rádio e televisão, ou coletora terceirizada de lixo urbano. Entre todas uma só finalidade é comum: a busca de resultados lucrativos. Atividade-fim, da sociedade comercial ou mercantil é, portanto, o lucro. Tudo o mais é maneira de consegui-lo.

A associação, entretanto, por não alimentar fins lucrativos, tem como atividade-fim a filantropia, a benemerência, a difusão cultural, a prática desportiva, conforme as normas estatutárias.

Como lucrar é a razão de ser e condição de sobrevivência da sociedade, será injusto e atentatório ao direito de propriedade, cerceá-la na liberdade de se administrar, impondo restrições à terceirização, como pretende o Enunciado nº 331.

Projeto de lei

Não me parece justo, todavia, desconhecer os aspectos positivos do Enunciado 331.

Com alterações, poderá ser convertido em projeto de lei, cuja redação que se sugere é esta:

“Art. 1º. É legítima a contratação de trabalhadores, por empresa interposta.

Art. 2º. Não formam vínculo empregatício com o tomador de serviços o trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974), serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1973), de conservação e limpeza, bancários (instituições financeiras), de saúde, além de outros de natureza técnica especializada, desde que não caracterizadas a pessoalidade e a subordinação direta.

Art. 3º. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, para prestação de serviços em órgãos públicos, empresas estatais e de economia mista, não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços (Constituição, art. 37, II).



Art. 4º. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade solidária do tomador dos serviços, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e integrem o título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Art. 5º. Ao tomador de serviços compete reter, dos pagamentos devidos à empresa prestadora de serviços, os valores correspondentes à contribuição previdenciária a cargo do empregador e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e outras de natureza social, bem como as parcelas relativas a impostos, conforme previsto em lei.

Parágrafo único. A falta de recolhimento aos cofres públicos das importâncias retidas, dentro dos prazos legais, implica no crime de apropriação indébita previsto pelo Código Penal.

Art. 5º. Esta lei entrará em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.

Prejuízos aos trabalhadores terceirizados, decorrentes da inadimplência da prestadora de serviços, seriam evitados com a instituição da responsabilidade solidária da tomadora, que passaria a reter os valores devidos ao ISS, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e outros de natureza social.

Conclusão

Registrou Peter Drucker, a propósito da terceirização, ao discorrer sobre “A produtividade das Novas Forças de Trabalho”:

Os requisitos para obtenção de produtividade em serviços são ainda mais drásticos e revolucionários. Em muitos casos os trabalhos serão contratados fora da organização que recebe os serviços. Isto se aplica particularmente a trabalhos de apoio, como o de manutenção, e a grande parte do trabalho rotineiro de escritório. Além disso, a terceirização será cada vez mais aplicada a trabalhos como desenhar para arquitetos e às bibliotecas técnicas ou profissionais. Na verdade, muitas firmas americanas de advocacia já utilizam bases de dados computadorizadas externas no lugar de bibliotecas próprias.

Uma força que está por trás da terceirização é a necessidade de tornar produtivos os trabalhadores em serviços. A maior necessidade de aumento de produtividade está em atividades que não levam a promoções para a alta gerência da organização. Mas ninguém na alta gerência parece estar interessado neste tipo de trabalho, importar-se muito com ele ou mesmo considerá-lo importante – não importando



quanto dinheiro está em jogo. Esse trabalho não se encaixa no sistema de valor da organização.

.....
A terceirização – seja de trabalhos manuais como os de manutenção, ou de trabalhos de escritório como os de faturamento – é mais necessária no governo (ver Capítulo 8). Lá a produtividade é a mais baixa de todas e também é lá que está a maioria das pessoas empregadas em atividades de apoio.

Mas as grandes empresas não são muito diferentes. Elas também exigem a contratação sistemática de serviços com organizações especializadas nos mesmos.

.....
A terceirização é necessária não apenas pelas economias que podem envolver. Ela é necessária porque provê oportunidades, renda e dignidade aos trabalhadores em serviços”.¹³

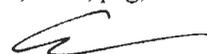
Além de Peter Drucker, Willian Bridges, Jeremy Rifkin, Domenico De Masi, Akio Morita, Milton e Rose Friedman, John K. Galbraith, Michael Fairbanks & Stace Lindsay, Zygmunt Bauman, Viviane Forrester, Jacques Generaux, que descrevem o panorama econômico mundial, sob o ângulo do mercado de trabalho, é recomendável a obra de Thomas L. Friedman, para quem as tecnologias que suprimiram espaço e tempo deixaram o mundo plano e minúsculo. O tema fora abordado por Eric Hobsbawm, quando atribuiu o fenômeno da globalização ao desaparecimento, no mundo de hoje, do espaço e do tempo. Disse o historiador inglês ser injusto condenar-se a globalização como causadora da internacionalização da economia. “Antes de tudo – disse Hobsbawm – a globalização depende da eliminação de obstáculos técnicos, não de obstáculos econômicos. Ela resulta da abolição da distância e do tempo”¹⁴.

Globalização e Terceirização constituem-se em verso e reverso, da mesma moeda. A terceirização evolui na velocidade das exigências da globalização, que converteram o planeta em pequena comunidade de grandes negócios, em mundo plano, alheio aos fatores distância e tempo.

Apesar das hostilidades de que é alvo, a terceirização é irreversível e deve aprofundar-se, tal como ocorre com o fenômeno da globalização. Pouco importa o que dizem os detratores, incapazes de

¹³ Peter Drucker, “Sociedade Pós-Capitalista”, Livraria Pioneira Editora, SP, 1993, pág. 64.

¹⁴ Eric Hobsbawm, “O Novo Século”, Editora Companhia das Letras, SP, 2000, pág; 71.



entender que a defesa dos interesses nacionais se faz com o desenvolvimento da economia e a expansão das trocas comerciais com os demais países.

Urge aprovar lei geral que confira certificado de validade ao processo de terceirização, pois está a cada dia mais presente, participando positivamente de todos os setores da vida pública e privada.

Lei objetiva, simples, cuja compreensão encontra-se ao alcance da pessoa comum, não submetida às filigranas e contorções exegéticas, tão ao sabor dos operadores do direito.

Quesitos

Encerrada a exposição de abertura do parecer, passo aos quesitos:

1. Empresas associadas à consulente, que desenvolvem, distribuem ou revendem programas de computador (software) e, também, prestam serviços técnicos inerentes a tais atividades, como suporte técnico, instalação, configuração e manutenção, estão impedidas de contratar empresas terceirizadas destinadas a assumirem parte das suas atividades?

R. À falta de lei geral sobre terceirização, se exige o cumprimento do Enunciado nº 331 do TST, cujo inciso III admite a contratação de prestadores de serviços, para a realização de tarefas especializadas, ligadas à atividade-meio, desde que inexista pessoalidade e subordinação direta.

O desenvolvimento de programas de computador comporta especialidades diversas, de conformidade com a natureza da empresa ou do serviço a ser desempenhado.

Quem contrata empresa de software para que lhe preste serviços, visa, basicamente, dois objetivos: a) solução de problema ligado a suporte técnico emergencial, solicitado, normalmente, por via telefônica ou internet, e; b) serviços de atualização/manutenção, que consistem no fornecimento de atualizações ou novas versões (*upgrade*), e correções de erros (*bugs*).

Nem sempre a empresa principal dispõe de especialistas para todos os segmentos, os quais, na tecnologia da informação, são raros, disputados e caros.

Desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta, que caracterizam o contrato individual de trabalho, a contratação de



serviços que demandam especialização acentuada, pode ser feita, sem ficar caracterizada infração das regras do Enunciado.

2. As disposições do art. 966 e seguintes do Código Civil, referem-se ao “empresário que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. É evidente que tais dispositivos aplicam-se ao empresário individual, e àquele que mantém firma com a esposa, ou esposo (arts. 977 e 978). Admite-se, também, que firma (pessoa jurídica de direito privado), seja organizada com dois sócios, às vezes marido e mulher. A consulente pergunta: A sociedade empresarial, prevista no Código Civil, pode ser constituída para a exploração da atividade relacionada a programas de computador (*software*) e de serviços técnicos a ela inerentes?

R. É óbvio que sim. O Enunciado nº 331, no inciso III, permite a terceirização de atividades especializadas, e nada exige tanta especialização quanto a moderna tecnologia da informação.

3. Ao aprovar o Enunciado nº 331, o Tribunal Superior do Trabalho imaginava que eliminava os problemas relacionados à terceirização. Comprovado que o objetivo não foi alcançado, como revelam os constantes conflitos entre o Ministério Público do Trabalho e empresas tomadoras e prestadoras de serviços, qual a solução a ser adotada: I) a aprovação de lei que discipline a prestação de serviços por terceiros; II) revisão do Enunciado nº 331; III) outra medida, a ser sugerida?

R. A revisão do Enunciado nº 331 tem sido cogitada, com a eliminação da referência à obscura expressão atividade-meio. A providência, embora eminentemente prática, não se consegue alcançar, em virtude de divisões dentro do próprio Tribunal. Logo, a solução consiste na aprovação de projeto de lei. Em curso no Congresso Nacional existem vários, mas nenhum satisfaz às várias correntes de pensamento, ou conseguiu pôr fim às divergências entre patrões, empregados, e respectivos sindicatos.

4. A figura do PJ, pessoa jurídica de direito privado, é prevista e disciplinada em lei?

R. Sim, e passo a explicar o porquê.

Pertencem à Parte Geral, Livro I, Título I, do Código Civil, as normas relativas às Pessoas Naturais.

Por sua vez, o Título II, da mesma Parte Geral, contém regras e definições referentes às Pessoas Jurídicas.

O Direito de Empresa é objeto da Parte Especial, Livro II.



A figura “Do Empresário” encontra-se na Parte Especial, Livro II, Título I, cujo Capítulo I cuida da respectiva “Caracterização e Inscrição” e, o Capítulo II, “Da Capacidade”.

A Sociedade encontra-se disciplinada no Título II do referido Livro II. Os diversos títulos e subtítulos trazem normas sobre a sociedade personificada e não personificada, em nome comum e em conta de participação, em nome coletivo, em comandita simples, limitada ou por quotas, anônima (regida por lei especial), em comandita por ações, cooperativa, coligada, dependente de autorização, nacional, estrangeira. Cuida, ainda, do estabelecimento, definido como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

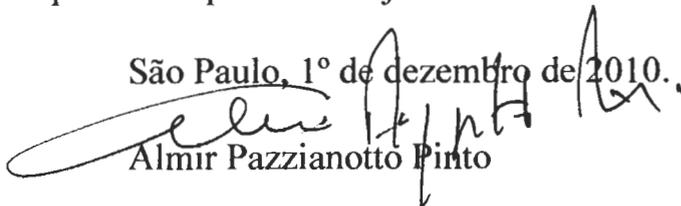
É injurídico recusar a alguém a opção de trabalhar como empresário. Satisfeitos os requisitos do Código Civil, o empresário individual estará habilitado a celebrar contratos com pessoas físicas e jurídicas, para o exercício de atividade ou profissão, organizada.

A recusa de a Justiça do Trabalho aceitar o PJ decorre, com toda a segurança, do fato de se tratar de figura nova, dentro do “Direito de Empresa”, não prevista pelo Código de 1916, e ignorada na CLT, que se refere, apenas, às profissões liberais.

À medida, entretanto, que tal modalidade de empresário se disseminar e tornar-se objeto de estudos doutrinários, a resistência tenderá a se reduzir e desaparecer, sob o argumento de que a Constituição garante o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Art. 5º, XIII), da mesma forma que assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (Art. 170, Parágrafo único).

Este o parecer submetido à elevada apreciação da ABES, e do competente departamento jurídico.

São Paulo, 1º de dezembro de 2010.



Almir Pazzianotto Pinto

Advogado inscrito na OAB/SP, sob o nº 13.050;
Ex-Secretário de Relações do Trabalho de São Paulo;
Ex-Ministro do Trabalho;
Ex-Ministro do Tribunal Superior Presidente (Corregedor-Geral; Vice-Presidente; Presidente);
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho;
Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo;
Membro da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo.
APP/app