

TERCEIRIZAÇÃO E MUNDO GLOBALIZADO: O ENCADEAMENTO PRODUTIVO E A COMPLEMENTARIDADE DE SERVIÇOS COMO POTENCIALIZADORES DA FORMALIZAÇÃO DE CONTRATOS

Guilherme Mastrichi Basso*

“Ninguém pode se opor a uma nova organização das empresas. Isso é uma consequência da mudança da estrutura econômica e social. Antigamente, havia um modelo em razão do qual toda atividade estava concentrada na empresa, no mesmo local, os trabalhadores com regime de oito horas, etc. Hoje verifica-se o que se chama de descentralização produtiva, em que a empresa transfere parte da sua atividade para outras empresas (...).”¹

1 – INTRODUÇÃO

O tema terceirização já foi analisado e decantado em prosa e verso em todas as revistas jurídicas do país e vem sendo estudado até mesmo por outros ramos da ciência preocupados com o aumento da produtividade, a diminuição de custos, a otimização de recursos humanos e materiais, a migração da mão-de-obra, as novas tecnologias, aí incluídas a engenharia e a sociologia, dentre outros.

Não se cogita, pois, aqui, esgotar o assunto, nem tampouco se tem a pretensão de apontar soluções que possam servir a todas as hipóteses surgidas nas últimas três décadas. O que se pretende é mostrar, a partir do estudo de algumas situações no direito comparado e na legislação nacional, com rápidas incursões pela jurisprudência, fixando-se em quatro áreas principais da ativi-

* *Subprocurador-Geral do Trabalho; Mestre em Direito do Trabalho pela USP; Procurador-Geral do MPT, no período 08/1999 a 08/2003.*

1 Texto extraído de destaque da *Revista da Anamatra* (2º semestre de 2008, p. 54), que se refere à entrevista com o Professor e Juiz Aposentado Luiz de Pinho Pedreira da Silva concedida a Viviane Dias.

dade econômica, que o fenômeno afigura-se irreversível – assim como a globalização – e merece, portanto, maior reflexão e sensibilidade por parte dos órgãos incumbidos da fiscalização, com o devido respeito à letra da lei, na busca de soluções para cada caso. Além disto, que procurem contemplar mais os benefícios que o processo pode trazer, *verbi gratia*, a formalização das relações de trabalho e de emprego, retirando, destarte, milhares de trabalhadores da informalidade, com a segurança da co-responsabilidade civil do tomador dos serviços em caso de inadimplemento de obrigações por parte do empregador direto, do que eventuais embaraços encontrados nas entrelinhas de uma legislação que não acompanhou a evolução pela qual o planeta passou nos últimos 50 anos².

2 – HISTÓRICO. CONCEITO

Segundo relata Márcio Pochmann³, a partir da segunda metade do século XIX, com o avanço da Revolução Industrial e Tecnológica, a grande empresa capitalista estabeleceu as bases para a produção em larga escala nos setores econômicos emergentes, vindo a indústria do automóvel, a química, a siderúrgica, dentre outras, passando-se a investir nos países mais atrasados e fornecedores de matéria-prima à empresa-sede, cujos investimentos, segundo o pesquisador, chegaram a atingir 2/3 do total dirigido ao exterior, com importante impacto na organização do trabalho em nível local.

As primeiras experiências de criação de “empresas-espelho” da própria organização matriz, em outras nações, surgiram na década de 1850, com o fito de produzir insumos para a matriz, como os casos da Colt, na Inglaterra, em 1852; da Bayer, nos EUA, em 1865; da Singer, em Glasgow, em 1867.

Na França, segundo relato de Casey Harison⁴, um certo Martin Nadaud, migrante de Creuse, conta em suas memórias a tentativa de se transformar

2 Para uma análise mais aprofundada do enfoque dado pelos autores de outras áreas, ver especialmente “A gestão de projetos como aprimoramento da terceirização”, de Amélia de Lima Guedes, economista, e Renato da Veiga Guadagnin, engenheiro mecânico, in *Informática Pública*, v. 5 (1): 65-78, 2003; “Tendências da indústria automotiva brasileira: um estudo do caso Fiat”, de Elói Martins Senhoras e Josimara Martins Dias, pesquisadores da Unicamp – disponível em: <<http://www.unicamp.br>>; “Contextualização da terceirização e suas perspectivas como prática social”, de José Orlando Gomes, do Departamento de Engenharia Industrial da PUC/RJ, e Mário César Rodriguez Vidal, da UFRJ. Disponível em: <<http://www.ufrj.br>>.

3 POCHMANN, Márcio. *A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho*. Campinas. Disponível em: <<http://www.unicamp.br>>.

4 HARISON, Casey. An organization of labor: laissez-faire and marchandage in the Paris Building Trades through 1848. In: *French Historical Studies*, v. 20, n. 3, Summer, Duke University Press, 1997. p. 357-380.

num *tâcheron*, ou subcontratante, em Paris, na década de 1840. Sua intenção era tornar-se um *entrepreneur* – empreiteiro –, retirando das cercanias da Place de Grève trabalhadores desempregados e imigrantes sem ocupação para trabalharem como terceirizados. A façanha durou cerca de dois anos.

Na Itália, segundo relato do Doutor Luigi Fiorentino⁵, “gia dalla fine dell’Ottocento la dottrina pubblicistica aveva prestato attenzione ai casi di esercizio privato di funzioni pubbliche (...)”. Conclui citando Santi Romano, Zanobini e Giannini, no sentido de que a “atribuição ao privado de funções públicas não se constitui uma novidade, mas os enfoques e o objetivo da terceirização de hoje são, em parte, diversos daqueles do passado”.

Conceituar a externalização da atividade – ou de parte dela –, também chamada de terceirização, não é tarefa fácil, haja vista as múltiplas facetas do processo de encadeamento produtivo ou de complementaridade de serviços, motivo pelo qual se preferiu recorrer a diversas fontes, primeiro no direito comparado e depois na legislação pátria.

Segundo o “Guide to Successful Outsourcing Deals”⁶, o significado da palavra “outsourcing” – externalização, numa tradução livre – vem a ser “uma simples transação contratual pela qual uma empresa adquire serviços de outra retendo a propriedade e responsabilidade do processo produtivo; *o cliente diz ao fornecedor dos serviços o que ele quer e como o trabalho deve ser executado*”.

Para a Doutora Donatella Rossi:

“Oggi, tutte quelle attività fondamentali per il funzionamento dell’azienda e quei processi tradizionalmente interni alla stessa ma che non ne rappresentano il ‘core business’, possono essere ‘affidate’ alla gestione di organizzazioni esterne specializzate, permettendo, così, all’azienda di valorizzare le proprie competenze distintive, concentrandosi sulle attività a maggior valore aggiunto, di contenere i costi e di avere i servizi e i prodotti necessari al proprio sviluppo. Questo processo si chiama ‘outsourcing’.”⁷

5 FIORENTINO, Luigi apud ZANETTINI, Laura. *L’esternalizzazione delle gestioni amministrative*: resoconto del convegno organizzato dall’IRPA. Facoltà di giurisprudenza dell’Università degli Studi di Sienna. Disponível em: <<http://www.ernalizzazione.it>>.

6 Copyright@A-1Technology Pvt. Ltd., an Offshore Outsourcing Company. Meaning of “Outsourcing” is: “A company or person that provides information; to find a supplier or service, to identify a source”. In lay man’s language it is a pure contracting transaction whereby one company purchases services from another while retaining ownership and responsibility for the underlying processes; the clients tell the provider what they want and how they want the work performed.

7 ROSSI, Donatella. *Esternalizzazione, terziarizzazione o più semplicemente ‘outsourcing’*. Milano: Dirittonet, n. 133/04.

Numa tradução livre, todas as atividades fundamentais para o funcionamento de uma empresa e os processos tradicionalmente internos da mesma, mas que não representam o coração do negócio, podem ser terceirizados à gestão de organizações externas especializadas, permitindo, assim, à firma, valorizar sua própria competência distintiva, concentrando-se na atividade de maior valor agregado, contendo os custos e obtendo os serviços e produtos necessários ao seu desenvolvimento. A isto se chama terceirização.

No Brasil encontramos na Nota Técnica/CGRT/SRT nº 08/04 do Ministério do Trabalho e Emprego a seguinte definição, *verbis*:

“De todo modo, a terceirização, entendida como a transferência para outrem do encargo de realização de uma ou várias atividades anteriormente realizadas por empregados próprios, está autorizada em nosso ordenamento (...).”

3 – *OUTSOURCING, OFFSHORING*

Podemos classificar a terceirização em dois gêneros, divididos em algumas espécies, a saber: a) o chamado *outsourcing* – que dá a idéia de uma “fonte externa” – é a terceirização de serviços ou a produção de componentes repassada a outra empresa para executá-los dentro ou fora dos muros da tomadora, mas dentro do território nacional; normalmente, por questão de logística, em prédio contíguo ou próximo da contratante, exceção feita aos serviços de informática que independem de distância. Exemplos típicos são os casos Fiat em Betim/MG, e da GM no ABC Paulista, em que os parceiros diretos estão localizados dentro da planta; b) o segundo grande gênero é o denominado *offshoring*, ou seja, aquela terceirização feita “fora da praia” do tomador dos serviços, normalmente no exterior. São expressivos os números, hoje em dia, desse tipo de terceirização, tendo como destinos a Índia e a China, principalmente nas áreas de informática e metalurgia, respectivamente.

As principais espécies de *outsourcing* são o *full outsourcing* ou *terceirização integral*, pela qual o cliente transfere ao executor dos serviços a plena propriedade de um setor da empresa, como por exemplo, o de informática. Tem-se, também, a *terceirização de base*, pela qual não se diminui os setores empresariais existentes, mas se procede à mera cessação de determinada atividade por conta própria e a transfere ao terceirizado. Exemplo típico é a da gestão de pessoal.

Abrindo um parêntese, no interior do Brasil, há muito tempo, existe a figura do Contador Autônomo, logo seguido dos Escritórios de Contabilidade,

incumbidos não apenas de fazerem a “escrita fiscal” de profissionais liberais, micro, pequenas e médias empresas, mas que é, seguramente, o embrião de uma gama maior de terceirização no país, abarcando, inclusive, gestão de pessoal. Há os mais organizados que já oferecem serviços de advocacia empresarial e trabalhista. Quanto a estes serviços não tem havido resistência, historicamente, pelos órgãos de fiscalização.

Fechando o parêntese, e ainda segundo a mesma pesquisadora, Dra. Donatella Rossi, supracitada, tem-se, também, a *terceirização transformacional*, quando a mesma se faz acompanhar de uma reestruturação na área da empresa interessada. Terminada a reestruturação, volta-se à terceirização total do setor. Exemplo típico seria a terceirização do parque informático de determinada empresa, com o *upgrade* do equipamento e do *software*, inclusive com obras civis, quando necessário, e posterior continuidade na prestação dos serviços.

Segundo essa mesma tipologia tem-se, também, a *terceirização funcional*, pela qual se delega a terceiro uma inteira função ou, mais freqüentemente, um inteiro processo. Caso típico se dá com a logística, mas acontece igualmente com a produção de determinados produtos ou componentes, com a administração, o completo desenvolvimento organizacional e até com as vendas.

Tem-se, ainda, o *joint-venture outsourcing*, pelo qual se transfere um setor inteiro de determinada empresa a uma terceira, sociedade mista formada entre o capital do tomador e do prestador dos serviços, nos moldes das tradicionais *joint-ventures*, há muito conhecidas.

Por fim, o *group outsourcing*, ou simplesmente a terceirização feita para uma empresa do mesmo grupo econômico, inteiramente controlada pelo cliente.

4 – ITÁLIA, EUA

Na Itália, com a entrada em vigor da Reforma Biagi em outubro de 2003, novos parâmetros foram colocados para a prática do *offshoring* pelas empresas nacionais. Pode haver transferência de um ramo da empresa ao exterior, mas é necessário demonstrar que a parte transferida goza de autonomia funcional no momento da passagem.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência da Itália têm pontos comuns com a do Brasil, havendo descompasso e desatualidade entre *la legge* posta e a prática/realidade, haja vista que as empresas multinacionais italianas há muito se utilizam de mão-de-obra terceirizada, sendo exemplo típico as famosas

indústrias de confecção e acessórios, que se utilizam de faccionistas no Brasil, na China, na Índia, na Indonésia e em tantos outros países do mundo.

Acresça-se a situação das montadoras de automóveis, que há muito deixaram de ser fábricas e, para sobreviverem, adotaram o modelo toyotista de produção, que compreende a terceirização na fabricação de componentes, inclusive com pré-montagem de partes dos veículos, embora seja a tomadora a dona das patentes e a responsável pela supervisão dos produtos em fase final de montagem, formando o que chamo de encadeamento produtivo.

Mas existem outros exemplos interessantes na Itália, nessa área, como a questão da terceirização da gestão administrativa, o que, tendo-se em conta o grau de estatização nas áreas de cultura, educação e saúde naquele país, denota a importância do tema.

A respeito do assunto, a jornalista Laura Zanettini⁸ publicou interessante resenha de reunião havida na Universidade de Siena para discutir a terceirização da gestão administrativa, com vistas a enfrentar as dificuldades com as sucessivas e malogradas tentativas de modernização do direito administrativo naquele país, abarcando diversos exemplos interessantes.

Para ficar apenas em dois recentes na área de terceirização das atividades administrativas na Itália, pós-consolidação da Comunidade Européia, basta a citação de dois atos do Banco Central Italiano, baixados para regular a terceirização no controle das moedas em circulação⁹, e o relativo aos *Call Centers*, pela Comunicação nº 2073042, de 07.11.02, que estabelece normas para a externalização desse serviço de atendimento às instituições bancárias e financeiras do país.

Nos Estados Unidos o *outsourcing* teve forte impulso durante a Segunda Grande Guerra, com o aumento sem precedentes na produção bélica, e consolidou-se a partir da década de 50, com o virtuoso crescimento da economia do pós-guerra, mormente na indústria, chegando ao século XXI com um nível de terceirização nunca antes alcançado, incluindo o *offshoring*, sendo, atualmente, as companhias americanas as maiores clientes das empresas de terceirização da Índia e China, principalmente na área de TI (Tecnologia da Informação). Hoje em dia, até mesmo as declarações de imposto de renda de

8 ZANETTINI, Laura. *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*: resoconto del convegno organizzato dall'IRPA. Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena. Disponível em: <<http://www.esternalizzazione.it>>.

9 Banca D'Italia, Vigilanza Creditizia e Finanziaria, Prov. n. 462765 del 07.05.07, com vigência até 31.10.10.

boa parte dos cidadãos norte-americanos são preparadas na Índia a preços competitivos.

5 – FLUXOS: ÍNDIA E CHINA

No processo de globalização ocorrido nas últimas décadas do século XX muitos desdobramentos ocorreram, talvez sequer sonhados pelos seus arquitetos.

Um deles foi o fluxo de capitais migrantes à caça de oportunidades de investimentos, nem sempre no setor produtivo. O outro – e que interessa mais de perto a este estudo – refere-se aos serviços, sobretudo os prestados a distância.

A figura do trabalho como conhecida anteriormente, com o “operário” empregando sua força física – e mesmo mental – de forma presencial, em prol da produção de determinado bem ou serviço, dentro das dependências do empregador ficou relativizada, na medida em que a rede mundial de computadores passou a permitir o contato imediato entre trabalhadores e tomadores de serviços de diversos continentes, em tempo real, com direito, inclusive, à troca de imagens, tendo essa janela tecnológica aberto oportunidades para pessoas do terceiro mundo, antes excluídas dos principais mercados de trabalho e, o que é melhor, sem necessidade de emigração.

Um dos primeiros países a perceber essa oportunidade no mercado mundial foi a Índia, sobretudo pelo seu grau de desenvolvimento na área de Tecnologia da Informação, com escolas de excelência no setor. Empresas foram criadas especialmente para atender a essa procura, sempre crescente, de trabalho realizado a distância.

Hoje temos *call centers* de muitas empresas, dos mais diversos países do mundo, baseados na Índia, com trabalhadores falando a língua do cliente e conectados à base de dados do tomador dos serviços, em tempo real.

Os serviços de arquitetura e engenharia, sobretudo no que se refere a projetos e cálculos estruturais, também têm sido terceirizados a empresas indianas.

Com a China a situação parece ter-se enveredado por outro setor: o industrial.

É certo que o preço da mão-de-obra/hora em qualquer país do primeiro mundo chega a ser até quinze ou vinte vezes maior do que o pago a um operário chinês.

A China, segundo relatos da Organização Internacional do Trabalho, tem muitos problemas na área de proteção aos direitos mínimos dos trabalhadores – embora avanços venham sendo registrados –, mas tem uma demanda por postos de trabalho cada vez maior, na medida em que se opera, naquele gigante, uma migração considerável da zona rural para a urbana, e que deve se agravar de agora em diante após o anúncio da autorização para que os possuidores de terras possam transferi-las a terceiros e mudarem-se de vez para os grandes centros.

Embora distante das grandes cidades do Ocidente, onde estão baseados os maiores clientes da forte indústria metalúrgica chinesa, a China consegue produzir estruturas metálicas para a construção civil, por exemplo, com preços menores que os praticados no Brasil – já incluído o frete –, o que certamente não se restringe ao valor da mão-de-obra, mas de outros fatores como tributação, insumos e produção em larga escala.

Esse fluxo quase que unidirecional – excetuados a importação de matéria-prima pela China e o pagamento pela importação de algum *hardware* ou de licença de *software* pela Índia – dos países do Ocidente para a Índia e China demonstram o aproveitamento das oportunidades surgidas com o processo de mundialização, tão execrado pelos nossos intelectuais.

Esses exemplos servem para o Brasil, que ao invés de ficar tentando enquadrar o mundo, tal qual funciona hoje, na CLT, devia despertar para as outras oportunidades que o momento oferece e aumentar sua participação nesse bilionário mercado de trabalho para seus desempregados. Abrir postos de trabalho não significa, hoje, fazê-lo exclusivamente em território nacional, assim entendido no sentido tradicional, de destinação final da mão-de-obra.

6 – BRASIL

Infelizmente, no Brasil, a situação, embora a realidade tenha nos colocado dentro da engrenagem mundial, ainda carece de ajustes por parte de nossos legisladores e até mesmo de nossos Tribunais na busca de um ponto de equilíbrio para essa equação.

Dois setores da economia são exemplos típicos dessa realidade: a construção civil e a atividade bancária.

O encadeamento produtivo no setor da construção civil talvez seja um dos mais antigos. A contratação de uma obra pode envolver apenas mão-de-obra especializada, ou serviço e material, ou, ainda, projeto, serviço e fornecimento de insumos.

DOCTRINA

Nas grandes construções civis, sobretudo no setor de infra-estrutura, dificilmente uma única empresa consegue vencer uma licitação sozinha, para tocar a obra toda, haja vista que na construção de uma usina hidrelétrica, por exemplo, o próprio projeto é fatiado entre os escritórios especializados nos diversos ramos da arquitetura e da engenharia, já que envolve cálculos estruturais, elétrica, hidráulica, alvenaria, armação, não raro peças pré-fabricadas em cimento e aço, que demandam parcerias móveis, dependendo do local da obra, da logística disponível, da necessidade do serviço e, sobretudo, da vontade do cliente, ainda que este seja o Estado.

No meio urbano a situação não é diferente: na construção de um edifício de apartamentos, a empresa encarregada dos serviços de execução nem sempre é a incorporadora, não raro não fez o projeto arquitetônico e vai necessitar, para sua realização, do concurso de diversos parceiros fornecedores de insumos e peças necessárias à conclusão da obra.

Seria impensável que uma construtora fosse obrigada a fabricar as portas, janelas, telhas, tijolos, pisos e outros componentes de um prédio, antes de iniciá-lo. Mesmo que tenha como produzir, através de parcerias, algumas das peças necessárias a atender à sua finalidade – construir edifícios, pontes, barragens etc. –, se poderia imputar a esse processo de encadeamento produtivo a pecha de terceirização fraudulenta.

Certamente uma vidraçaria vai poder fazer um serviço melhor de fornecimento e colocação de vidros e congêneres do que uma construtora, embora seja imprescindível à entrega da obra a existência desse serviço, de resto, desde o projeto, previsto.

Também não se deve confundir subordinação técnica – ao projeto, a normas internacionais ou mesmo nacionais, a critérios de certificação do tipo ISO – com a subordinação de que trata o art. 3º da CLT.

Também no *setor bancário* a terceirização – complementaridade de serviços – sofreu profundas transformações.

Com a informatização do setor, operações que antes levavam dias – como a transferência de recursos para o exterior e vice-versa – hoje são feitas imediatamente, em tempo real.

Em qualquer calçada do mundo é possível sacar moeda local com a simples posse de um cartão de crédito ou de débito. Certamente essa operação tão simples para o consumidor – apropriar-se de dinheiro existente em sua conta-corrente no Brasil a partir de uma ilha na Grécia – envolve uma cadeia

de procedimentos e operações somente possíveis de serem viabilizadas através de parcerias.

Seria impensável imaginar-se que o Banco X pudesse instalar seus próprios caixas automáticos em todas as cidades do planeta visando atender seus clientes viajantes.

No entanto, com as parcerias tornou-se possível colocar à disposição do ser humano mais esse conforto, onde quer que esteja. O mesmo ocorre no setor da telefonia, com o sistema do *roaming*, etc.

Voltando ao setor bancário no Brasil, desde que a CLT foi escrita, na década de 1940, houve uma revolução inimaginável pelos seus autores.

As operações bancárias que eram lançadas manualmente em grandes livros e fichas hoje são feitas pelos clientes, em grande parte, através da Internet, de seus próprios escritórios ou residências ou mesmo de terminais espalhados em farmácias e supermercados.

Essa operação, como já dito, ao alcance de nossos dedos, apenas tornou-se possível através da complementaridade de serviços prestados por parceiros diversos, que incluem, além dos provedores de Internet, as companhias telefônicas e as operadoras de TV a cabo, por cujos veios fluem os dados trocados entre os clientes e suas agências bancárias; os programadores dos computadores; os fabricantes de *software*; os que dão suporte às operações, tanto no Brasil quanto no exterior, sem que se perceba ou se visualize essa interação. Por óbvio esses parceiros empregam mão-de-obra para atender às necessidades que lhe são criadas.

Em nota divulgada no *site* da ITWeb, de 23 de setembro de 2005, a empresa dá notícia de contrato internacional bilionário firmado entre o então ABN Amro Bank e a IBM, visando a terceirização de parte de sua divisão de TI. O contrato de 2,2 bilhões de dólares terá duração de cinco anos e através dele a contratada ficou responsável por servidores e armazenamento de dados, *desktops* e impressoras. As empresas indianas de TI Infosys e Tata Consultancy são responsáveis por aplicações e suporte. As três empresas trabalham junto com a Accenture e outra empresa indiana de *software*, Patni Computer Systems, para desenvolver as aplicações para o Banco.

Esse contrato não está ao alcance da nossa vetusta CLT nem poderá, s.m.j., o governo brasileiro pretender intervir no pactuado aquelas partes, embora boa parte do processamento de dados – senão todo – de suas agências no Brasil estejam incluídos no acordo.

É mais um exemplo claro dos contratos de terceirização *offshore*, que não vêm fronteiras no mundo globalizado.

Além desses dois exemplos, poder-se-ia lembrar dos setores moveleiro e calçadista, igualmente responsáveis por um bom número de parcerias no processo de encadeamento produtivo.

Em recente artigo publicado no *site* do TST intitulado “Terceirização: anomia inadmissível”, o Ministro Vantuil Abdala¹⁰, referindo-se a esse descompasso, é enfático, *verbatim*:

“Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: a terceirização não vai acabar. Ninguém razoavelmente imagina uma economia saudável no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de serviços determinados fosse impossibilitada. Estamos, pois, diante da advertência de George Ripert: ‘quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito.’”

Não temos, por enquanto, uma lei específica a regular a terceirização, de modo amplo, não se sabendo, ao certo, até que ponto ela poderia melhorar o quadro atual, principalmente em face do grande número de situações, produtos e serviços terceirizáveis.

Há quem defenda uma completa desregulamentação, a fim de que as partes – ou “o mercado” – encontrem, por si só, as hipóteses e condições em que a terceirização deva – e convenha – ser feita.

Entre nós as relações entre trabalhadores e empregadores da iniciativa privada são reguladas, via de regra, pela Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943 e emendada ao longo de seus 65 anos, mas mantendo, quanto à terceirização, em linhas gerais, os mesmos entraves apontados pelos primeiros intérpretes, quais sejam, a falta de previsão expressa e a total ausência de parâmetros que possam diferenciá-la dos elementos caracterizadores da relação de emprego direta, constantes de seu art. 3º, *verbis*:

“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

10 ABDALA, Vantuil. *Terceirização: anomia inadmissível*. Veiculado no *site* do TST e também transcrito no endereço eletrônico: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=71915%20>.

DOUTRINA

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

Qualquer alegação de vínculo indireto é taxada de nula de pleno direito na forma do art. 9º do mesmo diploma legal.

Ao longo dos anos houve a edição de algumas leis, excepcionando situações que o legislador foi encontrando, movido por grupos de pressão, normalmente em favor de categorias (ora profissionais, ora patronais), sem, contudo, alcançar um padrão considerado razoável pelo atual nível de *encadeamento produtivo* atingido pelo processo de globalização.

Dentre elas destacamos a Lei nº 6.019, de 03.01.74, do trabalho temporário, e a Lei nº 7.102, de 20.06.83, do serviço de vigilância, que expressamente previram hipóteses em que a terceirização seria tida como lícita em nosso ordenamento jurídico.

A partir dessas exceções e com base na jurisprudência que se consolidava, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem, em 1986, editar a Súmula nº 256 assim redigida, *verbis*:

“Súmula nº 256. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.” (Resolução nº 4/86, DJU 30.09.86)

Cerca de cinco anos depois, nova modificação foi introduzida na mencionada Súmula, desta vez para atribuir ao tomador dos serviços a responsabilidade subsidiária, culminando com a última modificação em 18.09.00, com o novo texto aprovado para a Súmula nº 331/TST, com a seguinte redação, *verbis*:

“Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (Inciso IV alterado pela Resolução nº 96/00, DJ 18.09.00)

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 03.01.74).

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/88).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) 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 21.06.93).”

Fixado o entendimento do Colendo TST quanto aos limites da terceirização e seus efeitos, inclusive pecuniários, sua SDI-1 houve por bem excepcionar do item IV da Súmula nº 331 retro, a hipótese de contrato por empreitada, desde que não se trate de empresa construtora. Eis o texto, *verbis*:

“Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho – Seção de Dissídios Individuais (Subseção I)

191. Dono da obra. Responsabilidade. (Inserida em 08.11.00)

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa *construtora* ou incorporadora.” (grifou-se)

Além dessa normativa e da jurisprudência consolidada, o Governo Federal, quando do processo de privatização das teles – as empresas de telefonia do país, durante o Governo FHC –, depois de uma primeira tentativa frustrada, houve por bem abrandar o rigor da legislação trabalhista para o setor, editando a Lei nº 9.472/97, *que autorizou a terceirização ampla, incluindo atividades meio e fim das empresas privatizadas*, como forma de possibilitar sua arrematação e saneamento, passando-se de um modelo ineficiente de servidores e/ou empregados públicos para o de mercado, da iniciativa privada, *verbis*:

“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 infraestrutura que não lhe pertencam;*

DOCTRINA

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.” (grifou-se)

No setor elétrico também houve situação semelhante e o principal fundamento utilizado pelos empresários interessados em participar do leilão de ambos os casos era de que, da forma como estava, seria impossível atingir-se o patamar desejado pelo Governo Federal, de instalação de linhas telefônicas e de transmissão pelo país, haja vista a carência de mão-de-obra treinada e vinculada às empresas oferecidas à venda, o que acabou demonstrado como verdadeiro, passada pouco mais de uma década desde aquele momento histórico, quando há linhas fixas e celulares em abundância em todo o país.

O Banco Central, por sua vez, sensível à problemática da falta de capilaridade da rede bancária em cidades e distritos de baixa densidade demográfica e pouco poder aquisitivo, também editou norma autorizando a terceirização dos serviços bancários através dos chamados “correspondentes”, possibilitando ao cidadão residente nos mais longínquos rincões, o acesso a bens e facilidades, antes reservados apenas aos moradores das médias e grandes cidades. Pela normativa vigente os bancos comerciais podem contratar com pessoas jurídicas não especialmente criadas para tal fim, os serviços de correspondente bancário, ficando responsável perante clientes ou terceiros por quaisquer problemas surgidos com o prestador dos mesmos. Hoje temos padarias, mercados, açougues, farmácias, lotéricas, todos recebendo contas de luz, de IPTU, boletos bancários, etc.

Já o Governo Lula vem alardeando os benefícios das PPPs, ou Parcerias Público-Privadas, que embutem em seu conceito a inevitável terceirização na realização de obras de infra-estrutura, tão necessárias ao país.

Ainda no ano passado, o Presidente Lula sancionou a Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que “dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração”, revogando a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980, por iniciativa do setor de transporte de cargas, pela qual se regulou a atividade do transportador autônomo de carga e se definiu o que é uma empresa transportadora, *declarando expressamente a possibilidade da*

terceirização e fixando a competência da Justiça Comum Estadual para dirimir quaisquer conflitos oriundos de tal relação, afastando, por completo, a existência de relação de emprego em tais hipóteses.

Em junho de 2008 o Congresso aprovou a Lei nº 11.718, através da conversão da MP 410/07, autorizando o produtor rural, pessoa física, a realizar contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para a realização de tarefas sazonais, limitando-a a dois meses dentro de um ano, inclusive com a dispensa de anotação em CTPS, não sem antes ter gerado muitos debates e controvérsias.

7 – A TERCEIRIZAÇÃO E O CONGRESSO NACIONAL

Todavia, há diversos projetos de lei em andamento no Congresso, dentre eles o PL 4.302/98, aprovado com alterações pela Comissão de Trabalho, no final de outubro de 2008, estando com o texto pronto para votação em Plenário, aguardando, apenas, Parecer da CCJ, projeto esse que já houvera sido aprovado no Senado; PL 3.859/00, autor Coriolano Sales, PMDB/BA, relatora Deputada Dra. Clair, visando o enquadramento do empregado que atue como correspondente bancário no art. 224 da CLT; o PL 1.621/07 do Deputado Vicentinho (PT/SP) e o PL 4.330/04 do Deputado Sandro Mabel (PR/GO).

Os dois últimos projetos de lei têm linhas ideológicas antagônicas e dificilmente poderão ser apensados.

Do ponto de vista empresarial, o que melhor atende à realidade do mercado é o último, de autoria do Deputado Sandro Mabel e vice-versa.

A este foram apresentadas 13 emendas na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; 11 emendas na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, já tendo recebido Parecer favorável da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (Relator Deputado Reinaldo Betão), bem como encerrado o prazo para apresentação de emendas na CTASP em 19.03.07.

O primeiro projeto, PL 1.621/07, do Deputado Vicentinho, encontra-se na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, não tendo sido apresentada nenhuma emenda no prazo legal, findo em 11.09.07, tendo sido designado relator o Deputado Nelson Marquezelli (PTB/SP).

8 – A TERCEIRIZAÇÃO E O JUDICIÁRIO

Desde a edição da Súmula nº 331, já transcrita, e da Orientação Jurisprudencial referida, nenhuma mudança importante ocorreu no âmbito do Judiciário, mormente do Tribunal Superior do Trabalho.

DOCTRINA

Muitos recursos têm sido trancados com base na mencionada Súmula e outros têm sido excepcionados, ora com base em lei esparsa, ora com base no conjunto fático trazido no acórdão regional.

Cite-se, como exemplo, o acórdão proferido no TST-RR-347/2005-003-17-00, publicado no DJU de 18.04.08, relator Ministro Brito Pereira, do qual se transcreve pequeno excerto de sua ementa, *in verbis*:

“TELEMAR. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE TELEFONES. TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES. LEI Nº 9.472/97. LICITUDE.

(...)

II – Quis o legislador, no caso específico das telecomunicações, ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípuo, que é a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Nesse diapasão é que o *art. 94 da Lei nº 9.472/97*, que, ao estipular os requisitos do contrato de concessão do serviço de telecomunicações, *permite a terceirização inclusive em atividades-fim*. (...)

III – *Não pode o intérprete distanciar-se da vontade do legislador, expressa no sentido de permitir as terceirizações de ‘atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados’.*” (grifou-se)

Outro exemplo interessante, este sem estar baseado em lei esparsa autorizando subcontratação, está estampado no v. acórdão proferido pelo Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, no processo TST-AIRR-438/2002-082-03-00.2, 8ª Turma, sessão de 29.10.08, de onde se extrai o seguinte trecho, colacionado a partir das razões de decidir do v. acórdão regional, ao final referendado pelo TST, *in verbis*:

“2. MÉRITO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. EMPRESA VINCULADA AO RAMO DA PRODUÇÃO DE FERRO-GUSA. TERCEIRIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DE CARVÃO VEGETAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INGERÊNCIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS NA ATIVIDADE TERCEIRIZADA. (...)

O que me parece oportuno ponderar é que a eventual cadeia de elementos que se forme para, ao final, se chegar à atividade-fim, nem por isso nela se insere, pois não perde o caráter de meio para alcançar um fim. *Não há nos autos fraude nem menoscabo a direito constitucionalmente assegurado.*” (grifos do último parágrafo constantes do original)

Por fim, um terceiro julgado, da lavra da Ministra Cristina Peduzzi excepcionando do âmbito da Súmula nº 331/TST a hipótese de cooperativa de professores legalmente constituída, *verbatim*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE ACÓRDÃO DIVERSO COMO RAZÕES DE DECIDIR. (...)

COOPERATIVA. REGULARIDADE. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR. ART. 442, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. 1. O cooperativismo encerra sistema tradicional de relação de trabalho, inicialmente formado em torno de atividades rurais, como, v.g., as cooperativas agrícolas. O desenvolvimento da sociedade e da economia impeliu, porém, a expansão do cooperativismo para novos ramos, como o da prestação de serviços especializados. 2. Essa difusão do sistema cooperativo restou viabilizada pela Lei nº 8.949/94, que inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT: ‘*Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício ente ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*’ (grifei). 3. Trata-se, portanto, de forma diferenciada de relação de trabalho, estabelecendo o dispositivo a presunção *iuris tantum* de ausência de vínculo de emprego. 4. Diante dessas peculiaridades, não há como aplicar às cooperativas o entendimento consubstanciado na Súmula nº 331 desta Corte, restrito às hipóteses de relação triangular de prestação de serviços, com vínculo empregatício entre a prestadora e o trabalhador. 5. Na espécie, a Corte de origem declarou a regularidade da constituição e do funcionamento da cooperativa de professores, com observância dos requisitos legais. 6. Desse modo, não há como reconhecer o vínculo de emprego entre a Reclamante e o tomador dos serviços. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR-1857/2003-014-06-40.2; 3ª T.; Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; j. 21.06.06; DJ 10.08.06)” (grifos do original)

A novidade, talvez, esteja por conta das novas atribuições trazidas pela EC 45/04, relativamente aos processos decorrentes das autuações do Ministério do Trabalho, em matéria de terceirização.

Como sabido, as DRTs ou Superintendências, como agora denominadas, têm autuado as empresas que terceirizam seus serviços, na maioria das vezes com base unicamente na Súmula nº 331 do TST, retrotranscrita.

O procedimento tem gerado inúmeras ações anulatórias, sob diversos fundamentos e, mais recentemente, mandados de segurança impetrados sob a alegação de violação do princípio da independência dos Poderes, dentre outras teses, com resultados positivos nos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 17ª Regiões.

Ignora-se a vigência do art. 39 da CLT e a solenidade ali imposta. Violam-se direitos e garantias constitucionais; declaram-se inexistentes empresas vintenárias e as remetem à condição de rés nas execuções da Fazenda Pública.

Data venia, não cabe à fiscalização, invocando princípios de hermenêutica e Súmula de Corte Trabalhista, *decidir* quanto à suposta nulidade dos contratos existentes entre empresas e transmudá-los em vínculo de emprego entre a empresa tomadora e os empregados da terceirizada, quando já devidamente formalizados.

Se alguma irregularidade for constatada em relação a tais empregados, quem deve responder por elas é quem os assalaria e exige deles sua força de trabalho, recolhe seus encargos e procede às devidas anotações em suas respectivas carteiras de trabalho.

Ademais, cabe aos interessados envolvidos na relação jurídica, se o desejarem, alegar a suposta nulidade do contrato de trabalho existente. Todavia terão que fazê-lo perante o Judiciário.

É que, consoante disposto no art. 39 da CLT, *verbis*:

“Art. 39. Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado versam sobre a não existência de relação de emprego ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, *será o processo encaminhado à Justiça do Trabalho, ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado.* (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.67)” (g.n.)

Ora, se cabe *privativamente* ao Poder Judiciário conhecer e decidir originariamente de questões que versem sobre vínculo de emprego e não sendo a hipótese do art. 41 da CLT, não há campo de atuação – nem para autuação – pelo Ministério do Trabalho.

Ao assim proceder viola-se o art. 114, e seus parágrafos, da Constituição Federal vigente quando estatui, *verbis*:

DOCTRINA

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...)

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Como se não bastasse, usurpa-se de atribuição constitucionalmente atribuída a outro Poder, porquanto não se limitam os AFTs à verificação da existência de formalização dos contratos de trabalho dos operários encontrados em atividade, *mas proferem verdadeiras sentenças administrativas desconstituindo ao mesmo tempo um contrato de natureza civil celebrado entre duas ou mais empresas entre si – competência da Justiça Comum Estadual – e outros tantos contratos de trabalho legalmente formalizados.*

Violam-se, ainda, os incisos II, XXXVI e LIII do art. 5º da Magna Carta, *verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II – ninguém *será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;* (...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, *o ato jurídico perfeito* e a coisa julgada; (...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado *senão pela autoridade competente;* (...)” (g.n.)

Espera-se, pois, aqui, uma reflexão mais profunda no âmbito das ações anulatórias e outras que venham impugnar esse tipo de *sentença administrativa* que virou o Auto de Infração em matéria de terceirização, excetuadas as hipóteses de informalidade, como já ressaltado.

9 – SERIA A SÚMULA Nº 331/TST INCONSTITUCIONAL?

Para o eminente Professor Luís Roberto Barroso, constitucionalista reverenciado tanto pela Academia quanto pela cúpula do Judiciário, a Súmula nº 331/TST é inconstitucional.

Seriam necessárias outras tantas páginas para poder analisar convenientemente a questão colocada neste tópico ou mesmo transcrever aqueles doutos ensinamentos, vazados em dois Pareceres distintos, um de índole processual e outro, meritória.

Contudo, talvez esta seja uma oportunidade única para se trazer a lume alguns tópicos do referido estudo focado, exatamente, na Súmula nº 331 do TST.

O primeiro trata da questão do eventual cabimento de controle concentrado, pela Suprema Corte, das Súmulas dos Tribunais Superiores. Dele extraem-se dois excertos, *verbis*:

“2. A jurisprudência tradicional do STF sobre a matéria tem negado a possibilidade de impugnação judicial de súmulas, assumindo a premissa de que os enunciados teriam apenas a função de cristalizar entendimentos jurisprudenciais dominantes. Isto é: as súmulas não seriam atos do Poder Público dotados de efeitos autônomos e capazes de causar prejuízo a terceiros. Como se verá, essa orientação restritiva não é mais compatível com o papel que os precedentes assumiram no Direito brasileiro, nem com os efeitos que a legislação tem atribuído às súmulas. Tal circunstância tem sido destacada, inclusive, por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, que manifestaram a necessidade de rediscussão da matéria¹¹.

3. O item I do Enunciado nº 331 do TST fornece um exemplo bastante ilustrativo da necessidade de revisão do tema do controle de constitucionalidade de súmulas.”

E fulmina, na parte final de seu estudo, a mencionada Súmula, nos seguintes termos, *verbatim*:

“V. A hipótese em exame: o item I do Enunciado nº 331, do TST.

35. Demonstrada, em caráter geral, a possibilidade de utilização da ADPF para a impugnação de súmulas, cabe agora abordar de forma

11 Nesse sentido, reconhecendo expressamente a necessidade de que o tema seja objeto de nova análise à luz dos efeitos processuais atribuídos às súmulas, vejam-se as manifestações dos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Carlos Britto, no AgRg na ADPF 80 (DJU 10.08.06, p. 20, Rel. Min. Eros Grau). De forma especialmente ilustrativa, vale a pena transcrever a seguinte passagem de manifestação do Min. Gilmar Mendes, em aparte ao voto do Min. Sepúlveda Pertence: “Hoje, na verdade, essa tese já encontra dificuldades, como Vossa Excelência já percebeu, porque estamos na seara da súmula obstativa. Na medida em que provê, ou não, recursos a partir da súmula, ela adquire uma força normativa”.

específica o caso do item I do Enunciado nº 331 do TST. A invalidade do dispositivo foi examinada em estudo próprio, cabendo aqui apenas destacar, de forma breve, *que ele viola um conjunto significativo de preceitos fundamentais, causando-lhes lesão autônoma*.

36. Já se destacou que a existência de uma súmula de jurisprudência – com os efeitos que hoje lhe são atribuídos pela legislação – simplifica consideravelmente o devido processo legal, tanto por reduzir o ônus argumentativo imposto aos magistrados, quanto por restringir a utilização de recursos e/ou abreviar seu processamento. Tais restrições destinam-se a incrementar a celeridade processual e mesmo a coerência da ordem jurídica, facilitando a prevalência dos entendimentos jurisprudenciais dominantes e evitando que situações idênticas recebam tratamentos diversos¹². O que justifica essa simplificação é justamente o fato de a questão jurídica específica e individualizada – o objeto da súmula – já ter sido objeto de um conjunto de decisões e ter se pacificado determinada compreensão.

37. *Não se admite, contudo, que o Judiciário se valha da edição de súmula para instituir um regramento genérico sobre questões que não examinou, mas que lhe pareçam importantes, o que o equipararia ao legislador e fulminaria o preceito fundamental da separação de Poderes*. O que legitima as súmulas – e os efeitos processuais relevantes que atualmente lhes são atribuídos – é, repita-se, o fato de cristalizarem entendimento jurisprudencial dominante a respeito de situação-tipo específica. Se o órgão jurisdicional se vale da súmula para disciplinar determinado aspecto da realidade em caráter geral – alcançando situações de fato diversas das que foram objeto de julgamento – produz típico ato legislativo. O *nomen juris* súmula evidentemente não afasta essa conclusão e a inconstitucionalidade daí decorrente.

12 Embora ainda haja grande controvérsia sobre as exigências que se pode impor ao Poder Público com base no dever de coerência, a sua existência já mereceu reconhecimento explícito por parte do STF. V. DJ 09.06.95, RE 160.486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. Sobre o princípio da coerência, na doutrina, v. ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris* 3:130-47, 1990; MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of Law*, 2005. p. 189 e ss.; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 2002. p. 221 e ss. No Brasil, v. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, 2004. p. 27 e ss. GAENSLY, Marina. *O princípio da coerência: reflexões de teoria geral do direito contemporâneo*. Dissertação de Mestrado apresentada à UERJ, 2005. Mimeo.

38. Além de violar a separação dos Poderes, a edição de súmulas genéricas violaria igualmente os preceitos fundamentais do acesso à justiça e do devido processo legal, com os corolários que lhe são inerentes. O enunciado de súmula está vinculado às decisões que deram origem à sua edição, devendo ser redigido de tal modo que seja aplicável tão-somente às situações equiparáveis àquelas que tenham sido objeto de julgamento específico. A razão é simples. A Constituição assegura aos indivíduos amplo acesso à Justiça, traduzido no direito a uma avaliação dos casos concretos segundo um devido processo legal. Tal garantia evidentemente não se satisfaz com a extensão automática de decisões produzidas diante de um contexto diverso. Ora, admite-se que a súmula abrevie esse devido processo legal porque se assume que a questão já foi objeto de análise exaustiva: a edição de súmula genérica é claramente incompatível com essa premissa.

39. Por fim, uma súmula editada nos termos aqui descritos *violaria ainda o princípio da isonomia, igualmente um preceito fundamental*, na medida em que se abre espaço para que situações diferentes recebam o mesmo tratamento jurídico de forma praticamente automatizada¹³. É certo que a parte prejudicada pode tentar demonstrar que, embora a descrição contida na súmula *pareça abarcar* a situação em exame, ela não deve ser aplicada ao caso concreto, em atenção às suas peculiaridades de fato. Em muitos casos, a especial diligência dos magistrados *afastará a aplicação indevida da súmula de conteúdo aberto*. Entretanto, não é crível que isso ocorra sempre e, de qualquer forma, não é legítimo que as partes estejam sujeitas ao ônus de superar esse tipo de presunção adversa, baseada na generalização de decisões particulares. *O devido processo legal exige um juiz imparcial e uma avaliação isenta do caso concreto, e não a possibilidade – mais ou menos real – de convencer o magistrado de que não deve aplicar uma solução pré-concebida para outro conjunto de fatos*.

40. Em suma, *é possível concluir afirmando que uma súmula vazada em termos genéricos aproxima-se perigosamente de um ato legislativo* e acaba se mostrando potencialmente aplicável também a situações diversas das que originaram a sua edição, impedindo as partes de obter um julgamento adequado e imparcial, nos termos que a

13 Como demonstrado, é da própria lógica das súmulas que elas sejam aplicadas a todos os casos que se incluam, aparentemente, na descrição do seu relato. Embora o afastamento seja possível, apresenta-se como manifestamente excepcional, sob pena de que as súmulas se tornem, no mínimo, inútuas.

Constituição exige. O Enunciado nº 331 incorre precisamente nos problemas que se acaba de apontar, e de maneira muito clara. Para encadear o raciocínio, transcreva-se novamente o Enunciado nº 331, com destaque no seu item I:

‘Contrato de prestação de serviços. Legalidade (mantida). (Resolução nº 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03)

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 03.01.74). (...)’

41. *Ao contrário* do que a assertiva genérica contida no Enunciado faz supor, *a prestação de serviços por trabalhadores vinculados à empresa interposta pode ser lícita ou ilícita*. Será ilícita nos casos em que haja fraude, servindo a empresa em questão como mera fachada para contratação irregular, fugindo às exigências inerentes ao direito do trabalho. A doutrina especializada e a jurisprudência trabalhista reconhecem que a distinção entre a prestação regular de serviços e as contratações irregulares quase sempre é bastante complexa, demandando a análise das particularidades de cada situação fática. O Enunciado nº 331 não parece capaz de dar conta dessas circunstâncias de forma adequada, potencializando a ocorrência de injustiças contra qualquer uma das partes envolvidas na relação trabalhista¹⁴.

42. De fato, os elementos envolvidos nessa análise factual e mencionados no Enunciado nº 331 – personalidade, subordinação direta e atividade-meio – constituem, eles mesmos, conceitos jurídicos indeterminados, envolta em controvérsia e sujeitos a grande variação, dada a quantidade incontável de circunstâncias fáticas e regimes trabalhistas possíveis. Por conta de sua *textura aberta*, o item I do Enunciado nº 331 acaba podendo ser aplicado de forma indiscriminada.

43. *O resultado final produzido pelo item I do Enunciado nº 331 do TST é, portanto, nitidamente incompatível com a Constituição*: entendimento jurisprudencial produzido à luz de certas situações de fato acaba podendo ser estendido a outras de forma quase automatizada, minimizando os rigores do devido processo legal e dificultando o

14 Nesse sentido, reconhecendo que o Enunciado nº 331 não dá conta de apreender toda a realidade fática, v. MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, 2005. p. 132: “(...) não pode ser entendido como taxativo, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas”.

cabimento de recursos. *Inegável, portanto, a violação aos preceitos fundamentais da separação de Poderes, do acesso à justiça, do devido processo legal e da isonomia.*” (grifou-se)

Por sua vez, o douto Parecer em que S.S^a analisa a Súmula nº 331 com enfoque meritório está assim ementado, *verbatim*:

“*LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULA POR TRIBUNAL SUPERIOR.*

Ementa: Súmula de enunciado excessivamente genérico e aberto, que inclui conceitos jurídicos indeterminados. Aplicação potencial a inúmeras hipóteses não consideradas nos precedentes que levaram à sua edição. Violação aos princípios da separação de Poderes, devido processo legal e isonomia.”

A exemplo do outro Parecer já referido, depois de esmiuçar a matéria com a propriedade e competência que lhe são peculiares, conclui seu veredicto nos seguintes termos:

“(e) O item I do Enunciado nº 331 do TST incorre nas violações referidas acima. Produzido a partir da revisão de outro Enunciado do TST – o de nº 256 –, e *justamente por conta de seu caráter vago*, o novo enunciado conservou o mesmo problema. *Em vez de identificar situações-tipo que gerariam contratações regulares ou irregulares, o item I limita-se a enunciar, de forma genérica, que o emprego de trabalhador cedido por empresa interposta seria fraudulento, desconsiderando a variedade de situações encontradas no mundo real.* Na tentativa de produzir maior segurança, o Enunciado nº 331 acaba exacerbando os referidos problemas, valendo-se de conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, como subordinação direta, pessoalidade e a distinção, *não raro tênue*, entre atividades-fim e atividades-meio. *Na prática, o Enunciado nº 331 equipara-se a um dispositivo de lei: em vez de guardar relação com as situações que motivaram sua edição, assume a forma de um regramento geral, extensível a situações que não tenham sido analisadas de forma específica segundo o devido processo legal.*

É como me parece.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2008.” (grifou-se)

Como se não bastasse a contundência da argumentação do ilustre Professor Barroso, o STF estampou notícia em seu *site*, datada de 13.11.08, dando conta de que o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar em

Reclamação (RCL 6.970) ajuizada pelo Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (DAESP) para suspender decisão do Tribunal Superior do Trabalho por ter desrespeitado a Súmula Vinculante nº 10¹⁵, daquela Excelsa Corte, que trata do princípio constitucional da reserva de plenário.

O alvo da reclamação intentada pelo DAESP é nada menos que o item IV da Súmula nº 331/TST, que serviu de supedâneo para o afastamento, pelo TST, da aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

10 – EXTRAVASAMENTO DO CONCEITO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA PARA A EMPRESA PREPONDERANTE DENTRO DO GRUPO ECONÔMICO. EQUÍVOCOS

Outro problema que tem permeado as difíceis relações entre empresas tomadoras de serviços e empresas fornecedoras de mão-de-obra, com ou sem insumos, é o relativo ao enquadramento sindical pela atividade preponderante da empresa tomadora dos serviços.

Como se não bastasse, há, ainda, o enquadramento pela atividade da empresa mais importante dentro do grupo econômico, chegando-se ao ponto de pretender o enquadramento, num caso concreto em que officiei, de um tratorista, nas benesses da Convenção Coletiva dos Bancários, porque um Banco, então estatal, adjudicou, em execução, uma fazenda, no Estado do Paraná.

Com os terceirizados não tem sido diferente.

No entanto, o Ministério do Trabalho, através da Nota Técnica/CGRT/SRT nº 08/04, que tem por assunto “Enquadramento Sindical na Terceirização”, já referida, é enfático ao recomendar, no tópico intitulado “Terceirização e Enquadramento Sindical”, que “como organização distinta e autônoma à do contratante dos serviços, parece certo que a atividade econômica preponderante do terceirizado *não se igualará ou não guardará semelhança com a atividade focalizada pela organização do tomador*, até porque, na díase atividade-meio e atividade-fim, *o que é serviço acessório para o segundo é motivo de ser do primeiro. (...) E mais, cada uma se relacionará com as representações coletivas*

15 Súmula Vinculante nº 10. “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Fonte de publicação: DJ 117/08, p. 1, em 27.06.08; DO 27.06.08, p. 1.

dos trabalhadores segundo a conformação econômica de sua particular atividade preponderante” (grifou-se).

11 – SUFOCAMENTO DA ATIVIDADE SINDICAL PELA EXACERBAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL

Agindo de forma diferente da preconizada na Nota Técnica acima referida, a Autoridade do Ministério do Trabalho acaba por sufocar a atividade sindical já dita incipiente no Brasil, pela exacerbação da atividade estatal.

Com isso, fortalecem-se sindicatos acomodados que têm no Executivo seu defensor *ad doc*, contribuindo essa cultura para a perenização do nível de sindicalismo praticado no país – salvo exceções – impedindo-se, na prática, o surgimento de novas entidades, mais representativas e específicas, com inegáveis prejuízos aos milhares, talvez milhões de trabalhadores já vinculados ao setor.

12 – NOVOS RUMOS: SENSIBILIDADE SOCIAL

Diante do quadro posto depreende-se que o país não pode fazer de conta de que ainda se está na década de 40 e a CLT seja bálsamo curador para todos os males.

É preciso muita sensibilidade social por parte dos Agentes Públicos. O setor de serviços tem sido o grande responsável pelo aumento significativo na formalização de contratos, principalmente pela CLT, pois o sócio de uma empresa parceira de uma construtora ou de uma montadora, que além da sua força de trabalho emprega outros trabalhadores, também tem seu contrato formalizado, embora de natureza civil, recolhendo impostos e contribuições à Previdência, fazendo jus à aposentadoria, no devido tempo, como os demais empregados do setor privado.

Não deve haver tolerância alguma quando violado o art. 41 da CLT por qualquer dos parceiros, em relação a seus empregados, bem como no que pertine aos impostos e encargos sociais a que está obrigado, sendo de se manter entendimento segundo o qual a empresa contratante fica subsidiariamente responsável por eventual inadimplência do empregador direto, como corolário da aplicação do princípio do direito civil da *culpa in eligendo*.

Todavia, essa ojeriza, essa aversão que se construiu contra a terceirização – na esteira do combate implacável às cooperativas, sejam elas de que tipo forem – tem impedido o país de crescer, não apenas economicamente, mas como nação,

dando segurança jurídica a seus cidadãos e a todos os estrangeiros que aqui vivem, trabalham ou têm negócios produtivos.

Nas palavras de Rafael Caldera, *apud* Ministro Vantuil Abdala, *op. cit.*, “o Direito do Trabalho não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são *efeitos do trabalho*. Sua grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo de invenções que, a cada instante, nos apresenta novas maravilhas com o destino próprio de seus resultados, que deve ser não o de enriquecer unicamente uma minoria de inventores, mas o de gerar empregos que possam atender os demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor”.

13 – CONCLUSÕES

– O encadeamento produtivo, quer na indústria, quer no comércio e em outros setores da economia, é irreversível, como o é a globalização, devendo o direito nacional adaptar-se aos novos tempos. Nas palavras do Ministro Ayres Britto¹⁶, “o Direito existe para a realidade, para a vida”.

– A terceirização (complementaridade) de serviços também é fenômeno tão assimilado pelas empresas e, bem assim, pelos próprios cidadãos, com desdobramentos dentro e fora do país, que seu retorno ao *status quo ante* é algo impensável. Já faz parte de seu DNA.

– Até que haja o esperado aperfeiçoamento nas poucas regras existentes sobre a terceirização, quer a partir dos projetos em andamento, quer pela noticiada nova iniciativa do Poder Executivo, s.m.j., deve o TST rever o texto da Súmula nº 331, mormente o seu item I, ante a sua possível inconstitucionalidade. Acresça-se a recente decisão do Ministro Lewandowski contra o item IV da mesma Súmula, ainda que de forma reflexa.

– Enquanto nada disso ocorre devem os aplicadores do direito analisar com maior profundidade as relações existentes entre empresas, envolvendo parcerias e afins, evitando-se demasiado apego a conceitos – e preconceitos – que não estejam expressamente previstos em lei.

16 BRITTO, Carlos Ayres. Entrevista concedida a Viviane Dias. *Revista Anamatra*, 2º semestre de 2008, p. 4.

D O U T R I N A

– O Ministério do Trabalho e Emprego, por seus AFTs, deve abster-se de decidir como se Juízes fossem, acerca da natureza jurídica dos contratos encontrados entre empresas e seus parceiros, desde que devidamente formalizados e observada a ressalva já feita quanto ao art. 41 da CLT em relação aos empregados dos últimos. Havendo dúvida sobre a correção dos contratos deve ser observado o quanto disposto no art. 39 da CLT.

– O equilíbrio nas relações capital/trabalho somente será alcançado quando todos puderem se sentir incluídos no processo produtivo do país, seja qual for a natureza da vinculação que os una, respeitados os direitos humanos, as garantias fundamentais, as normas de medicina e segurança, a formalização dos contratos e a segurança jurídica tão necessários à paz social.

É o que se deseja na conclusão deste singelo trabalho.