

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**ESCOLA DE DIREITO**  
**MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

**BRUNO MILANO CENTA**

**ASPECTOS LEGAIS, POLÍTICOS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO: A  
PRÁTICA EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE.**

**CURITIBA**

**2015**

**BRUNO MILANO CENTA**

**ASPECTOS LEGAIS, POLÍTICOS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO: A  
PRÁTICA EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico e Socioambiental

Linha de pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Marco Antônio César Villatore

**CURITIBA  
2015**

**BRUNO MILANO CENTA**

**ASPECTOS LEGAIS, POLÍTICOS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO: A  
PRÁTICA EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Curitiba, 30 de janeiro de 2015.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

Prof. Pós-Dr. Marco Antônio César Villatore  
Orientador - PUCPR

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet - PUCPR

Prof. Pós-Dr. Gilberto Stürmer - PUCRS

*Para Ingrid, minha fonte eterna de admiração e inspiração.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha noiva Ingrid, pela paciência da incansável revisão, apoio e crítica.

À minha mãe Márcia, e extensivamente à toda família Milano, por conseguir despertar de forma tão intensa e apaixonada meu interesse pelo Direito e na dinâmica hospitalar, que juntos resultam neste trabalho.

Ao meu tio Rodrigo, pelas boas ideias que, mesmo despretensiosas, fizeram evoluir muitos dos conceitos aqui estudados.

À toda equipe do FM&M Advogados, especialmente ao meu sócio Phillipe, por toda a paciência, entendendo minha ausência. O mesmo serve para os times da FEHOSPAR e da Confederação Nacional de Saúde.

Ao Professor Villatore, pela palavra amiga e de incentivo, que sempre encorajou e contribuiu para minhas descobertas no Direito do Trabalho.

Ao amigo Guedes, grande responsável pelo meu ingresso no Programa de Mestrado.

À PUCPR, casa da qual me orgulho imensamente em fazer parte, pela contribuição inestimável de cada Professor do Programa na grande transformação pessoal a que fui submetido.

À benção de Deus, por absolutamente tudo.

## RESUMO

É preciso um pouco mais que capital e disposição para o trabalho para arriscar investimentos no Brasil. Além da carga tributária quase confiscatória, graves falhas de infraestrutura, corrupção sistêmica e baixo nível de qualificação da mão de obra disponível, ao empreendedor se reserva o desafio de contratar trabalhadores sob a égide de uma legislação trabalhista arcaica e omissa sobre grandes temas afetos à gestão moderna da atividade empresarial, em especial a terceirização. Em que pese estratégias empresariais de subcontratação correspondam à geração de emprego de mais de onze milhões de brasileiros, o Poder Legislativo segregou a discussão da matéria a nível de menor importância, afirmação que se corrobora a vislumbrar o que o Projeto de Lei 4.330/2004, principal proposta regulatória à matéria, tramita há mais de uma década sem votação ou perspectiva de solução final. Em resposta à inércia legislativa, o ativismo judicial produziu a Súmula 256, originária da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; único marco presente no Direito brasileiro a nortear tal espécie de relação de trabalho. Tal solução, admitida pela Suprema Corte Trabalhista como óbice à precarização das relações de trabalho que tanto estigmatiza a terceirização, tem como base conceitos altamente subjetivos a balizar a legalidade da referida estratégia, especialmente nas classificações em atividade meio e atividade fim, cuja delimitação é de extrema dificuldade especialmente em atividades multidisciplinares, tal qual a de hospitais e serviços de saúde. A impropriedade dos requisitos previstos na Súmula fez que a discussão avançasse ao Supremo Tribunal Federal, com reconhecimento da repercussão geral da matéria e a perspectiva de nova solução advinda do ativismo do Poder Judiciário, aguardada com expectativa pelos atores do processo produtivo, esperançosos em redirecionar os recursos hoje represados em discussões trabalhistas para o investimento em suas plantas e consequente desenvolvimento econômico e social do país.

**Palavras chave:** Terceirização. Súmula 331 do TST. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

A little more than capital and willingness is needed to launch investments in Brazil. In addition to the tax burden almost confiscatory, serious infrastructure failures, systemic corruption and low level qualification of the available labor force, to the entrepreneur is reserved the challenge of hiring workers under the aegis of an archaic labor laws and silent on major topics related to the modern management of business, especially outsourcing. Despite business strategies subcontracting correspond to the generation of employment over eleven million Brazilians, the legislature segregated discussing the matter to the level of lesser importance, as the Project 4.330/2004 - main regulatory proposal to the matter – is being processed for over a decade without voting or final solution perspective. In legislative inertia response, the judicial activism produced Precedent 256, the origin of the actual Precedent 331 of the Superior Labor Court; the only guide in Brazilian law to regulate such sort of working relationship. This solution, idealized by the Supreme Labour Court as an obstacle to the casualization of labor relations that both stigmatizes outsourcing, is based on highly subjective concepts to gauge the legality of that strategy, especially in ratings amid activity and core activity. To identify them is extremely difficult, especially in multidisciplinary activities, like the hospitals and health services. The impropriety of the requirements of Precedent made that the discussion move forward to the Brazilian Supreme Court, with recognition of the general repercussion of the matter and the prospect of new arising solution of the judiciary activism, long awaited by the actors of the production process, hopeful to redirect resources today dammed in labor discussions for investment in its plants and consequent economic and social development of the country.

**Keywords:** Outsourcing. Precedent 331 of the TST. Judicial activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 CONCEITOS, ASPECTOS LEGAIS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO</b> ....	<b>13</b>
1.1 DEFINIÇÕES .....	13
1.2 DAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO INTERPOSTA PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	15
<b>1.2.1 Contrato de Trabalho temporário</b> .....	<b>15</b>
<b>1.2.2 Contratos de empreitada</b> .....	<b>17</b>
<b>1.2.3 Serviços de vigilância ostensiva e transporte de valores</b> .....	<b>17</b>
<b>1.2.4 Cooperativas</b> .....	<b>19</b>
1.3 O DIREITO IMPORTA? A LEI COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO.....	22
<b>1.3.1 A solução do <i>jus ativismo</i>: regramento trazido pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho</b> .....	<b>30</b>
<b>1.3.2 Da definição de atividade meio e atividade fim</b> .....	<b>34</b>
<b>1.3.3 A questão tratada perante o Supremo Tribunal Federal: reconhecimento da repercussão geral da terceirização e sobrestamento das demandas envolvendo os <i>call centers</i></b> .....	<b>37</b>
<b>2 DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO EM SERVIÇOS DE SAÚDE</b> .	<b>48</b>
2.1 DA CONSTITUIÇÃO JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE .....	48
2.2 A HOTELARIA COMO FOCO NA ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR.....	52
2.3 DA AUTONOMIA PROFISSIONAL DO MÉDICO INSERIDA NO CONTEXTO ATUAL DE ATIVIDADE HOSPITALAR .....	55
2.4 DA PECULIAR FORMAÇÃO PROFISSIONAL E AUTONOMIA DA VONTADE .	66
<b>3 PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES POSSÍVEIS</b> .....	<b>71</b>
3.1 PROJETO DE LEI 4330/2004 – DEPUTADO SANDRO MABEL (PL/GO) E APENSOS.....	71

3.2 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO .....	78
<b>3.2.1 Direito Peruano: grandes possibilidades, grandes responsabilidades.....</b>	<b>78</b>
<b>3.2.2 Direito Uruguaio: legislação e considerações sobre a responsabilidade solidária.....</b>	<b>82</b>
3.3 DIREITO ARGENTINO: TERCEIRIZAÇÃO COMO PRÁTICA NEOLIBERAL.....	84
<b>3.3.1 A terceirização nas normas laborais argentinas .....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.2 Lei 25.013/1998 .....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.3 Decreto 1.694/2006 .....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.4 Lei 20.744 – Lei de Contrato de Trabalho.....</b>	<b>88</b>
3.4 DIREITO VENEZUELANO: LEI ORGÂNICA DO TRABALHO, DOS TRABALHADORES E DAS TRABALHADORAS (LOTT).....	89
<b>3.4.1 A proibição como princípio .....</b>	<b>89</b>
<b>3.4.2 A alternativa dos Contratistas.....</b>	<b>93</b>
3.5 DIREITO EQUATORIANO: VEDAÇÃO PELA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 2008.....	94
3.6 A CONVENÇÃO 181 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO .	96
3.7 OS EXEMPLOS DO DIREITO COMPARADO: A OMISSÃO NÃO PODE SER SOLUÇÃO.....	99
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>107</b>

## INTRODUÇÃO

Um mercado dinâmico e competitivo exige das empresas modernas especialização, capacitação contínua, oferta de produtos, serviços e tecnologias de forma cada vez mais célere.

A associação de diversas empresas em parceria para atender este mercado é também cada vez mais comum. O produto que chega acabado ao consumidor por vezes é fruto da comunhão de esforços de dezenas de corporações atuantes em prol de uma marca.

Computadores, tablets, smartphones e inúmeros outros produtos e serviços por vezes são concebidos por tecnólogos do Vale do Silício Americano, produzidos na China. Carros são projetados na Alemanha, Estados Unidos e na França para serem materializados em Araquari, Camaçari e Curitiba, por vezes com a contribuição de fornecedores locais para motores, estofamentos, peças e outros serviços.

Por vezes o sentido é inverso, e projetistas brasileiros são responsáveis pela concepção de produtos que serão fabricados nos Estados Unidos e Europa. Um automóvel que circula nas ruas de Paris é idêntico ao encurralado pelos engarrafamentos de São Paulo.

A tônica da indústria e do comércio é pela produção de bens de consumo globais, padronizados e consumidos em todos os continentes sem distinção; reunindo fatores como o conhecimento, capacidade estrutural e força de trabalho múltiplos a dar o tom do mercado global.

Aquele que não é capaz de manter o dinamismo e a constante evolução na oferta de produtos e serviços será descartado por uma sociedade cada vez mais ávida ao consumo.

É concebível portanto que um dos instrumentos mais poderosos para atuação globalizada passe despercebido ao Direito? É plausível ao ordenamento jurídico omitir-se em regulamentar ferramenta propulsora de desenvolvimento tecnológico, econômico e humano, baseando-se nos males que precarização das relações de trabalho pode trazer como consequência?

A resposta é afirmativa quando tratamos da legislação trabalhista vigente no Brasil; ou melhor, da absoluta ausência desta quando em matéria de subcontratação.

Mesmo diante da relevância da terceirização de serviços e tecnologias para a efetiva participação do país neste grande processo mundial, e de todas as possibilidades que este processo proporciona, vive o Brasil verdadeiro apagão regulatório para a nortear tal modalidade de contratações.

Pode-se afirmar que as relações trabalhistas mantidas em regime de terceirização navegam de acordo com o subjetivismo: dois casos idênticos podem ter resultados antagônicos se submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário, haja vista a fragilidade dos balizadores atualmente adotados à definição da legalidade ou não de estratégias empresariais neste sentido.

A indefinição legislativa tem consequências caras e claras aos desenvolvimentos econômico e social brasileiros: considerável capital que poderia ser investido em qualificação pessoal e estrutural é destinado ao pagamento de ações trabalhistas decorrentes muitas vezes da regulação falha; bem como seus indissociáveis custos decorrentes do trâmite destes processos, como custas, honorários profissionais e especialmente, o custo social e econômico de um Poder Judiciário sobrecarregado pelo acúmulo cada vez maior de demandas.

Em que pese a importância da subcontratação de serviços à economia nacional e dos milhões de empregos mantidos através desta modalidade de vínculo, a opção do Poder Legislativo é pela omissão, esquivando-se da votação das iniciativas de Projetos de Lei a tal mister; especialmente o Projeto de Lei 4.330/2004,

que há mais de uma década tramita pelo Congresso Nacional sem qualquer panorama de solução definitiva.

O marco regulatório para tema tão primordial no Universo do Trabalho vem do ativismo judicial: a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho tem sido o norte à regulação dos contratos, solução de conflitos e atribuição das devidas responsabilidades quando os antigos vínculos terceirizados se transformam em demandas a tramitar perante a Justiça do Trabalho.

A solução dos Tribunais, contudo, mostra-se pouco eficiente, mais hábil na geração de controvérsias do que na solução eficaz dos litígios; isto porque se funda em conceitos dúbios a validar a terceirização lícita, que segundo a regulação presente na aludida Súmula ocorreria quando a subcontratação se restringe à atividade-meio da empresa; reservando a ilegalidade à todos os contratos firmados tendo por objeto a atividade-fim.

Ocorre que tal Enunciado jamais cuidou em delimitar tais conceitos de atividade-fim e atividade-meio, relegando interpretação tão decisiva ao subjetivismo, à interpretação de cada Fiscal do Trabalho, Magistrado ou Tribunal.

O próprio Poder Judiciário reconhece que a solução da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho não pode ser a final para a terceirização. Em 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão, devendo se debruçar sobre os conceitos hoje existentes para interpretação mais segura, contudo ainda sem perspectiva de julgamento. Na mesma linha, sobrestou todos os processos de terceirização em que estejam envolvidas operadoras de call center e seus contratados.

É certo, portanto, que a lacuna legislativa somada à evasiva solução jusativista reservou ao empresário brasileiro o mais alto nível de insegurança jurídica.

Este, ainda que cumpridor absoluto de todas as obrigações cíveis, trabalhistas e fiscais de seus contratos, atuará sempre ao risco da espada da Justiça do Trabalho se optar por se valer da terceirização como incremento de seus negócios.

A fragilidade dos conceitos de atividade-fim e atividade-meio será demonstrada especificamente por meio da análise do modelo de atividade hospitalar, por todas as particularidades que este ramo de atividade empresária representa, com a inserção do profissional médico como elemento essencial do negócio sem que este se confunda, necessariamente, com a sua finalidade.

Retomando à perspectiva futura no processo regulatório, o Projeto de Lei 4.330/2004, principal iniciativa de regulação brasileira pelo processo legislativo ordinário, será objeto de análise em conjunto com alguns de seus principais apensos. Tal análise trará algumas das respostas acerca das dificuldades em se evoluir sobre o tema pelo Poder Legislativo, haja vista o antagonismo ideológico presente nos debates no Congresso Nacional que preferem premiar a insegurança e o alto custo do empreendedorismo à sedimentação da questão por regramento definitivo: a consagração da terceirização ou sua vedação definitiva.

Na mesma esteira resolutiva, o direito comparado, cujo especial destaque conferimos à legislação latino americana, auxilia à reflexão quando da análise de outros ordenamentos jurídicos se apuraram soluções para a garantia dos direitos dos trabalhadores concomitantemente à terceirização; ou ampliaram-se as barreiras em definitivo para o seu desestímulo.

A regulação é imperiosa para que um dos gargalos ao crescimento nacional e ao desenvolvimento empresarial seja extirpado, e para que conceitos dúbios não coloquem em xeque a honradez e a honestidade de milhões de empresários brasileiros.

## CAPÍTULO 1

### CONCEITOS, ASPECTOS LEGAIS E ECONÔMICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

#### 1.1. DEFINIÇÕES

Como analisamos no intróito, a terceirização carece de definição na legislação brasileira.

Pode-se definir a terceirização como estratégia empresarial, com objetivo de potencializar ou especializar determinada atividade na empresa.

Como bem define Sergio Pinto Martins<sup>1</sup>, *o objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer no mercado. Esta pretende, com a terceirização, a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência do numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento e também em novos produtos”.*

Do conceito de Martins se pode extrair que, a despeito de eventual precarização ou fraude que possa se perpetrar na relação de trabalho, a terceirização pode sim ser utilizada para fins de competitividade e agilidade.

Em linhas gerais, significa afirmar que a terceirização pode contribuir para a especialização no processo produtivo, trazendo ao mercado produtos e serviços de melhor qualidade; a medida que são executados em parceria com *players* que detém o melhor *know how* a contribuir na produção.

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. – 12. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2012. p.11.

Na lição de Fernando Basto Ferraz<sup>2</sup>, *“para o tomador de serviços não importa a personalidade, mas o serviço. Não mais importa dirigir a prestação dos serviços, mas sim os resultados”*.

A figura do empregado propriamente dito passa a ser secundária, haja vista que este é uma das peças do processo produtivo. Ganha enfoque a relação comercial entre duas empresas – ou mesmo entre empresa e um trabalhador autônomo especializado – que visem produzir em parceria produtos diferenciados, potencializando esforços e conhecimento.

Exemplo consagrado desta mentalidade é a indústria automobilística. Em verdade, os processos de fabricação de carros hoje nada mais são do que a concentração da linha de montagem de uma grande marca – em grande parte automatizada – de uma série de componentes produzidos por terceiros especializados. Determinada empresa produz os componentes plásticos, outra motores, terceira estofamentos, e daí em diante, modelo de negócio que também se prolifera entre outros ramos de atividade com o hospitalar, cuja análise aprofundada dar-se-á em tópico específico.

Do próprio exemplo mencionado no parágrafo anterior, já se verifica a dificuldade da delimitação do conceito consagrado no país pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – que será analisada à minúcia neste estudo - , de que a terceirização é lícita em atividades meio da empresa.

Ora, o que é atividade-meio em uma fábrica de automóveis? Haveria ilicitude na compra dos motores prontos de terceiros para instalação nos carros da montadora?

---

<sup>2</sup> FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho** – São Paulo: LTr, 2006. p. 240.

São dificuldades que a legislação atual não consegue transpor, o que indubitavelmente cria ambiente de incertezas e insegurança jurídica quando da contratação de serviços terceirizados.

## 1.2. DAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO INTERPOSTA PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em que pese não haja disposição concreta acerca da terceirização de serviços a respaldar legalmente a prática, mister se faz destacar as normativas em vigor que autorizam, em casos específicos, a contratação de serviços além da forma usual de vínculo de emprego direto prevista no artigo 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho.

As modalidades elencadas no ordenamento jurídico pátrio são o trabalho temporário, os serviços de segurança, os contratos de empreitada e as cooperativas, cujos pormenores abordaremos a seguir.

### **1.2.1. Contrato de Trabalho temporário**

O contrato de trabalho temporário encontra-se disciplinado na Lei 6.019/1974.

Tem por escopo a prestação de serviços por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular ou

permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, conforme dispõe o artigo 2º.<sup>3</sup> do referido Diploma.

São exemplos clássicos desta modalidade de contratação aquelas ocorridas em época de grande volume de vendas no comércio, quando ocorrem recrutamentos de pessoal para o trabalho em fábricas de chocolate em período de Páscoa ou reforço de pessoal para as vendas nos *shoppings centers* em período natalino.

Os contratos têm de ser obrigatoriamente escritos, constando no documento a justificativa para a demanda de trabalho temporário, segundo inteligência do artigo 9º.<sup>4</sup> da Lei.

Frise-se que este mesmo artigo determina que o contrato deve ser firmado entre a empresa tomadora de serviços e a de trabalho temporário, obrigando nesta modalidade a figura da empresa interposta.

Ao nosso ver, este último aspecto é incongruente sob o viés protecionista do trabalhador ao qual não se pode olvidar, vez que a lei cria um desnecessário “mercado” de empresas interpostas e aluguel de mão de obra em relação de trabalho onde o foco e o aspecto temporal da prestação de serviços são absolutamente bem delimitados.

Por fim, o regramento ainda estabelece aspecto de temporalidade para a pactuação, que não pode exceder a três meses<sup>5</sup>, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.

---

<sup>3</sup> Art. 2º. - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

<sup>4</sup> Art. 9º. - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

<sup>5</sup> Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão de Obra.

### **1.2.2. Contratos de empreitada**

De uso comum na construção civil, os contratos de empreitada e subempreitada tem sua regulação, especialmente no que se refere aos aspectos de responsabilidade, nas disposições do artigo 455<sup>6</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em seu *caput*, o artigo dispõe que cabe aos empregados o direito de reclamação contra o empregado principal caso se verifique o inadimplemento por parte do subempreiteiro.

A disposição da lei determina a caracterização de responsabilidade subsidiária explícita do empreiteiro tomador, ainda que o parágrafo único autorize a possibilidade de ação regressiva deste em face do subempreiteiro.

### **1.2.3. Serviços de vigilância ostensiva e transporte de valores**

A contratação de serviços de vigilância por empresa terceirizada se encontra regulamentada pela Lei 7.102/1983.

---

<sup>6</sup> Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

O artigo 3º.<sup>7</sup> da Lei autoriza expressamente que os serviços de vigilância ostensiva e transporte de valores sejam realizados por empresa especializada contratada;

---

<sup>7</sup> Art. 3º. A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada;

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

Nesta modalidade específica de serviços, a legislação estimula a contratação de serviços especializados em virtude do grande - e justificado – número de exigências técnicas para a autorização de operação.

#### **1.2.4. Cooperativas**

O parágrafo único do artigo 442 da CLT exclui em absoluto, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, o vínculo de emprego entre ela e seus associados, bem como em relação do tomador de serviços.

Tal disposição chegou a ter sua revogação proposta quando da edição da Lei 12.690/2012, que atualiza as disposições sobre a organização e o funcionamento das Sociedades Cooperativas, mas foi vetada pela Presidência da República sob o argumento de que a disposição celetária disciplina a matéria de forma ampla e suficiente.

Vislumbra-se, a princípio, que a disposição legal não apresenta condicionantes ou requisitos a excluir a caracterização da relação de emprego.

Deve-se considerar, contudo, que tal amplitude de presunção fez da figura das cooperativas foco para um sem número de fraudes e precarização de direitos trabalhistas.

Proliferaram-se no Brasil sociedades de fachada, sem a mínima observância dos regramentos legais de organização; com trabalhadores subordinados e trabalhado à salário fixo para cooperativas das quais deveriam ser “donos”.

O Poder Judiciário tem sido rígido em coibir que a fraca letra da lei prevaleça a contratos ilegais, declarando o vínculo de emprego sempre que se vislumbra a inobservância dos requisitos necessários à constituição das sociedades cooperativas.

Neste sentido, analisaremos dois interessantes julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região (PR), a desconstituir as cooperativas por irregularidade na constituição e trabalho subordinado dos cooperados.

Em Acórdão proferido nos autos de Recurso Ordinário de número 02556-2010-022-09-00-9<sup>8</sup>, de Relatoria da Desembargadora Sueli Gil El Rafihi, o Regional analisa ser a Cooperativa uma sociedade civil integrada de pessoas que se obrigam reciprocamente a contribuir com bens ou serviços ao exercício de determinada atividade econômica, em proveito comum dos cooperados e sem fins lucrativos; visando, portanto a promoção da melhoria da condição econômica e social de seus membros.

Citando o artigo 7º, da Lei Geral das Cooperativas nº. 5.764/1971, declara que as cooperativas singulares se caracterizam pela prestação de serviços aos associados. Ou seja, a prestação de serviços deve se dar em favor dos associados, não dos associados em prol de terceiros.

No caso concreto, o cooperado foi contratado pela 1ª. Ré para atender contrato de prestação de serviços, firmados com outra tomadora de serviços. O fato de o autor ter assinado os documentos de ingresso e matrícula na Cooperativa foi desconstituído judicialmente, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, assim como a constituição regular da Cooperativa.

O Acórdão esclarece ainda que, sob o entendimento da Turma Julgadora, o objetivo da exclusão de vínculo prevista no artigo 442 da CLT, é valorizar a criação

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário número 02556-2010-022-09-00-9**. Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do Paraná em 28.06.2011.

de cooperativas, no sentido de eliminar a subordinação, estimulando um trabalho tipicamente autônomo, além de melhorar a remuneração e as condições de trabalho dos associados.

Contudo, ressalta que os contratos firmados entre particulares não podem prejudicar os direitos dos trabalhadores. No entendimento do Acórdão, trata-se o objeto da demanda de hipótese de terceirização de mão de obra travestida do instituto do cooperativismo, através da qual se visou admitir a subcontratação, sem que esta viesse a constituir em afronta aos artigos da CLT definidores da relação empregatícia, e, especialmente com relação ao artigo 9º do mesmo estatuto, que considera nulos os atos que tencionem desvirtuar a legislação trabalhista.

Na prática, o reclamante sempre prestou serviços em favor da ré segunda reclamada e a atividade por ele realizada, de vendas e atendimento ao cliente, na atividade-fim da recorrente, razão pela qual o pedido de vínculo foi provido.

No mesmo sentido de provimento do pedido obreiro de vínculo de emprego é o julgado proferido nos autos de Recurso Ordinário 01100-2005-657-09-00-7<sup>9</sup>, relatados pelo Desembargador Célio Horst Waldraff. Neste Acórdão, se destaca ser primordial às cooperativas a presença do princípio da dupla qualidade, ou seja, o fato do filiado obrigatoriamente ocupar posição simultânea de cooperado e cliente, auferindo benefícios desta dupla situação.

Também há de se verificar o princípio da retribuição pessoal diferenciada, que traduz a possibilidade do cooperado obter uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquela que receberia se não estivesse associado.

Assim, a prestação de serviços por meio de cooperativas deve coadunar estes dois requisitos, de modo a não deixar dúvidas quanto à autonomia do associado em relação ao tomador de serviços. Em havendo trabalho subordinado,

---

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário número 01100-2005-657-09-00-7**. Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do Paraná em 02.07.2010.

verifica-se a fraude à lei e o conseqüente reconhecimento da relação de emprego diretamente o tomador dos serviços.

Há na melhor jurisprudência, portanto, interpretação restritiva da disposição legal acerca do vínculo de emprego trazida pelo artigo 442 da CLT, devendo esta ser conjugada com as obrigações de organização e funcionamento trazidas pela Lei 12.690/2012 além de, logicamente, serem verificadas as condições de proveito próprio ao trabalhador e ausência de subordinação direta ao tomador.

### 1.3. O DIREITO IMPORTA? A LEI COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO

Segundo ensina Douglas North<sup>10</sup>, A história econômica se constitui pela performance das economias através do tempo. A teoria das dinâmicas econômicas é também crucial no campo do desenvolvimento econômico. Como prescrever políticas se não se entende como as economias se desenvolvem?

Há duas assunções errôneas nas análises da performance econômica através do tempo: a primeira é de que as instituições não importam, e a segunda é de que o tempo não importa.

---

<sup>10</sup> NORTH, DOUGLASS C, 1994. **Economic Performance through Time**, American Economic Review, American Economic Association, vol. 84(3). p. 359.

Instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade, sendo as instituições políticas e econômicas determinantes da performance econômica.

Quando é custoso transacionar, as instituições importam; e é custoso transacionar.

Mas os requerimentos informacionais e institucionais necessários a um mercado eficiente são rigorosos. Os agentes não podem somente ter objetivos, mas saber os meios corretos de alcançá-los, como saberão os meios corretos? A instrumentalidade racional responderá, mesmo quando os atores inicialmente tem diferentes e errôneos modelos, o feedback informacional e a arbitragem vão corrigir os erros, punir os comportamentos indevidos e guiar os atores sobreviventes ao modelo correto.

É excepcional encontrar mercados com condições aproximadas de eficiência, e impossível quando se trata de mercados políticos.

Quando mensurar possui custos, as dimensões físicas possuem critérios específicos, e os direitos de propriedade estão resguardados na lei. A competição também reduz os custos. O sistema judicial providencia o esforço coercitivo.

Nos sistemas políticos, é mais difícil. As trocas são de promessas por votos. O votante tem um pequeno incentivo para ser informado porque sua importância individual é pequena. A competição é bem menos efetiva.

Ao final, é a política que define os esforços para os direitos de propriedade.

É a interação entre instituições e organizações que forma a evolução institucional da economia. Se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores.

As organizações que vem à existência refeletirão as oportunidades de uma matriz institucional. A mudança econômica é um processo de incremento

consequência das escolhas de atores individuais e empresários das organizações, todos os dias.

Ainda que a maioria dessas decisões seja rotina, algumas envolvem contratos que geram a necessidade de modificações. As normas de comportamento vão sendo alteradas. Em todas as instâncias, as instituições vão sendo alteradas.

Modificações ocorrem dada a percepção individual de que se poderia fazer melhor pela reestruturação.

A teoria da escolha racional assume que os indivíduos sabem quais são seus interesses próprios e agem de acordo. Isso pode ser correto para decisões individuais em mercados desenvolvidos de economias modernas, mas é patentemente falso quando decisões são tomadas em ambiente de incerteza que caracteriza as escolhas econômicas e políticas e que dá forma à mudança histórica.

Não há garantia que crenças e instituições que se desenvolvem ao longo do tempo trarão crescimento econômico. De fato, muitas sociedades ficam “presas” numa matriz institucional que não desenvolve na troca impessoal para atingir os objetivos de produtividade que vem da especialização e divisão do trabalho que produziu a Riqueza das nações.

É a cultura que determina a independência, e esta vem com o tempo, com o aprendizado coletivo. Sociedades que ficam “presas” encarnam sistemas e instituições que falham ao confrontar e resolver novos problemas da complexidade social.

Não há nada automático no desenvolvimento de condições que vão permitir baixo custo de transações nos mercados impessoais que são essenciais às economias produtivas. Isso se explica pela Teoria dos Jogos. Indivíduos estarão em cooperação, até a próxima jogada, quando terão completa informação sobre os

outros jogadores e terão um menor número de competidores. Cooperação é difícil de sustentar quando o jogo não se repete – ou é um jogo final -, quando informação sobre os outros jogadores falta ou quando há um grande número de competidores.

A criação de instituições que alterarão e beneficiarão a cooperação em trocas impessoais é um processo complexo, pois não implica somente em criar instituições econômicas, mas requer instituições políticas embasadas.

Instituições políticas serão estáveis somente se embasadas em organizações voltadas para sua perpetuação. Instituições e crenças deverão mudar se as mentes dos atores comportarem mudanças.

Nesta mesma esteira, Kevin Davis e Michael Trebilcock analisam acerca da importância do Direito como fator de desenvolvimento, em artigo intitulado “A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos”<sup>11</sup>,

Referido estudo analisa ambiguidades a cercar reformas jurídicas e o desenvolvimento, havendo debate em andamento em que se questiona se o direito é de fato condicionante para determinar resultados sociais ou econômicos nas sociedades em desenvolvimento, haja vista a existência de métodos informais de controle social.

Os defensores das reformas jurídicas são otimistas em pelo menos três níveis. Primeiro, ao acreditar que as características específicas de um sistema jurídico se transmitem em força significativa na determinação de suas perspectivas de desenvolvimento; em segundo, acreditam que os sistemas jurídicos mudam em resposta a esforços deliberados de reforma; e por derradeiro, são otimistas em relação à sua capacidade de identificar as reformas jurídicas que promoverão, como consequência, o desenvolvimento.

---

<sup>11</sup> DAVIS, Kevin E.; Trebilcock, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**. Jan-Jun 2009. São Paulo. p. 217-268.

Neste sentido, como identifica o artigo, nações ocidentais e doadores privados despejaram bilhões de dólares na reforma do império do direito na América Latina, África subsaariana, Europa Central e oriental e Ásia; destinando ao bolso dos juristas grandes fortunas que poderiam ser aplicadas em programas de vacinação, educação primária, água e saneamento básico.

De outro prisma, as concepções otimistas têm sofrido ataques de toda sorte, o mais brando deles na confiança de que candidatos a reformadores possam suplantar os obstáculos postos por fatores históricos, econômicos, políticos e culturais a fazer da letra da lei objeto de desenvolvimento.

Em muito se questiona também a ideia de que os países em desenvolvimento estariam bem servidos ao adotar os sistemas jurídicos das potências ocidentais, dada sua incompatibilidade pelos óbices já mencionados ou pela dificuldade de compreensão da sociedade que o recebe pela ausência de noção global da completude do sistema originário.

Cooter e Ulen<sup>12</sup> reflexionam que ao negociar umas com as outras, as pessoas frequentemente chegam a um acordo a respeito das condições para sua interação e cooperação. Às vezes, porém, as condições para a interação e cooperação são impostas às pessoas a partir de fora – pela lei, por exemplo. Muitas vezes, as condições são mais eficientes quando decorrem do acordo entre as pessoas do que quando o legislador as impõe. Segue-se disso que a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo.

Os legisladores com informações limitadas se deparam com um equilíbrio entre custos de transação e custos de informação. Por um lado, seguindo rigorosamente um precedente judicial, os Tribunais evitam os custos de informação de determinar quem mais valoriza um direito. Com a adesão rigorosa aos

---

<sup>12</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 89.

precedentes por parte dos Tribunais, as partes precisam arcar com os custos de transação de corrigir as alocações judiciais ineficientes de direitos. Por outro lado, os tribunais podem tentar determinar quem mais valoriza um direito judicial e fazer o devido ajuste na lei. Com a realocação jurídica dos direitos, os Tribunais ou outros legisladores tem de arcar com os custos de informação de determinar quem valoriza mais um direito. A eficiência exige que os tribunais façam o que for mais barato.

Não nos parece, contudo, que a omissão legislativa e a ausência de regulação formal da terceirização de constituam em fator positivo à economia, de estímulo ao investimento seguro por parte do capital.

Ainda que o debate possa colocar o direito em xeque sob algum viés e que obstáculos de fato existam – no caso da terceirização, a polarização ideológica no Congresso nacional que será abordada adiante demonstra qual complexo é o obstáculo político à sua regulamentação -, alguns fatores advindos da regulação jurídica avançada podem colaborar com o desenvolvimento através de prioridades essenciais: direitos de propriedade bem definidos e alienáveis; um sistema formal de direito contratual que torne mais fácil a contratação impessoal; um regime de direito empresarial que simplifique a função de investimento; um sistema de empréstimos que torne fácil para os credores tomar uma ampla variedade de ativos como colateral; um regime de falências que induza a saída de empresas ineficientes e a redistribuição de seus ativos para usos de maior valor; e um regime tributário não punitivo e sem distorções.

A fim de garantir a promulgação, a execução destas leis substantivas, devem estar entre as prioridades instituições legislativas transparentes e estáveis em seu compromisso com as normas jurídicas básicas; além de instituições administrativas e de aplicação da lei que sejam competentes, incorruptas, livres de influência política indevida, de procedimentos transparentes e de efetivos recursos.

Condições para a primazia do “império do direito” que, em sua maioria, inexistem no Brasil.

Em que pese 25%<sup>13</sup> dos trabalhadores brasileiros - ou quase 11 milhões de vínculos de emprego – dependam de contratos de terceirização para subsistência própria e de suas famílias, o governo brasileiro prefere arrastar iniciativas legislativas de regulação pelos intermináveis corredores de seu ineficiente Congresso Nacional.

Como consequência, a responsabilidade subsidiária/solidária e subcontratação ocupam, respectivamente, o 6º. e o 10º. no ranking de causas diretas de demandas trabalhistas. Juntos, tais indexadores respondem por 42.515 ações em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho<sup>14</sup>, ou 15,43%.

Se tais números por si só já se mostram representativos, a complexidade da lacuna legislativa mostra-se ainda mais preocupante quando vislumbramos os danos financeiros causados à produção decorrentes de fiscalizações administrativas e ações judiciais causadas, principalmente, pelo subjetivismo e indefinição acerca do que é possível ou não ao empresário quando tratamos de terceirização.

A Folha de São Paulo<sup>15</sup> noticiou, no encerramento de 2014, megaoperação do Ministério do Trabalho e Emprego que culminou com a autuação de bancos e teles à ordem de R\$ 318 milhões de reais em virtude de suposta terceirização irregular, adoecimento em massa e assédio moral.

A fiscalização envolve 185.556 trabalhadores contratados pela Empresa Contax como operadores de *call center* a serviço de Bradesco, Itaú, Santander, Net, Oi e Vivo. A fiscalização pede ainda o pagamento de R\$ 1,5 bilhão em salários e outros R\$ 120 milhões em depósitos de FGTS. O total da operação totaliza 2

---

<sup>13</sup> Dados disponíveis no *dossiê Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha*. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em [http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf) . Acesso em 02 de janeiro de 2015.

<sup>14</sup> Tribunal Superior do Trabalho. **Acervo por assunto Situação em 10.12.2014**. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/a5cc9efb-66af-4ac3-a7dd-ea38e59197de> . Acesso em 02 de janeiro de 2015.

<sup>15</sup> Terceirização irregular rende multas de R\$ 318 milhões a bancos e teles. **Folha de São Paulo Online Edição de 23.12.2014**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1566289-terceirizacao-irregular-rende-multas-de-r-318-milhoes-a-bancos-e-teles.shtml>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.

bilhões, e ocorre quando o Supremo Tribunal Federal debruça-se sobre a matéria, sobrestando justamente os processos de *call center* por entender, em posicionamento monocrático que será analisado a minúcia no tópico seguinte, a omissão legislativa acerca da matéria.

Se o legislador brasileiro conclui ser a omissão o melhor remédio a regular os contratos de um quarto da população economicamente ativa, do mesmo mal não padece o Poder Judiciário, peça hoje central na definição das atividades passíveis de terceirização.

É do ativismo judicial a resposta hoje encontrada pelo empreendedor para terceirizar, através da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cujos conceitos e limitações abordaremos a seguir.

### **1.3.1. A solução do *jus ativismo*: regramento trazido pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho**

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em matéria trabalhista, possui uma série de normas pendentes de regulação definitiva, e uma outra série de regramentos cuja necessidade de adaptação não tem sido acompanhada pela atividade legislativa no Congresso Nacional.

A morosidade do Poder Legislativo vêm sendo suprida pelo Poder Judiciário em corrente denominada *jus ativismo*, que em resumido conceito pode ser definida como a supressão das lacunas legais – ou adaptação de seus conceitos – por parte da jurisprudência.

Dentre os exemplos mais relevantes de regulação pelo Poder Judiciário em matéria trabalhista, encontramos o aviso prévio – cuja extensão foi determinada por decisão do Supremo Tribunal Federal –; a prorrogação de efeitos da norma coletiva de validade vencida, objeto principal da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho; e a terceirização, tema central deste estudo.

Verifica-se, de forma crescente, que o Poder Judiciário vêm transcendendo os limites tradicionais de sua atuação, firmando posicionamentos em diversas questões da sociedade, criando entendimentos que norteiam condutas ou mesmo substituem comandos legais.

O Ministro Luiz Roberto Barrozo<sup>16</sup> define tal fenômeno como “Judicialização da Vida”, assim conceituando:

---

<sup>16</sup> BARROZO, Luiz Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Site da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> . Acesso em 31.07.2013.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Trava-se intenso debate acerca dos pensadores do direito acerca da legitimidade do *jus* ativismo num sistema positivista, de base *civil law* tal qual é o ordenamento jurídico brasileiro.

A discussão, por certo, poderia ser tema de extensas considerações.

Contudo, em sendo o foco principal de nossa análise a terceirização sob os efeitos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, exemplo de tal modalidade de atuação do Poder Judiciário; o intento deste arrazoado neste tópico é delimitar e demonstrar a forte presença do ativismo judicial, através de suas decisões, e sua interferência nos demais poderes da Federação.

Eduardo Brol Sitta<sup>17</sup>, em brilhante artigo denominado “O ativismo judicial, legitimidade democrática e a jurisdição constitucional” relaciona a ideia de ativismo judicial a uma “participação mais ampla e intensa por parte do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, implicando uma maior interferência nas esferas de atuação dos demais poderes da federação”.

O artigo de Sitta destaca passagem do discurso do Ministro Celso de Mello, na ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal, a ilustrar o pensamento dominante naquela Corte acerca do *jus* ativismo:

---

<sup>17</sup> SITTA, Eduardo Brol. O ativismo judicial, legitimidade democrática e a jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2972, 21 ago. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19824>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

[...] Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não se pode reduzir a uma posição de pura passividade.

Sitta prossegue, citando a lição de Humberto Ávila<sup>18</sup>:

Um aspecto importante a ser constatado com o advento do neoconstitucionalismo, cuja matriz filosófica é o pós-positivismo, e o fato de que se percebeu que o Legislador pode formular o texto, mas não é dono absoluto do sentido que este texto legal passa a ter quando analisado pelo intérprete. Ou seja, texto e norma não se confundem. Na precisa lição de Ávila "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado". Portanto, texto e norma não se confundem, ao passo que regras e princípios são espécies do gênero norma. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz uso desta distinção constantemente, a exemplo do uso hermenêutico da Interpretação Conforme e da Declaração de Nulidade Parcial sem redução de texto. Nesse sentido o STF, recentemente, quanto ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Novato proferido pelo relator, Min. Ayres Britto, deu-se a interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

A primeira manifestação do ativismo judicial seria, portanto, a mais evidente: a da interpretação da norma, especialmente sobre o viés constitucional, tutelando, mantendo e controlando a supremacia da Constituição; para ao texto frio da lei conferir disposição que atenda, de fato, o intuito protetivo e o resguardo dos direitos fundamentais, especialmente em se tratando de minorias e vulneráveis – condição que se adequa com perfeição aos princípios basilares do Direito do Trabalho -.

Como Barrozo<sup>19</sup> bem define, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em verdadeiro poder político, capaz e fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes.” Classifica

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

<sup>19</sup> BARROZO, Luiz Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Site da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> . Acesso em 31.07.2013.

que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação à Constituição; e (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A ausência de regramento adequado – ou sequer de um regramento – para o trabalho terceirizado foi solucionada, em parte, pela edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; única fonte de interpretação no Direito Brasileiro para se aferição da legalidade de contratações nesta modalidade.

“Solução” que deve ser vista com ressalvas, haja vista não se tratar de fruto do processo legislativo ordinário e democrático, e sim sujeita à mudanças de acordo com a evolução de entendimento dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

O *jus ativismo*, ou a criação de normativa através de orientação dos Tribunais Superiores, é fenômeno cada vez mais comum no Brasil, reflexo de um Poder Legislativo letárgico e pouco atuante em face aos interesses e necessidades da nação.

Passada a crítica, nos voltemos ao regramento. A referida Súmula tem a seguinte redação:

*CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011*  
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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

*V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*

*VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

Das disposições do Enunciado, merecem destaque neste estudo especialmente os incisos II e III da Súmula, que esclarecem as modalidades de contratação que, sob a ótica do Tribunal Superior do Trabalho, seriam válidas para a terceirização.

A disposição do inciso I é exclusiva, visto que conceitua como ilegal a contratação por empresa interposta, salvo no contrato de trabalho temporário. Basicamente, o fundamento deste inciso é a Lei 6.019/1974, já pormenorizada em nossa análise.

Em sequência, o inciso III exclui da formação de vínculo de emprego a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza – cujo embasamento é a Lei 7.102/1983, também já analisada - . Passa, então, à autorização para a terceirização de *“serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”*.

### **1.3.2. Da definição de atividade-meio e atividade-fim**

A impropriedade da definição acerca da legalidade ou não das modalidades de terceirização por meio da edição de Súmula por si só se constitui falha, mas traria o mesmo problema se fosse replicada para o processo legislativo ordinário.

Tal afirmação justifica-se dada à grande dificuldade, na prática empresarial e até mesmo na defesa em processos judiciais da definição concreta e restrita dos conceitos de atividade meio e atividade fim.

Almir Pazzianotto<sup>20</sup>, em interessante raciocínio a demonstrar quão falha é a concepção de atividade fim, mostra que o Banco do Brasil, a TV Bandeirantes, o Shopping Iguatemi ou mesmo a pequena Confecções Santa Terezinha possuem similitudes entre si, mesmo organizadas em ramos de negócio distintos. Todas foram organizadas tendo como atividade fim o lucro. Capital social, número de sócios, ramo de atividade, nunca são os mesmos; o objetivo final, contudo, se resume na estimulante ideia de gerar lucro.

Ensina que, segundo a inteligência do artigo 981 do Código Civil, celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Segundo se conclui pela ciência econômica, pessoas físicas ou jurídicas não empenham tais contribuições para produzir bens de consumo no intuito de satisfazer as necessidades da população. Seja fabricando medicamentos ou automóveis, vendendo espaço publicitário nos jornais, rádio e televisão, a finalidade precípua é a realização do lucro.

Para tanto, valem-se de informações, marcas, instalações, matérias primas, parque de máquinas e demais equipamentos, publicidade, material humano consubstanciado em dirigentes e empregados. Tudo de que se servem é meio.

Aliás, mister se faz salientar que os objetivos declarados no estatuto social sempre serão passíveis de modificação de acordo com a vontade dos sócios;

---

<sup>20</sup> PAZZIANOTTO, Almir. **Atividade-fim da sociedade (O desafio da terceirização)**. Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143669,61044-Atividadefim+da+sociedade+O+desafio+da+terceirizacao> . Acesso em 03 de janeiro de 2015.

contudo, do lucro estes não podem abdicar, sob pena de quebra da empresa e sua consequente extinção.

Pazzianotto, que participou da discussão que culminou na edição da Súmula 331 quando Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, admite que o Enunciado funciona como fonte provocadora de conflitos, haja vista a impossibilidade de se traçar linha divisória nítida e objetiva capaz de diferenciar atividade meio de atividade fim.

Alguns dispositivos nos socorrem nesta tentativa de definição, ainda que por analogia. A citar o artigo 580 da CLT, em seu parágrafo 2º., que entende *por atividade preponderante (ou fim) a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional.*

Com base nestes conceitos, as atividades-meio seriam as que não se enquadrariam na definição de atividade preponderante.

Contudo, a prática nem sempre nos conduz à conclusões simplistas.

Já citamos o caso das montadoras de veículos, que compram seus motores de empresas especializadas e introduzem a peça em sua linha de montagem. Em que pese seja inimaginável um carro sem motor, não se verificam grandes discussões jurídicas acerca desta parceria comercial, em que pese nos pareça que a produção de motores é sim, atividade-fim das fábricas de veículos.

Para demonstrar ainda mais a névoa que a ausência de regramento específico traz à questão da terceirização, vejamos a questão dos serviços médicos e hospitalares.

O senso comum diz que a prática de serviços médicos é atividade fim da instituição hospitalar, já que via de regra se procura o hospital para a cura de

doenças e outras mazelas que acometem nosso organismo; cura esta que é instrumentalizada por meio do profissional médico.

Em contraponto, a disciplina da Receita Federal do Brasil<sup>21</sup> conceitua serviços hospitalares como *“aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes”*.

Qual é atividade-fim, portanto, dos hospitais? A atenção à saúde ou o fornecimento de estrutura de apoio para que esta possa ser efetivada?

O simples fato da formulação de tais questionamentos e sua difícil resposta já demonstra, por si só, que as soluções normativas hoje existentes são inócuas a assegurar ao empresário a efetivação da terceirização de serviços sem a convivência de um fantasma de insegurança jurídica e alto risco de condenações trabalhistas.

### **1.3.3. A questão tratada perante o Supremo Tribunal Federal: reconhecimento da repercussão geral da terceirização e sobrestamento das demandas envolvendo os *call centers***

---

<sup>21</sup> IN 791/07, Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos.

A imprecisão da terminologia adotada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho a balizar a terceirização transcendeu a Suprema Corte Trabalhista; para que a discussão fosse posicionada sob o viés constitucional da liberdade de contratar prevista no artigo 5º., inciso II da Constituição de 1988.

Nestes termos, submetida a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio de Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211<sup>22</sup> Minas Gerais, de Relatoria do Ministro Luiz Fux; entendeu a Primeira Turma daquela Corte por prover os Embargos interpostos por Celulose Nipo Brasileira S/A – GENIBRA para reconhecer a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, ressaltando inclusive a possibilidade de ensejar expressivas condenações por danos morais coletivos tal qual é o caso objeto do mencionado julgamento.

Em suas razões de decidir, o Ministro Relator destaca que a proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade fim – qual seja, o malfadado espírito da Súmula 331 do TST – pode ferir o princípio da livre iniciativa, criando, em possível ofensa ao artigo 5º., inciso II da Constituição Federal de 1988, obrigação sem respaldo de lei capaz de cercear a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda mais eficiente.

Por haver no caso em análise discussão acerca do cabimento do Recurso manejado pela Embargante, destaca o Ministro Relator que a aferição de eventual ofensa ao princípio da livre iniciativa consubstanciado no artigo 5º., inciso II da Constituição não demandará análise da legislação infraconstitucional justamente em virtude do fato da proibição da terceirização não advir da análise de um texto legal específico, e sim da compreensão pretoriana que almejou delimitar o princípio da legalidade nas relações trabalhistas.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo número 713.211**. Publicado no Diário da Justiça número 74, de 15.04.2014.

O julgamento da matéria ainda não encontra panorama de solução final. Contudo, é fato que o pronunciamento exarado no julgamento dos Embargos de Declaração retro mencionados fez abandonar a letargia presente até então no Universo do Trabalho no que tange à terceirização, acomodada nos frágeis pilares da delimitação das atividades passíveis de tal ferramenta.

Uma vez reconhecida a repercussão geral da matéria, houve o ingresso naqueles autos na condição de *amicus curiae* das mais relevantes entidades sindicais do país, reforçando argumentos e subsidiando tecnicamente o Supremo Tribunal Federal nesta solução por certo histórica.

Tal iniciativa, a reunir tanto Confederações Patronais como as representações de trabalhadores, demonstra o esgotamento do modelo atual e a relevância de um novo marco a possibilitar verdadeira segurança nas relações de trabalho.

Ademais, a pluralidade de representações dos mais diversos ramos da atividade econômica vem demonstrar que, a despeito deste estudo trazer luz à problemática da terceirização sob o enfoque os estabelecimentos de serviços de saúde, tal lacuna regulatória produz efeitos em todo o processo produtivo nacional.

Nesta condição, integram a lide a Confederação Nacional de Saúde, a Central brasileira do Setor de Serviços, a Federação Nacional dos Engenheiros, a Confederação Nacional dos Serviços, a Câmara brasileira da Indústria da Construção, a Federação Nacional dos Técnicos em Radiologia, Associação dos Engenheiros da Petrobrás, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, a Confederação Nacional da Indústria, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro, a Empresa brasileira de Correios e Telégrafos, a Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, a Federação Brasileira das Telecomunicações, Associação brasileira de Telesserviços, a Associação dos

Magistrados da Justiça do Trabalho<sup>23</sup>, Associação brasileira do Agronegócio, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, Federação Nacional dos Urbanitários, a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil, a Nova Central Sindical dos Trabalhadores, Associação brasileira da Indústria Química, a União Geral dos Trabalhadores, a Associação brasileira de Medicina Diagnóstica, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes, a Confederação Nacional dos Vigilantes, Empregados em Empresas de Segurança, Vigilância e Transporte de Valores e dos Cursos de Formação e Especialização de Vigilantes e Prestação de Serviços Similares; dentre outras entidades representativas das mais diversas áreas da atividade econômica.

Também no Supremo Tribunal Federal tramitam os autos de Recurso Extraordinário com Agravo 791.932, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki. Neste caso específico, a Recorrente Contax S/A, a Federação brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL e a ABT – Associação Brasileira de Telesserviços – as duas últimas na condição de *amicus curiae* – formalizaram, em caráter de urgência, pedido de sobrestamento de processos em curso nas instâncias ordinárias, excepcionados os ainda em instrução, em que se discuta a legitimidade da terceirização da atividade de *call center* pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, haja vista o disposto no artigo 94, inciso II, da Lei 9.472/1997; cuja redação autoriza expressamente a adoção da terceirização para o exercício das atividades objeto de concessão.

---

<sup>23</sup> Merece destaque a manifestação da ANAMATRA dado o seu forte caráter ideológico em defesa da limitação da terceirização em futuro julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o que por si só mostra o risco da base subjetiva presente na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho no reconhecimento da legitimidade das terceirizações. Na petição de ingresso como *amicus curiae*, a Associação afirma que se houver liberdade ampla de terceirização, a Justiça do Trabalho corre o risco de sucumbir ou ver-se ineficiente no exercício de suas atribuições constitucionais; como se os contratos de trabalho dos trabalhadores terceirizados não fossem regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e de competência plena desta Justiça Especializada.

Em síntese, a insurgência se justifica pelo evidente conflito entre os conceitos de atividade-meio e atividade-fim sustentados pela uniformização de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e o dispositivo regulatório das concessões retro mencionado, que permite às concessionárias, respeitados os limites estabelecidos pela Agência Regulatória, contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

O Requerimento, analisado em decisão monocrática<sup>24</sup> do Ministro Teori Zavascki, é formulado com fulcro no artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e se ampara nos argumentos de que o Tribunal Superior do Trabalho consolidou linha jurisprudencial arredia à cláusula constitucional de reserva de plenário que, ao invalidar a terceirização no âmbito dos serviços de call center, teria negado vigência ao inciso II do artigo 94 da lei 9.472/1997; que a uniformização da jurisprudência trabalhista neste sentido, ao arrepio da legislação regulatória específica, atingiu aproximadamente 10.000 (dez mil) processos, obrigando as empresas atuantes no segmento a desembolsar vultuosas quantias à título de depósito recursal para prosseguirem resistindo à aplicação do entendimento; que a soma destes fatores tem implicado embaraço à atividade econômica que emprega cerca de 450 mil pessoas, além do risco para as empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações; que há registro de Decisões Monocráticas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que consideram as decisões do Tribunal Superior do Trabalho neste sentido em confronto com a Súmula Vinculante 10 do STF; e, por fim, com o reconhecimento da repercussão geral do tema no presente caso, a racionalidade na administração da justiça recomenda o sobrestamento das demandas referentes à matéria, evitando o desperdício de energia jurisdicional.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo número 791.932**. Publicado no Diário da Justiça número 116, de 17.06.2014.

A decisão monocrática reconhece a afirmação pelo Plenário Virtual, em 05.05.2014, de repercussão geral na controvérsia objeto do Recurso. Em manifestação do próprio Relator àquela ocasião, a repercussão geral se impõe por envolver a declaração ou não de inconstitucionalidade do artigo 94, inciso II, da Lei 9.472/1997. Se esclarece que a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que reproduzida em inúmeras demandas, muitas em fase de recurso no Supremo Tribunal Federal.

O pedido de sobrestamento foi acolhido pelo Relator, que considerou possuírem tais argumentos relevância jurídica suficiente e por compreenderem indagação revestida de altíssima gravidade, por suscitar desrespeito a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal passível de correção não somente pela via recursal, mas também por ação constitucional específica.

As razões de decidir ainda destacam as particularidades procedimentais da Justiça do Trabalho a exigir depósitos de valores elevados, que podem atingir o valor integral da condenação. Também se ressalta que a uniformização de jurisprudência no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho gera expectativas nos empregados do setor de *call center*, e, com isso, ocasionando mobilização para o ajuizamento de demandas em grandes proporções. Somados, os efeitos para os *players* do mercado são onerados em demasia.

Por derradeiro, o Relator afirma que a decisão do Supremo Tribunal Federal não cuida de aspecto acessório a refletir de maneira assimétrica sobre os diferentes processos de natureza trabalhista; e sim de julgado que repercutirá sobre a qualificação jurídica da relação estabelecida entre as operadoras de *call center* e seus contratados, afetando o destino de inúmeras reclamações ajuizadas pelos trabalhadores atuantes neste ramo de atividade.

Decide-se, pois, pelo sobrestamento de todas as causas em trâmite a versar sobre o tema; contudo também sem perspectiva de solução final.

As dois *cases* objeto de análise neste tópico corroboram com a fragilidade aventada do modelo atual de uniformização de jurisprudência. Ainda que pendente de pronunciamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões exaradas até o momento demonstram resistência na perpetuação da validação da terceirização em relação ao seu suposto posicionamento pela atividade da tomadora.

A invocação do princípio da livre iniciativa nos parece dos mais evidentes indícios de futura alteração do que se entende por terceirização válida; pois, como já fora objeto de análise nos tópicos introdutórios, a legislação trabalhista vigente estabelece requisitos objetivos à subcontratação em serviços de vigilância, empreitada e cooperativas; inexistindo, contudo, qualquer vedação ou restrição à pactuação comercial com outra empresa ou pessoa física como estratégia de potencialização de negócios.

Ademais, o exemplo do dispositivo aplicável às concessionárias não é menos emblemático. As telecomunicações em território brasileiro evoluíram, desde as privatizações, dos rudimentares e caros telefones analógicos à internet de alta velocidade disponível nos aparelhos celulares de praticamente todos os brasileiros.

Grande parte desta evolução se deve ao rompimento das amarras burocráticas da tutela estatal para a transição para um modelo empreendedor, competitivo e moderno implantado por empresas globais.

É notório que o modelo de negócio destas concessionárias em muito prosperou, além da evidente concorrência entre as teles, em virtude da cooperação entre empresas especializadas para o alcance da excelência na prestação de serviços.

A grande maioria das empresas de telecomunicações adota unidades segregadas de venda, instalação, manutenção, programação e dos próprios *call centers*. Cada empresa atua dentro de sua especialidade de modo a propiciar ao consumidor, pela união de esforços, o atendimento completo.

Tal estratégia de dinamismo empresarial, limitado pelas restrições de atividade meio e atividade fim, torna-se tecnicamente impossível pela absoluta dificuldade em se distinguir estrutura e serviços, quando tratamos de telecomunicações.

O sobrestamento das ações envolvendo as teles e o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da legalidade das terceirizações à luz da lei de concessões pode abrir caminho à tais estratégias dinâmicas de forma global, em todos os ramos de atividade econômica.

O Tribunal Superior do Trabalho parece, entretando, insistir em sentido contrário.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho também é objeto de contestação pelo agronegócio junto ao Supremo Tribunal Federal. A Associação brasileira do Agronegócio ajuizou Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental autuada sob número 324, a tramitar na Suprema Corte sob a Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

A entidade busca suspender, também, o andamento de qualquer processo que discuta a legalidade deste tipo de serviço em todas as instâncias, inclusive aquelas em que já houve prolação de sentença.

A Associação afirma que a aplicação da súmula tem conduzido à desconsideração total e absoluta das normas constitucionais que garantem ao empresário a liberdade de organizar suas atividades, violando preceitos constitucionais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

Em dezembro de 2014, o Ministro Luís Roberto Barroso solicitou informações ao Tribunal Superior do Trabalho, cuja resposta foi enviada ao Supremo Tribunal Federal por meio do Ofício TST GP número 1228, de autoria do Presidente da Suprema Corte Trabalhista, Ministro Antonio José de Barros Levenhagen.

A peça elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho é verdadeira defesa da suposta efetividade da Súmula 331, em que pese toda a controvérsia que tal entendimento tem gerado.

No intróito, o Ofício ataca a pertinência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para o questionamento do ato, sustentando que o tema não se restringe à controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, mas as inúmeras decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em que de debate a terceirização de serviços; ataca também o fato da inicial não ter delimitado as decisões judiciais baseadas na Súmula 331 que teriam descumprido preceitos constitucionais; além de não delimitar qual das seis hipóteses previstas na Súmula que estaria a infringir preceitos fundamentais.

Também é objeto de ataque processual, no corpo do ofício, o fato da arguição de descumprimento de preceito fundamental se submeter ao princípio da subsidiaridade; somente se admitindo quando não houver outro meio eficaz de sanar eventual afronta a normas constitucionais.

Se refere à possibilidade, levantada pela própria Autora, de coexistência desta ação com o recurso extraordinário, o que levaria a questão a ser tratada sob a égide da repercussão geral, no que se faz referência ao já mencionado Agravo 791.932, que trata da terceirização nos *call centers*, e no Recurso Extraordinário com Agravo 713.2011, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Ministro Luiz Fux.

Após apontadas as supostas irregularidades processuais, a peça demonstra a carga ideológica presente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, e o risco da manutenção de norma eivada de subjetivismo a regular a terceirização, como é o dualismo da atividade-meio e atividade-fim presentes na Súmula.

O Ministro Levenhagen afirma que a terceirização de serviços se qualifica como fenômeno genuinamente econômico, em que o seu indisfarçável objetivo é

proporcionar maior rendimento e redução dos custos de mão de obra para as empresas.

Ato contínuo, a resposta do Tribunal Superior do Trabalho afirma que a edição da Súmula 331 veio em resposta à ausência, no Direito Positivo, de lei que viesse a regulamentar esta nova fórmula de contratação, “engendrada em nome do valor pretensamente absoluto da livre iniciativa”.

Como em 1994, data da revisão da Súmula 331, a Lei 6.019/1974 cuidava do trabalho temporário, e a Lei 7.102/1983 dos serviços de limpeza e conservação, estes inseridos na atividade meio das tomadoras; concebeu-se a alternativa de fixar nos itens I e III do precedente sumular a licitude da subcontratação destes serviços, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

Aduz então o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho que a disposição do item I, de considerar ilícita a terceirização da atividade-fim ou essencial – o exemplo do profissional médico também nos demonstra quão imprecisa pode ser a conclusão pela essencialidade ou não de determinada atividade ao bom desenvolvimento da empresa -, teve por escopo assegurar a igualdade de condições de trabalho e de salários dos empregados terceirizados em relação aos empregados efetivos – princípio que praticamente inviabiliza a terceirização, partindo do hipótese real de que as atividades dos terceirizados não se equipararão à dos empregados formais da tomadora - .

Socorre-se o Tribunal do princípio da isonomia para afirmar ser errônea a ideia de que teria o TST legislado sobre a matéria, em contravenção ao disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição de 1988.

As afirmações do TST não se sustentam como absolutas, como veremos da jurisprudência selecionada a embasar este estudo em casos práticos. A terceirização pode ser utilizada como elemento de potencialização de negócios pela contratação de atividades especializadas, a citar os serviços médicos à guisa se

exemplo, sem que necessariamente este trabalhador seja submetido a condições precárias de trabalho ou remuneração.

O processo também carece de solução final, mas coloca o Supremo Tribunal Federal como personagem central no desenho de novos caminhos ao empreendedorismo brasileiro.

## **CAPÍTULO 2**

### **DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO EM SERVIÇOS DE SAÚDE**

#### **1. DA CONSTITUIÇÃO JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE**

Em virtude das particularidades da atividade econômica que tem por objeto a exploração de serviços de saúde, o estudo fará análise pormenorizada da realidade fática destas empresas a fim de demonstrar que, diante da dificuldade em se identificar os conceitos de atividade-meio e atividade-fim em hospitais e clínicas, o conflito na esfera judicial é consequência mais que evidente quando contratos de terceirização não são conciliados.

Nos últimos anos, verificou-se avanço extraordinário de fiscalizações e Procedimentos Investigatórios onde a relação de parceria comercial entre profissionais autônomos de saúde e empresas do setor tem sido questionada, não raras vezes com a imposição do reconhecimento de vínculo de emprego que em verdade não existe.

Tal avanço se explica em muito não pela suposta desorganização e atuação ao arremio da lei de uma das categorias de serviços fundamentais à sociedade organizada, a dos serviços de saúde; e sim pela absoluta ausência de regulação a dar guarida à práticas seculares de autonomia e independência no exercício da medicina e seus serviços auxiliares.

Presumir que toda e qualquer espécie de relação nesses moldes é fraudulenta é por demais temerário. Coloca em vala comum maus administradores, que de fato burlam a lei, e aqueles que optam por um regime de trabalho mais avançado e produtivo do que o vínculo de emprego tradicional.

Por vezes, movimentos fiscalizatórios dessa espécie ignoram os frutos do pacto comercial estabelecido, resultados positivos que perduraram em todo o interregno da relação de trabalho.

De mais a mais, verificadas as particularidades jurídicas da constituição das sociedades cujo fim é a prestação de serviços de saúde, não há que se falar em terceirização da atividade-fim.

Explica-se: a finalidade da clínica, do hospital, é o apoio à gestão de saúde, ou nos termos da conceituação exarada pela Receita Federal do Brasil, o fornecimento de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes.

Quem exerce a medicina é o médico, assim como a odontologia o dentista e assim por diante.

Tal condição já foi assentada pela Jurisprudência em pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, quando em análise da responsabilidade civil do profissional médico e do nosocômio por erro em determinado procedimento cirúrgico.

No voto que compôs o julgamento dos autos de Recurso Especial n. 908.359<sup>25</sup> – SC, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Relatora separa com brilhantismo as atribuições do hospital e do médico. Reconhece que o hospital é um grande prestador de serviços, que visa curar e salvar vidas ou torna-las mais qualitativas. Desta forma, se constatado algum defeito na prestação de serviços – à exemplo da aplicação equivocada de remédios pela enfermagem, negligência na observação e vigilância, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, etc, - a

---

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 908359-SC**. Publicado em Diário da Justiça de 17.12.2008.

atribuição pe exclusiva ao nosocômio e conseqüentemente é deste o dever de indenizar.

No caso dos autos, contudo, a lesão reclamada – secção ou lesão dos nervos da perna, com perda do movimento normal do membro - era decorrente de negligência do profissional médico no procedimento cirúrgico, tendo operado oito mulheres em cinco horas e não aplicando a melhor técnica possível.

O voto avança para conclusão de que, sendo inequívoco que a seqüela apresentada pela autora não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar, não se pode lhe imputar a responsabilidade pelo dano.

Destaca ainda que sim, os hospitais mantém cadastros de médicos que de suas instalações utilizam para realização de cirurgias; sendo tal procedimento indispensável haja vista não se poder pretender que o hospital forneça suas instalações a qualquer um que se apresente como médico especializado em cirurgias.

Contudo, tal norma procedimental não confere aos hospitais o poder de fiscalização dos serviços prestados pelo profissional médico; justamente porque tal fiscalização feriria a ética profissional ao intervir na técnica utilizada pelo cirurgião, podendo inclusive colocar em risco o próprio paciente.

A análise do julgado cível traduz de forma cristalina a absoluta independência com que a atuação do médico se desenvolve. Os serviços médicos jamais seriam eficientes sem a estrutura hospitalar; tal qual os nosocômios seriam inúteis sem os serviços médicos. Contudo, sua complementariedade não se pode confundir com finalidade.

E frise-se não se tratar de inovação ou tese jurídica; haja vista tal enquadramento ser reconhecido pela Receita Federal do Brasil, no CNAE [8660-7/00](#) “ATIVIDADES DE APOIO À GESTÃO DE SAÚDE”.

A ideia simplista de que por prestar serviços de apoio à saúde teria o hospital como atividade fim a medicina, pela pura e simples essencialidade do serviço médico ao exercício da atenção à saúde cai por terra com a invocação do simples paradigma da estruturação da Justiça.

O advogado é essencial para a administração da justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição de 1988. Goza, segundo a inteligência do artigo 6º. da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia, de igualdade perante Magistrados e Membros do Ministério Público. Não são a eles subordinados hierarquicamente, havendo entre todos apenas o dever de consideração e respeito recíprocos.

Cumprem, contudo, com as determinações exaradas pelo Juízo para o bom desenvolvimento dos processos. Comparecem às Audiências agendadas e cumprem os prazos de acordo com as intimações e notificações cuja rotina é determinada também pela Administração da Autoridade Judiciária ou pelo Ministério Público.

Jamais se cogitou, contudo, que advogados sejam empregados de qualquer Tribunal, ou que a atividade-fim dos tribunais fosse a advocacia.

Se a lógica se aplica de forma tão natural à relação entre a advocacia e os Tribunais, qual a razão da dificuldade em transmutar tais conceitos à relação profissional autônomo de saúde e clínicas e nosocômios?

Por certo, um sistema falho, maculado pela já citada e malfadada lacuna legislativa que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho pensa preencher.

Em suma, pode-se afirmar que clínicas e hospitais se constituem como edifícios dotados de estrutura física e de equipamentos, além de apoio funcional, a propiciar o exercício de especialidades pelos profissionais de saúde com tranquilidade e segurança.

Propicia-se estrutura, não necessariamente o serviço técnico propriamente dito. Não se impede que o proprietário do hospital faça uso da estrutura para ele próprio, se profissional de saúde, exercer ali seu ofício como atividade fim; mas tal modalidade não deve ser adotada como regra, tampouco ser considerada como realidade absoluta.

Em termos gerais, o suporte oferecido pelo hospital é, de fato, o meio a possibilitar aos médicos e demais profissionais – odontólogos, nutricionistas, fisioterapeutas - a atenção plena e qualitativa à saúde dos seus pacientes.

Demonstra-se, pois, a fragilidade de conceituação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao delimitar a legalidade da dita terceirização de serviços em atividade-meio e atividade-fim, pois nem sempre estes conceitos são claros e específicos.

Em que pese o vínculo de emprego possa perfeitamente existir na estrutura de atividade empresarial aqui analisada - quando o proprietário de um estabelecimento de saúde resolve atuar por meio de serviços próprios e para tanto efetua a contratação de empregados - parece claro não se constituir tal reconhecimento em imposição legal.

### **1.1. A hotelaria como foco na administração hospitalar**

O cidadão que procura os serviços hospitalares nos dias atuais é tão exigente quanto aquele que procura um bom hotel para se hospedar. Numa comparação sem

apego à técnicas, é este o paradigma que as instituições hospitalares de ponta têm adotado como modelo de desenvolvimento.

Há tempos, o ambiente hospitalar passa por modernizações arquitetônicas que possuem clara inspiração em construções planejadas para a hotelaria. Pisos de mármore, ambientes claros, confortáveis e acolhedores imperam nas estruturas hospitalares modernas.

O hospital passa a perceber que sua estrutura física pode ser um diferencial competitivo, tornando a inovação em busca incessante. Foge cada vez mais da gélida imagem de hospital padrão, visando tornar-se um ambiente agradável onde as pessoas se hospedam para restabelecer a sua saúde. Se não se pode eliminar os dissabores da convalescença em sua totalidade, o conforto do ambiente hospitalar moderno os tornam menos hostis, e, portanto, a recuperação pode ser mais agradável.

Surge um novo conceito de hospital: edificações humanizadas, que busquem cada vez mais o conforto de seus clientes, agregando serviços que possam atender as necessidades globais de atenção à saúde dos pacientes de seus parceiros – os médicos.

O Hospital Pilar, em Curitiba, é pioneiro neste modelo humanizado de atendimento no Brasil. O hospital Curitiba implantou, com grande sucesso, o sistema denominado “Open Vida”, que permite ao médico monitorar o paciente de Unidade de Terapia Intensiva via internet, através de câmeras de vídeo e dados vitais obtidos da leitura dos monitores, mantendo a atenção e o cuidado 24 horas por dia. Ainda, o sistema inovador criou alterações arquitetônicas que possibilitam a presença, em condições confortáveis, de acompanhante no ambiente de Terapia Intensiva, reforçando a ideia de acolhimento e carinho, tão importantes no restabelecimento das condições normais de saúde.

Exemplos como este demonstram que os hospitais saem cada vez mais da gestão de saúde, e passam a se preocupar com gestão de estrutura e tecnologia. As

instituições modernas, assim como um bom hotel, devem se preocupar em conceder excelência em estrutura para que os concessionários do espaço possam desenvolver seus serviços da melhor forma possível.

Aos invés das lojas de conveniência, de presentes, serviços de bar e restaurante comuns aos hotéis, são os serviços de cozinha, nutrição, fisioterapia, imagem, análises clínicas, dentre outras tecnologias de diagnóstico e serviços, que se agregam ao espaço hospitalar por meio de parcerias.

A cessão de espaços na estrutura hospitalar para outros serviços traz ganhos para toda a rede envolvida na atenção à saúde: ao médico, a segurança da oferta de uma gama variada de ferramentas para atender seus pacientes; ao paciente, a tranquilidade de recuperar-se de uma convalescença sem ter de deslocar-se para outras regiões da cidade para realizar exames, por exemplo; ao prestador de serviços, a oportunidade de incremento do seu negócio pela facilidade de estar integrado à estrutura hospitalar, e portanto, sendo atrativo ao público que se utiliza desta estrutura; e ao hospital, pela simplificação da gestão, pois delega aos concessionários de espaço – os prestadores de serviço - e aos médicos a atenção à saúde, ocupando-se em propiciar a melhor estrutura física, tecnológica e de apoio para o bom desenvolvimento das ocupações individuais dos envolvidos.

Cabe ao administrador hospitalar moderno a preocupação com a gestão do foco atual deste tipo de instituição: hotelaria (instalações modernas, confortáveis e funcionais), apoio (serviços de enfermagem, segurança do trabalho<sup>26</sup>, controle de infecção hospitalar, lavanderia, higiene e limpeza, e demais facilidades) e fornecimento de materiais e medicamentos (farmácia hospitalar e controles de

---

<sup>26</sup> A hotelaria hospitalar tem influenciado positivamente o ambiente de trabalho nas instituições, bem como em questões de preservação ambiental, tão em voga nos dias atuais. Com a adequação das plantas às exigências dos bons médicos e de pacientes, o ambiente de trabalho também passa a ser mais funcional, agradável, ergonômico e seguro. Esta adequação abrange também a relevância de profissões como a do Técnico de Segurança do Trabalho, responsável pela diminuição cada vez maior do número de acidentes, bem como o incremento qualitativo dos serviços de Higiene e Limpeza e da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar – CCIH, cuja interação propicia orientação adequada à manipulação e destino de resíduos e materiais, reduzindo também os impactos ambientais.

estoque). A gestão da saúde passa a ser de competência exclusiva dos médicos e dos prestadores de serviço, vistos como parceiros de desenvolvimento de negócio.

A conjunção de todos estes fatores visa propiciar ao paciente o conforto e comodidade necessários a potencializar os resultados de seu tratamento de saúde.

## **1.2. Da autonomia profissional do médico inserida no contexto atual de atividade hospitalar**

A profissão do médico, devido às peculiaridades de suas atividades e também o nítido caráter de até mesmo interesse público de que a mesma se reveste, essencial no cumprimento de um dos objetivos do Estado relacionados à saúde pública, o diferencia obrigatoriamente dos demais trabalhadores em geral, não sendo possível, via de regra, e partindo-se essencialmente das mesmas premissas que norteiam a atividade prestacional da gama maior das relações de trabalho, perquirir-se acerca de uma eventual relação de caráter subordinante em relação aos hospitais nos quais exercer seu labor, durante a internação dos pacientes.

Sublinhe-se que há também o princípio fundamental contido nos artigos 7º. e 8º. do Código de Ética Médica<sup>27</sup>, que estabelece o livre arbítrio dos médicos em prestar serviços profissionais, coadunando-se com o princípio constitucional de liberdade em si e da liberdade profissional, qual seja, o artigo 5º, incisos II, XIII e XX.

Observe-se o Código de Ética Médica, no dispositivo referido:

“Art. 7º. e 8º. - Código de Ética – Capítulo I – Princípios Fundamentais:

O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso

---

<sup>27</sup> Código de Ética Médica: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo : Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.

de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.”

Necessário se faz ressaltar ainda que o Código de Ética Médica, em seu artigo 18º., considera como infração ética desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

O hospital, através de seus serviços de hotelaria e apoio, possui leitos e setores específicos para acompanhamento dos doentes que ingressam através dos médicos que compõe o corpo clínico.

Assim está conceituada o “Corpo Clínico” na Resolução número 1.481/1997 do Conselho Federal de Medicina:

“Conjunto de médicos de uma instituição com a incumbência de prestar assistência médica aos pacientes que a procuram, gozando de autonomia, técnica, científica, política e cultural.”

Justamente pela autonomia profissional conferida aos médicos por Resolução de seu Conselho Federal, a forma de labor mais comum nos hospitais brasileiros é a formatada em Corpo Clínico Aberto, ou seja, médicos contratados não sob a égide das leis trabalhistas, mas de forma autônoma.

O Corpo Clínico, formado por médicos atuantes em determinada instituição e dirigido por um Diretor Clínico – eleito pelos próprios médicos – possui total autonomia em relação à Direção da Instituição.

Cabe ao Corpo Clínico, sob a orientação de seu Diretor, estabelecer escalas de plantão, cirurgias e demais procedimentos, bem como pautar a linha técnica de atuação dos profissionais, apenas comunicando a administração da instituição hospitalar para entre em adequação sua estrutura e seus serviços de apoio à essas

necessidades, ou seja, ao profissional médico é disponibilizada a estrutura hospitalar, para que através dela possa atender a contento as necessidades do tratamento dos pacientes que se encontram sob sua responsabilidade. Trata-se de uma relação civil, de parceria comercial, e não de relação de emprego.

Notadamente, conforme já fora abordado, a Instituição Hospitalar tem por objetivo movimentar sua estrutura a partir da oferta de condições tecnológicas, de infra-estrutura clínica e cirúrgica e de hotelaria para receber pacientes, em maior ou menor grau de complexidade.

Em linhas gerais, é nesta dinâmica que funciona o panorama Intra-Hospitalar e o acesso do Médico nestas instituições. No Brasil, o acesso do profissional médico às Instituições Hospitalares de forma plena é contemplado no Código de Ética Médica, em seu artigo 25:

"Código de Ética Médica, Capítulo II, Direitos do Médico;

É direito do médico: Art. VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição." (destaque nosso)

Da análise atenta do artigo retro mencionado, vislumbra-se que ao profissional médico é facultada a escolha da instituição hospitalar de sua conveniência para internar e assistir seus pacientes, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, desde que observadas as normas técnicas da instituição. Sendo condicionada apenas a observância de normas técnicas, é de clareza solar que a atividade dos médicos, nestas condições, não possui a subordinação como condicionante, havendo plena autonomia no exercício de suas atividades.

A condição acima elencada é imperativa e basilar ao exercício profissional. Para tal demonstração, analisamos parecer exarado em consulta que justifica a tese ora esposada, sob número 37.615/93 do CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, de Relatoria da Conselheira Adriana Turri Joubert.

A consulta solicita ao CREMESP maiores esclarecimentos sobre o artigo 25 do então Código de Ética Médica, cuja disposição se mantém inalterada no Diploma atual; e se o direito nele contido refere-se a pacientes particulares ou de convênio.

Em resposta, o Conselho Regional de Medicina esclarece que a situação já foi tratada inúmeras vezes pelo CREMESP; sua reiteração, contudo, é sempre valiosa àqueles que são impedidos de exercer a medicina sob a justificativa de não pertencerem ao corpo clínico de determinada entidade.

Tal reflexão ganha mais peso ainda, quando a negativa acima mencionada parte de único hospital existente na localidade escolhida pelo profissional para fixar residência e exercer seu mister. O CREMESP ressalta ser grande o número de instituições que se furtam ao cumprimento do Código de Ética Médica no tocante ao assunto em tela, sendo certo que diversas são as razões apontadas e a mais costumeira é o excesso de profissionais no exercício da medicina.

Porém, para a Relatora, a intenção existente no Código de Ética Médica é absoluta clareza: ao profissional não pertencente ao corpo clínico de entidade privada com ou sem caráter filantrópico é garantido o direito de internações de seus pacientes; tendo como único requisito o respeito às normas técnicas da instituição independentemente da categoria dos mesmos, ou seja, se particulares ou conveniados.

O dispositivo ético que funda a análise não distingue os pacientes. Ao contrário, ele os generaliza. Trata-se, então, de um direito que é conferido ao médico, inobstante, a classificação do paciente carente de internação hospitalar. Vale lembrar também que eventual proibição dessa natureza se configura em flagrante desrespeito ao art. 5º, XIII da constituição Federal Brasileira, uma vez que é assegurado a todo cidadão o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Assim, se a entidade vedar ao médico a internação de qualquer de seus pacientes, ela estará cerceando a liberdade do profissional, impedindo que o

mesmo exerça sua profissão, já que o hospital é a ferramenta de trabalho do médico. Em conclusão, foi por esta razão que tais dispositivos foram criados; para regulamentar a situação daquele que não pertence ao corpo clínico de entidade privada com ou sem caráter filantrópico, independentemente da classificação do paciente.

A partir desta normativa, fica claro que a Instituição Hospitalar deve viabilizar o acesso de qualquer médico às suas instalações, pois trata-se de um direito do mesmo.

Em que pese haja a possibilidade de contratação do médico e demais profissionais liberais de saúde como empregados nos nosocômios, nos termos do artigo 3º. da Consolidação do Trabalho,; resta incontroverso que, nos moldes aqui explanados, não se fazem presentes de forma compulsória ao menos três requisitos clássicos ensejadores da relação de emprego, quais sejam, a pessoalidade, a subordinação e a dependência econômica.

A pessoalidade, posto que o médico utiliza a estrutura hospitalar quando se faz necessário, no uso da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo VI do Capítulo II do Código de Ética Médica; além de poder se fazer substituir por outro colega quando impossibilitado de comparecimento, observada a escala definida pelo Corpo Clínico, que, conforme já observado, é definida de forma totalmente independente da Direção da Instituição Hospitalar, por deliberação dos próprios médicos.

A subordinação, posto que, nos termos dos artigos 7º. e 8º. do Código de Ética Médica, o Médico é um profissional independente, não estando sujeito ao cumprimento de horários e à submissão de diretrizes diretas dos hospitais em que atuam, tendo autonomia técnica, política, científica e cultural.

A atividade do médico prestador de serviços é caracterizada pela ausência de subordinação a quem quer que seja. Comumente, presta serviços em inúmeras instituições, sem delimitação de jornadas, observando as preferências e necessidades de cada paciente e o nível de excelência de cada hospital em

determinada especialidade, não mantendo vínculo de emprego com qualquer deles, sendo inerente à esse tipo de atividade a ausência total de requisitos de exclusividade e continuidade na prestação de serviços.

Uma vez não havendo subordinação nem pessoalidade, muito menos deve se considerar que pode vir a se concretizar uma relação de dependência econômica entre médicos e um determinado hospital, Isto porque, uma vez sendo o uso da estrutura uma faculdade e conveniência de cada profissional, o Médico pode passar dias, semanas, meses e até anos sem prestar serviços em uma determinada instituição hospitalar, constituindo seus ganhos através dos vários atendimentos que efetua, em diversas localidades diferentes.

Ciente desta condição, o Sistema Único de Saúde possui um código específico para a remuneração dos honorários médicos devidos quando da prestação de serviços de forma autônoma, denominado “Código 7”. O CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde inclusive emitiu Nota Técnica, de número 44/2004<sup>28</sup>, posicionando-se no sentido de que, quando prestados serviços de forma autônoma, o faturamento deve obrigatoriamente ser realizado sob a rubrica do Código “7”, eximindo a instituição onde foram realizados os atendimentos da responsabilidade de encargos decorrentes destes honorários:

Desta forma, resta demonstrado cabalmente que a responsabilidade pelo recolhimento de encargos patronais somente pode recair sobre a entidade contratada quando e, somente quando, tenha esta relação direta de

---

<sup>28</sup> A Nota Técnica CONASS 44/2004 foi emitida no contexto da discussão jurídica em torno da edição do Código “45”. Alguns Gestores, preocupados com o recolhimento do INSS destes profissionais, que ficaram sob sua responsabilidade no ato de pagamento aos mesmos, solicitaram ao Ministério da Saúde, uma opção para que o sistema calculasse o valor relativo ao profissional, mas que seu pagamento ficasse a cargo do hospital, que terceirizou os serviços dos profissionais e não ao cargo do Gestor, que contratou o hospital e não o profissional. O novo código foi incluído com a publicação da portaria SAS nº. 158/04, para “profissionais autônomos sem cessão de crédito”, cujo CPF deve ser informado na AIHS (Autorização para Internação Hospitalar), sendo o crédito relativo aos serviços profissionais calculados em separado, mas computado no CNPJ do estabelecimento de saúde e depositado na conta do hospital com o qual o profissional tem relação de trabalho. Os gestores passaram a adotar quase que exclusivamente o Código “45”, mesmo com a manutenção do Código “7”. A contabilização dos honorários médicos na conta do próprio hospital, ainda que os serviços tenham sido prestados de forma autônoma, gerou uma enxurrada de ações judiciais, tanto de Hospitais quanto de entidades representativas de Médicos e Estabelecimentos de Saúde, questionando a política oficial de repasse, pois além da bitributação decorrente da necessidade de faturamento dos honorários na contabilidade da instituição hospitalar para posterior repasse ao médico, criaram-se conflitos acerca da responsabilidade sobre os recolhimentos previdenciários decorrentes deste repasse, bem como o eminente risco de caracterização de vínculos empregatícios obviamente inexistentes.

emprego com o profissional prestador dos serviços. Que nos casos em que o prestador de serviços é profissional autônomo, credenciado e atuando nessa condição (Código 7), deve exclusivamente sobre o mesmo recair o ônus, desta forma desobrigando a entidade contratada. E que, em qualquer das hipóteses, nenhuma responsabilidade objetiva recai sobre os entes Gestores do SUS (Secretariais Estaduais ou Municipais de Saúde).

Desta forma, verifica-se que o próprio Estado, através de seu Sistema Único de Saúde, reconhece de forma inconteste que o serviço médico pode ser prestado, no ambiente hospitalar, de forma autônoma e totalmente independente, inclusive no âmbito financeiro, pois há a previsão de recebimento de honorários em separado à remuneração das despesas hospitalares.

Destarte, verificada a ausência dos requisitos clássicos da caracterização do vínculo de emprego, presentes no artigo 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho, tem-se ser plenamente defensável, nos termos da argumentação deste tópico, a possibilidade do labor médico sem a hipótese de caracterização de vínculo empregatício.

Ademais, a jurisprudência já assentou entendimento no sentido de que não se configura relação de emprego quando, no exercício da função, o médico atende a diversos pacientes encaminhados no caso pelo reclamado ou mesmo por terceiros, como convênios médicos, recebendo remuneração em conformidade com o número de consultas, atendimentos e exames ou mesmo pela quantidade de horas realizadas (se este for o ajuste), sem qualquer tipo de subordinação, notadamente jurídica.

Analisemos a questão sob a luz dos mais recentes julgados acerca da matéria.

Em julgamento prolatado nos autos de Recurso Ordinário número 9556-2007-8-09-00-8<sup>29</sup>, de Relatoria do Desembargador Marcio Dionísio Gapski, a 2ª. Turma do

---

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário número 9556-2007-8-09-00-8**. Publicado em Diário da Justiça do Paraná em 16.04.2010.

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região entendeu por negar provimento ao Recurso de médico anestesista que buscava vínculo de emprego com o Hospital Cajuru.

O Relator destaca, primeiramente, que o caso é exemplo típico da relatividade da afirmação de que todo aquele que trabalha na atividade fim da empresa é necessariamente empregado. Se superada a problemática da delimitação desta atividade fim, desafio este hercúleo; o Relator do Acórdão reflexiona que o papel dos hospitais não se confunde com o papel do profissional médico, já que o ato médico é atribuição privativa do médico e não pode ser outorgado a estabelecimentos de serviços de saúde ou a terceiros.

Nem sempre é o médico que vem a se inserir na atividade do hospital, havendo situações em que é o hospital que serve de instrumental para que o médico possa exercer a prática médica, sua atividade-fim, de forma autônoma.

Fez-se prevalecer, pelo Acórdão Regional, a dinâmica de autonomia comprovada nos autos através da instrução processual, de cujos depoimentos testemunhais se extraiu a atuação do médico reclamante nas dependências do hospital através de grupo organizado de médicos anestesistas, sem qualquer ingerência do estabelecimento de saúde no seu serviço profissional (escala, férias, substituições), inclusive quanto ao ingresso ou mesmo desligamento que viesse a ocorrer.

A admissão dos médicos no grupo de anestesistas se dava por convite; também era atribuição do grupo a definição de escalas, trocas, férias e remuneração. Não havia qualquer fiscalização acerca do trabalho desenvolvido.

No que se refere aos pagamentos, a instrução processual também comprovou absoluta autonomia: os faturamentos eram realizados diretamente ao Sistema Único de Saúde ou aos convênios, tendo o Hospital participação na remuneração apenas como repassador, quando por questões administrativas o faturamento fora realizado pelo nosocômio.

Foi igualmente comprovada a ausência de pessoalidade. Uma das testemunhas ouvidas relatou que o hospital importava apenas que um médico da especialidade estivesse no plantão, sem a exigência de profissional específico.

Mesmo tendo o Reclamante prestado serviços por 39 anos, e exercido atividades cuja nomenclatura ostentava a denominação de “chefe de serviço”; o Regional considerou para afastar o vínculo de emprego pleiteado o fato de o profissional médico ser pessoa culta e instruída, de ter sido tratado como autônomo em todo este interregno, nas circunstâncias já abordadas.

A subordinação mostra-se, portanto, elemento essencial à configuração do fato complexo da relação de emprego, a sua existência deve ser provada, juntamente ao demais elementos, por quem a alega; na exegese dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Subordinação esta verificada no julgado prolatado nos autos de Recurso Ordinário sob o número 0000273-45.2010.5.04.0372<sup>30</sup>, de lavra da 7ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, de Relatoria do Desembargador Emilio Papaleo Zin.

Tratam-se os autos de demanda intentada por técnico de radiologia que busca vínculo de emprego com a Sociedade Beneficente mantenedora do hospital onde prestou serviços, com a declaração da nulidade da relação comercial mantida entre as partes e a condenação da Ré ao pagamento das verbas trabalhistas correspondentes.

O Juízo de origem entendeu válida a terceirização e inexistente a prestação de serviços na forma do artigo 3º. da CLT, julgando improcedente o vínculo de emprego pleiteado e as verbas trabalhistas correspondentes, entendimento não comungado pelo Regional Gaúcho.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. **Recurso Ordinário número 0000273-45.2010.5.04.0372**. Publicado no Diário da Justiça do Rio Grande do Sul em 22.05.2014.

A conclusão do Acórdão mostra a problemática dicotomia da validação da terceirização pela classificação da atividade: ao passo que no exemplo anterior o Regional Paranaense dissocia em absoluto a especialidade médica da estrutura hospitalar, o mesmo não ocorre no caso em que se analisa, onde a radiologia é inserida no contexto da atividade fim do hospital, um dos fatores decisivos à reversão da sentença de improcedência proferida no Juízo de origem.

A confusão mostra-se ainda mais evidente quando da análise de voto divergente constante deste Acórdão, em que o Juiz Convocado Manuel Cid Jardon argumenta não haver consenso na jurisprudência acerca da inserção da terceirização da radiologia na atividade-fim. A fundamentar tal conclusão, aduz que parte ainda que minoritária da jurisprudência entende ser a medicina a atividade fim de qualquer hospital, porém o exame radiológico pode ser classificado como acessório.

A agregar elementos de convicção ao Colegiado somam-se os fatos da prestação inicial de serviços de radiologia pelos profissionais na condição de empregados, para posterior ingresso na sociedade empresária contratada pelo hospital para assunção destas atribuições na condição de sócios. Outrossim, equipamentos e insumos eram fornecidos pelo hospital, também responsável pelo fornecimento das instalações técnicas e manutenção dos equipamentos.

Provido parcialmente o recurso do Reclamante, para o reconhecimento do vínculo de emprego e sua remessa à origem para análise dos demais pedidos.

O confronto dos dois julgados ora analisados mostra quão possível realidades similares podem divergir para interpretações absolutamente antagônicas. É certo que no caso do profissional radiologista outros elementos também corroboraram para o reconhecimento do vínculo de emprego, mas o reconhecimento da especialidade dentro da atividade fim mostra-se decisivo.

Merece destaque neste estudo recente julgado exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho em terceirização de serviços médicos perpetrada pelo Instituto

Materno Infantil de Minas Gerais, em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista da União Federal cujo provimento foi negado.

Os autos de Agravo<sup>31</sup> tramitaram sob número 597-74.2012.5.03.0022, de Relatoria da Desembargadora Convocada Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira.

No referido julgado, a Suprema Corte Trabalhista entendeu como válidos os argumentos que sustentaram o Acórdão Regional; quando este houve por bem anular os efeitos de autos de infração que entendiam como irregular a contratação de 868 profissionais médicos organizados em cooperativa constituída à prestação de serviços naquela instituição hospitalar, autuada pela manutenção de profissionais supostamente sem registro em Carteira de Trabalho e irregulares em seus depósitos de Fundo de Garantia, via de consequência.

Como razão principal de decidir, validada pelo julgamento do referido Agravo, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais sustenta não se verificar subordinação jurídica ou hipossuficiência dos prestadores de serviços.

Isto porque, da prova oral produzida, verificou-se que o Hospital não realizava quaisquer pagamentos diretos aos cooperados. Tendo convênios com 48 operadoras ou seguradoras de saúde, faturava a estas serviços hospitalares, diárias e taxas, sendo os honorários médicos quitados diretamente pelo convênio ao médico ou à cooperativa, que por sua vez distribui para os médicos de acordo com os serviços prestados; sendo atendimento particular, o médico recebe diretamente do cliente o pagamento dos honorários, modelo que, em que pese correto, gerou críticas dos pacientes pelo burocracia de se realizar dois pagamentos, um ao hospital e outro ao profissional.

Em se verificando a onerosidade apenas em relação à Cooperativa, bem como a total autonomia e independência técnico-funcional dos médicos em relação

---

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 597-74.2012.5.03.0022**. Publicado em Diário da Justiça de 25.10.2013.

ao Hospital, o Regional Mineiro optou por afastar os efeitos da fiscalização, sendo mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, da apreciação dos julgados ora colacionados, vislumbra-se que a mera existência de prestação de serviços, inobstante sua natureza, não tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário como requisito decisivo para o reconhecimento da relação de emprego.

A essencialidade dos profissionais de saúde ao bom funcionamento dos nosocômios não se discute, tal qual a essencialidade dos advogados para a administração da Justiça. Contudo, tal essencialidade não se traduz em subserviência, e sim em complementariedade.

Logo, unir esta essencialidade ao conceito de finalidade da organização empresarial mostra-se temerário, haja vista que, conforme demonstrado pela própria análise jurisprudencial, o encontro do essencial com a dita atividade fim não se pode adotar como conclusão invariável.

## **1.2. Da peculiar formação profissional e da autonomia da vontade**

Inobstante considerar que a dinâmica de trabalho em ambiente hospitalar propicia condições de trabalho autônomo, de forma totalmente independente, mister se faz salientar que o médico é um profissional de formação diferenciada.

Nenhuma lei escrita é específica no sentido de coagir um médico no atendimento de um paciente, salvo nos casos de urgência e emergência ou em virtude de força contratual.

Ainda que por força de contrato, o médico poderá cessar, a qualquer tempo, a prestação dos serviços, por sua própria vontade ou por motivo de força maior.

Segundo LACASSAGNE<sup>32</sup>, “*em princípio, é inteiramente livre o exercício da medicina. O médico pode recusar o seu ministério e sua recusa peremptória não tem necessidade de ser justificada por motivos graves e legítimos. O exercício da medicina é, em geral, puramente voluntário*”.

Portanto, o profissional médico é detentor da direção que pretende conferir aos seus destinos, sendo livre e alheio à pressões externas que possam influenciar esta escolha.

Acrescido ao fato da orientação do próprio Conselho Profissional ser pela atuação independente, a formação acadêmica do médico figura dentre as que exigem maior dedicação, aplicada em elevada carga de estudos e aplicação prática dos conhecimentos.

Trata-se, portanto, de profissional de nível diferenciado, plenamente ciente de seus direitos e prerrogativas.

Em virtude de pertencer à uma elite cultural, e, na maioria das vezes, social, o médico não pode ser comparado ao trabalhador comum assalariado, e tampouco pode sustentar, de forma genérica, ser vítima do grande capital ou de pressões externas. O médico é dono de sua vontade e ciente de suas ações, sendo plenamente aceitável que exerça seu labor em condições plenas de autonomia, fazendo uso da figura da parceria comercial para ter melhores resultados financeiros no desenvolvimento de seu ofício.

Há que salientar que a boa-fé na execução dos contratos é princípio geral de cunho moral que se aplica em todo complexo das relações privadas, representando respeito mútuo entre as partes no fiel cumprimento do pactuado.

Não há dúvida de que o modo eleito pelas partes para a própria contratação da apontada prestação de serviços evidencia que essa era realmente a intenção das

---

<sup>32</sup> LACASSAGNE. Précis de Médecine Legale, trad. Do A., Librairie J.B. Baillière et fils, Paris, 1908. apud FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito do Médico**. – 6ª Edição – São Paulo: Fundação BYK, 1994.

mesmas naquele momento, não se podendo presumir que esta possa ter perdurado no tempo ao arrepio da vontade de ao menos um dos contraentes, em especial considerando o nível diferenciado dos atores da relação de trabalho que ora se analisa. Tem-se a condição de autônomo como clara opção do profissional médico, eis que, como analisar-se-á a seguir, é plenamente possível a pactuação de contrato de trabalho com reconhecimento de vínculo empregatício, uma vez verificados os requisitos do artigo 3º do texto consolidado.

É cada vez mais comum, inclusive, que a prestação de serviços médicos se dê por meio da constituição de pessoas jurídicas. Há de se salientar, contudo, que a criação destas pessoas jurídicas, no caso dos médicos, não possui qualquer intuito de fraudar a legislação trabalhista.

O parágrafo único do artigo 966 do Código Civil prevê expressamente que profissões intelectuais podem se constituir em sociedade empresária, desde que o exercício da profissão se constitua em elemento de empresa.

Busca-se, através da criação de sociedades empresárias, a reunião de esforços e objetivos comuns, além da desoneração da elevada carga tributária incidente sobre os trabalhadores autônomos do Brasil.

Tem-se, portanto, que a prestação de serviços médicos através de pessoa jurídica é plenamente possível, considerando, inclusive, que os médicos que a integram via de regra realizam atendimentos em uma série de estabelecimentos de serviços de saúde, não havendo qualquer viés de pessoalidade nesta espécie de relação.

Admite-se, inclusive, sociedades empresárias que tenham como objeto a prestação de serviços de saúde constituídas por sócios não médicos, o que demonstra a boa fé na constituição de pessoa jurídica a tal mister. Saliente-se, entretanto, que o médico, com regular habilitação profissional, deve sempre figurar como responsável técnico neste tipo de sociedade, nos termos da Resolução CFM 1.716/2004, ou seja, há a clara opção dos profissionais pela forma de trabalho que lhes parece mais vantajosa, tanto no que tange à autonomia, bem como no que se

refere à estruturação de sociedades e aos custos do desenvolvimento da atividade profissional.

A jurisprudência assim se posiciona a respeito:

Vínculo empregatício x autônomo. “Optando o trabalhador em receber percentual superior de comissões na condição de autônomo, ao invés de ter a CTPS anotada e, perdurando tal situação por mais de quatro anos, impossível o reconhecimento do liame empregatício após encerrada a relação de trabalho. Inexistência de intenção de fraudar normas trabalhistas, pois manifesta a prevalência da vontade obreira pelo benefício do percentual comissional superior. A boa-fé na execução dos contratos é princípio geral de cunho moral que se aplica em todo complexo das relações privadas, representando respeito mútuo entre as partes no fiel cumprimento do pactuado (artigo 151 do CCB), sem contar que “O intérprete deve cogitar como o contrato tem sido anteriormente cumprido pelas partes, pois que são elas o melhor juízo de sua hermenêutica, devendo considerar-se que, se executou num dado sentido, é porque entenderam os contraentes que esta era a sua verdadeira intenção.” (Caio Mário da Silva Pereira, citado pelo Juiz Fernando A. V. Damasceno nos autos do processo TRT - 10ª RO nº 641.89, publicado no DJU de 27.02.91, p. 3143). Recurso a que se nega provimento.” (TRT - 10ª R - 2ª T - RO nº 5700/95 - Rel. Juiz Alencar Machado - DJDF 18.10.96 - pág. 18628).

(...)

110000491 – PARCERIA – PROMESSA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – DESCUMPRIMENTO – MODIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL – IMPOSSIBILIDADE – Restando evidenciado nos autos que a relação comercial mantida entre os litigantes era de parceria, não há que se falar em vínculo empregatício. Uma vez não respeitada a pactuação inicial, caberá ao prejudicado buscar o direito inadimplido perante a Justiça competente, sendo inconcebível que pretenda modificar a própria natureza da relação obrigacional, mesmo porque, entre parceiros, não há subordinação jurídica que possibilite o reconhecimento de vínculo de emprego. (TRT 24ª R. – Proc. 01394/2001-000-24-00 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DOMS 12.08.2002).

(...)

912795 – RELAÇÃO DE EMPREGO CONFIGURAÇÃO – Da relação empregatícia – O trabalho realizado se projeta em círculos concêntricos em cujo círculo menor poderá estar presente a relação empregatícia. Mas esta não se faz presente quando o obreiro desenvolve trabalho técnico, percebendo por trabalho realizado, por sua conta e risco, sem qualquer garantia de numerário fixo e sem subordinação jurídica e econômica. E em havendo contrato entre as partes sem prova de qualquer vício de consentimento deve ser prestigiada a teoria da vontade nos termos da pacta sunt servanda. (TRT 2ª R. – AC. 02960373175 – 5ª T. – Rel. Juiz Francisco Antônio de Oliveira – DOESP 05.08.1996).

Aliás, a precipitação de decisões de idêntico jaez é que erigiu ao plano legal questões outrora principiológicas acerca da boa-fé e probidade na execução dos contratos em geral, inclusive os trabalhistas, no sentido de que muito embora vigore

o princípio protetivo do hipossuficiente na relação de trabalho, a real intenção das partes quando da emanção da vontade - no ato de contratar, portanto - , deve ser observada pelo Julgador, a fim de se possibilitar o equilíbrio da própria relação contratual, em atendimento, justamente, à questões que dizem respeito à probidade e boa-fé na execução dos contratos.

Assim é que o Código Civil brasileiro, dispõe em seu artigo 421, *verbis*:

"Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

Significa afirmar, portanto, que a liberdade de contratar será sempre analisada à luz de sua função social, isto é, em razão de seus próprios princípios protetivos, respeitada, em qualquer caso, a vontade das partes convenientes.

Adiante, dispõe o artigo 422 do mesmo Diploma:

"Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

É evidente que o comando legal direciona-se no sentido de que por princípio de probidade e boa-fé, que devem nortear todas as relações contratuais, as partes devem guardar e observar fielmente aquilo que restou pactuado, tanto na execução do contrato, quanto e principalmente na sua conclusão ou término.

Vale afirmar que se contratou de dada forma, é porque assim parecia mais vantajoso a ambas as partes, atendendo de forma plena os interesses dos contratantes presentes quando da intenção de celebrar o pacto. Se tal modo perdurou através do tempo, é porque as partes assim o desejavam.

Diante de todo o exposto, têm-se os elementos da autonomia da vontade e da boa fé na celebração dos contratos como fundamentais para a sustentabilidade do exercício profissional do médico sem o risco de desvirtuamento, e, conseqüentemente, a caracterização de vínculo empregatício.

## CAPÍTULO 3

### PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES POSSÍVEIS

#### 1. PROJETO DE LEI 4.330/2004 – DO ENTÃO DEPUTADO FEDERAL SANDRO MABEL (PL/GO) E APENSOS

Única iniciativa concreta tramitando no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 4.330/2004<sup>33</sup> se caracteriza como única expectativa de evolução do ordenamento a respeito da matéria.

O Projeto de Lei parte da desregulamentação hoje existente para a abertura de mercado para a terceirização sem limites, num aspecto liberal explícito.

A iniciativa prevê a aplicação da Lei Civil na resolução dos contratos de terceirização; e dispõe expressamente acerca da não configuração de vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores e sócios da empresa prestadora de serviços, nos termos do artigo 2º. A apurada análise do intróito do Projeto já demonstra progressão em sentido diametramente oposto ao da incerteza que hoje paira sobre as relações jurídicas firmadas á égide da terceirização: todo e qualquer serviço é passível de subcontratação, com requisitos e responsabilidades bem definidas.

O artigo 3º. do Projeto de Lei delimita exigências a serem atendidas pela prestadora, que vão desde requisitos meramente formais como a prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e registro em Junta Comercial; até a integralização de capital social escalonado compatível com o número de empregados, fixando em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) a escrituração para empresas com mais de cem empregados. Há previsão de

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Projeto de Lei 4.330/2004. Deputado Sandro Mabel (PL-GO)**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004) Acesso em 19 de maio de 2013.

atualização anual destes valores pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC).

Um dos Apensos que convergem para a iniciativa do Projeto de Lei base, o PL 7.892/2014, amplia este gatilho protetivo estabelecendo novos limites que chegam a capital mínimo de um milhão de reais para empresas com mais de quinhentos empregados, bem como conferindo prazo de 180 dias para a integralização do capital social após a constituição; mesmo prazo aplicável caso haja a necessidade de adequação do capital social em virtude de variação do número de empregados.

Ainda no que se refere à sistemática do Capital Social, o Projeto base concede à Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho a prerrogativa de imobilização do capital social em até 50% dos valores previstos no escalonamento.

O PL 7.892/2014 também dispõe neste sentido para a exigência de prestação em garantia correspondente a 8% do valor do contrato, limitada a um mês do faturamento, em caução, seguro ou fiança bancária.

Ainda que por certo tais mecanismos não se constituam em barreira absoluta à fraude e à precarização dos contratos de trabalho, por óbvio que exigências desta espécie dificultam a ação de oportunistas e aventureiros; já que exigem comprometimento real de patrimônio para atuação no mercado.

O artigo 4º. também restringe a utilização dos trabalhadores terceirizados apenas e tão somente ao objeto do contrato firmado entre tomadora, em que pese o parágrafo 2º. do mesmo artigo reitere o espírito de que tal pactuação pode versar sobre o atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Um dos pontos controversos do projeto em caso de possível aprovação é a disposição do artigo 5º., que prevê a possibilidade de sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros que prestem

serviços à mesma contratante de forma consecutiva. Tal mecanismo, se por ventura incorporado ao ordenamento jurídico, tem risco potencial de questionamento em demandas individuais com o intuito de reconhecimento da unicidade contratual, nesta realidade fática.

No que se refere à saúde e segurança do trabalhador terceirizado, as referências do projeto apenas conferem à contratante a responsabilidade pela garantia de tais condições, como também imputam àquela o ônus da exigência de certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço bem como fornecimento de treinamento adequado, quando este for necessário.

A extensão de benefícios como atendimento médico, ambulatorial e de refeição utilizados pelos trabalhadores da contratante é tratada como possibilidade no artigo 9º., ao invés de prerrogativa do trabalhador. Já o artigo 8º. do PL 7.892/2014 reforça tal extensão como obrigatória.

No que se tange à responsabilidade por eventuais créditos decorrentes de demandas trabalhistas, o artigo 10 segue o atual entendimento constante na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria, no sentido da empresa contratante ser subsidiariamente responsável pelas obrigações referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada a ação regressiva contra a devedora. O PL 7.892 caracteriza a responsabilidade solidária em sua proposição, quando não houver pela contratante a fiscalização acerca do seu inadimplemento.

Interessante disposição traz o parágrafo único do retro mencionado artigo no trâmite da ação regressiva ali prevista, também a afastar oportunistas: além do ressarcimento pago ao trabalhador, das despesas processuais, juros e correção monetária, à contratante será devida indenização complementar no valor do crédito trabalhista. Inegável estímulo, portanto, para que as prestadoras de serviço mantenham contas e obrigações trabalhistas em dia.

O PLS 87/2010, também apensado, traz disposições semelhantes impondo a solidariedade em caso de falência da prestadora ou inobservância dos requisitos formais para a celebração dos contratos, que além dos já previstos no Projeto Base inclui a exigência de alvará de localização, comprovante de entrega da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS e Certificação Negativa de Débitos.

O Apenso 7.892 reforça o caráter fiscalizatório do qual deve se revestir a contratante quando estabelece, além dos critérios de responsabilidade, a possibilidade daquela reter os pagamentos à prestadora quando constatada irregularidade nos pagamentos dos haveres trabalhistas dos empregados terceirizados.

O aspecto liberal do projeto base volta a atenção novamente quando se analisa o artigo 11, que prevê a subcontratação de serviços pela própria terceirizada. Neste caso específico, contudo, os riscos também são majorados, haja vista a previsão de responsabilidade solidária entre a prestadora e subcontratada.

Mais requisitos são adicionados aos contratos pelo artigo 14: há a necessidade de especificação do serviço a ser prestado, delimitação de prazo quando for o caso e obrigatoriedade de apresentação periódica dos comprovantes das obrigações trabalhistas.

O Projeto se ocupa também de uma das maiores críticas à terceirização, no modelo atual: a suposta precarização das negociações coletivas e relações sindicais; precarização esta perpetrada pela segregação de categorias antes integradas aos grandes sindicatos da categoria econômica, de maior força e representatividade, em representações menores adstritas apenas e tão somente aos trabalhadores terceirizados.

Tal estratégia acaba por enfraquecer sindicatos maiores e expor estes trabalhadores terceirizados, em tese, à condições de trabalho menos favorecidas, em virtude da ausência de poderio destas entidades sindicais fragmentadas para a imposição de direitos e garantias.

Como solução, a proposta prevê um modelo transitório de vinculação ao sindicato representante da atividade desenvolvida pelo obreiro na contratante.

O parágrafo 1º. do artigo 15 dispõe que a contribuição sindical obrigatória será recolhida proporcionalmente ao período em que o trabalhador foi colocado à disposição na empresa contratante e corresponderá à um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

Em que pese a matéria mereça maior aprofundamento e regulação, a vinculação ainda que transitória ao sindicato da categoria atuante nas dependências da contratante fulmina a criação de sindicatos de ocasião, destinados à exploração financeira da força de trabalho bem como à celebração de convenções coletivas precarizadas.

Tal dispositivo demonstra que a tendência liberal que claramente apresenta não se constitui em subterfúgio para limar conquistas da classe trabalhadora, e sim em moderno instrumento de dinamização das relações de trabalho.

Por fim, em seu artigo 17, o pretense Diploma apresenta penalidades pecuniárias à ordem de R\$ 500,00 por trabalhador prejudicado em caso de ofensa aos dispositivos nele consagrados, o que por certo consistiria em mais um fator de atenção aos prestadores para o correto cumprimento das obrigações já analisadas.

O Projeto desenha panorama alvissareiro às relações de trabalho. Como já frisado, suas tendências liberais não desguarnecem o trabalhador de garantias, seja pela integralização de capital mínimo, pela delimitação bem permeada de responsabilidades de cada parte e principalmente pela garantia de representação sindical pela mesma entidade profissional correspondente à atividade desenvolvida no âmbito da contratante.

Contudo, o Poder Legislativo brasileiro, ao invés de encaminhar a proposição para a vigência, conduz o tema na esteira de conflitos ideológicos de direita e

esquerda preferindo manter o projeto sem perspectiva à opção por solução definitiva e segura.

A não convergência se verifica pelo compulsar de um dos apensos ao Projeto, especificamente o de número 1.621/2007, de autoria do Deputado Vicentinho (PT-SP). Nesta proposição alternativa, o artigo 3º. se socorre da dúbia e inconclusiva terminologia de atividade fim para vedação da terceirização, definindo-a como tal o conjunto de operações, diretas e indiretas, que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.

Como já analisamos por meio do paradigma hospitalar, a fixação de balizadores em atividade-meio e atividade-fim para a terceirização carece absolutamente de segurança jurídica, dado ao seu subjetivismo.

Disposição subsequente, prevista no artigo 4º. deste Apenso, propõe cláusula de barreira que além de não solucionar o conflito sindical praticamente inviabiliza terceirização de qualquer espécie, quando condiciona a implantação de projetos de subcontratação à informação ao sindicato respectivo da categoria profissional com seis meses de antecedência; sepultando qualquer dinamismo e estratégia empresarial aplicável ao mercado atual. Os requisitos se arrocham ainda mais pelo parágrafo único, que exige a constância neste ato informativo dos motivos da terceirização, os serviços que dela serão objeto, número de trabalhadores diretos e indiretos envolvidos, a redução de custos envolvida – como se esta fosse uma variante absoluta - , local e prestadoras que pretende contratar.

Em que pese os requisitos constantes deste Projeto alternativo praticamente inviabilizarem qualquer estratégia empresarial que vise utilizar a terceirização como instrumento de potencialização de negócios, merecem destaque algumas ferramentas de segurança que poderiam ser aproveitadas pelo Projeto base.

O artigo 6º. prevê, dentre outros requisitos, a obrigatoriedade de apresentação mensal de comprovação de regularidade do Fundo de Garantia por

Tempo de Serviço (FGTS), além de certidões negativas de infrações trabalhistas expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O disposto no artigo 7º. veda diferenciação de salário, jornada, ritmo de trabalho, condições de saúde e benefícios entre os empregados da tomadora e da prestadora, numa previsão mais aprofundada do enquadramento sindical transitório prevista como mecanismo no PL 4.330/2004.

O artigo 8º. veda a utilização da terceirização como instrumento de fornecimento de mão de obra, salvo nos casos já previstos em lei para o trabalho temporário, vigilância, asseio e conservação. O Projeto base também possui restrição semelhante em seu artigo 16, declarando que a Lei não se aplica nestes casos e para serviços domésticos.

No antagônico Apenso 1.621/2007, a terceirização encontra mais um desestímulo na atribuição de responsabilidades, declarada como solidária independentemente de culpa no artigo 9º.

O artigo 10 reconhece vínculo de emprego entre a tomadora e os empregados da prestadora sempre que presentes os requisitos do artigo 3º. da CLT; disposição absolutamente desnecessária haja vista os requisitos do texto consolidado estarem ali presentes com ou sem projeto, mas que demonstram a intenção do autor em refrear em absoluto a terceirização como ferramenta.

Como visto, dispositivos absolutamente conflitantes tramitam conjuntamente, tornando a expectativa de solução quase um devaneio de empresários que anseiam por segurança jurídica na condução de seus contratos. Pela prevalência de correntes ideológicas e ausência de um debate sério, os contratos terceirizados firmados no Brasil devem continuar a se pautar pelo subjetivismo?

O Direito comparado possui grande arcabouço a regular a terceirização, seja no sentido de potencialização ou claramente tornar a subcontratação irregular; alternativas por certo melhores e seguras que a linha interpretativa adotada pelo

ordenamento jurídico pátrio, cujo risco à condução dos negócios é evidentemente prejudicial ao desenvolvimento econômico.

## 2. REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

### 2.1. **Direito Peruano: grandes possibilidades, grandes responsabilidades**

A legislação peruana a regular a subcontratação é exemplo salutar de como um diploma bem elaborado, desprovido de estigmas que vinculam sempre a terceirização à relações precárias de trabalho pode constituir em instrumento de desenvolvimento aliado às garantias trabalhistas dos trabalhadores que atuam sob este regime de contratação.

A autorização para terceirização no Peru é ampla: o artigo 2º. da Lei 29.245/2008 define terceirização como a contratação de empresas para que desenvolvam atividades especializadas ou obras, sempre que assumam os serviços prestados por sua conta e risco, contem com seus próprios recursos financeiros, técnicos e materiais, sejam responsáveis pelos resultados de suas atividades e com seus trabalhadores sob sua exclusiva subordinação.

A ausência de conceitos dúbios traz absoluta segurança ao empresário para firmar parcerias comerciais. A potencialização dos negócios não está sujeita, neste paradigma, ao subjetivismo. Contratos com empresas regularmente estabelecidas e independentes serão considerados válidos se observados os requisitos legais.

Requisitos estes firmes e específicos, dispostos no mesmo artigo 2º; que condiciona a atuação das prestadoras de serviços à pluralidade de clientes,

equipamentos, investimentos em capital e retribuição por obra ou serviço; ou seja, plena autonomia empresarial.

Tais requisitos são cumulativos: a inexistência de qualquer uma das exigências legais já desvirtua o contrato de terceirização. Não há espaço para empresas de fachada, que visem a fraude e o fornecimento de mão de obra barata, criadas para atender um único empregador.

Em nenhum caso se admite apenas o fornecimento de pessoal. Neste sentido também é o Regulamento da Lei de Terceirização, consubstanciado no Decreto Supremo 06/2008<sup>34</sup>, que exclui das atividades especializadas ou obras constantes do Regramento Principal a intermediação de mão de obra.

O regulamento prevê exceções para a questão da pluralidade de clientes, mas também adotando critérios rígidos. O serviço deve ser requerido por um número reduzido de empresas ou entidades dentro do âmbito geográfico, do mercado ou setor em que a empresa prestadora desenvolve suas atividades; quando existam motivos justificáveis de pacto de exclusividade; e em caso de constituição em micro empresa.

O artigo 3º. da Lei de Terceirização trata dos casos que constituem terceirização de serviços, aqui elencados como os contratos de gerência – nos termos da Lei Geral de Sociedades Peruana -, os contratos de obra, os processos de terceirização externa, enfim, todos os contratos que tenham por objeto um terceiro que faça parte do processo produtivo.

Esta disposição específica tem o condão de nos traduzir o espírito com que a legislação foi implantada: de forma alguma se premia o oportunista de ocasião, o explorador de mão de obra. Tratamos sim de Diploma moderno, que reconhece a importância de atividades especializadas para a potencialização do processo

---

<sup>34</sup> PERU. **Decreto Supremo 06/2008.** Disponível em [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS\\_006\\_2008\\_TR.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_006_2008_TR.pdf) . Acesso em 27 de dezembro de 2014.

produtivo; tendo como consequência inexorável o desenvolvimento econômico peruano.

O descumprimento das exigências legais – em especial as já reportadas no artigo 2º. e 3º. da Lei - na implantação dos contratos tem por consequência, segundo a inteligência do artigo 5º., na denominada desnaturalização, ou seja, o reconhecimento de relação de trabalho direta e imediata com a empresa principal, assim como o cancelamento do registro da empresa terceirizadora junto ao Registro Nacional de Empresas Terceirizadoras mantido pela Autoridade Administrativa do Trabalho competente do lugar onde desenvolve suas atividades – registro este que é exigência do artigo 8º.

Há resguardo expresso do direito de informação. Nos termos do artigo 6º., o princípio de transparência se aplica ao início da execução do contrato, momento em que cabe à empresa terceirizadora informar por escrito aos trabalhadores encarregados da execução da obra ou serviço, assim como aos empregados da empresa principal e às organizações sindicais a identidade da empresa principal, e devidas inscrições nos registros públicos pertinentes; as atividades que são objeto do contrato celebrado e o lugar em que se executarão os trabalhos em questão.

O Regulamento da Lei autoriza que o direito de informação seja exercido através da inclusão das informações nos contratos de trabalho ou transmissão aos trabalhadores por escrito.

Os trabalhadores inseridos em contratos de terceirização tem seus direitos trabalhistas assegurados pelo artigo 7º. do Diploma, que assegura igualdade de direitos em relação a trabalhadores contratados por prazo indeterminado; o direito à aplicação da norma coletiva vigente aos trabalhadores de seu empregador direto; a vedação expressa do uso da terceirização para prejudicar a liberdade sindical, o direito de negociação coletiva a interferência nas organizações sindicais; a substituição de trabalhadores em greve ou a afetação da situação laboral de dirigentes amparados por prerrogativas sindicais.

A inobservância de tais prerrogativas está sujeita à desnaturalização, ou seja, o reconhecimento do trabalhador terceirizado como efetivo da empresa tomadora.

No que tange à distribuição de responsabilidades, esta se impõe pela lei como solidária quando os trabalhadores forem deslocados da prestadora para o ambiente da tomadora, atingindo direitos e benefícios trabalhistas e de seguridade social. A responsabilidade de estende pelo prazo de um ano do fim do deslocamento, enquanto a prestadora mantém sua responsabilidade até o fim da prescrição definida na legislação vigente.

As disposições complementares e finais autorizam, em sua Cláusula Primeira, a subcontratação de serviços por empresas de terceirização; devendo o subcontratista, contudo, atuar de acordo com o definido nesta Legislação, cumprindo absolutamente todos os seus requisitos.

## 2.2. Direito Uruguaio: legislação e considerações sobre a responsabilidade solidária

O Uruguai optou pela criação de uma legislação específica sobre o tema do trabalho terceirizado. A matéria é tratada por três diplomas legislativos, a Lei 18.099, de 24 de janeiro de 2007, a Lei 18.098, de 08 de fevereiro de 2007 e a Lei 18.251.

O intuito do legislador uruguaio na criação destas leis foi claro: ampliar a proteção do trabalhador no que tange a responsabilidade trabalhista, estabelecendo como regra a responsabilidade solidária entre empresa usuária e o fornecedor, intermediário ou subcontratante de mão de obra.

Nas palavras de Jorge Rosenbaum e Alejandro Castello<sup>35</sup>: “a norma legal regula os processos de subcontratação, intermediação e fornecimento de mão de obra, estabelecendo, como elemento central ou medular, um amplo regime de responsabilidade laboral solidária para toda empresa privada, organismo público ou entidade paraestatal que utilize subcontratistas, intermediários e fornecedores de mão de obra”.

Desta forma, a regra estabelecida pela Lei 18.099 em seu artigo 1º. é a responsabilização solidária entre o tomador de serviços e o intermediário, não importando a licitude da terceirização:

Artigo 1º.- Todo patrão ou empresário que utilize subcontratistas, intermediários ou fornecedores de mão de obra, será responsável solidário sobre as obrigações laborais destes para com os trabalhadores contratados, assim como do pagamento das contribuições para a seguridade social à entidade provisional que corresponda, dos bônus de acidente de trabalho e doença profissional e das sanções e recuperações devidos ao Banco de Seguros do Estado em relação a estes trabalhadores”.

---

<sup>35</sup> ROSENBAUM, Jorge e CASTELLO, Alejandro. **Subcontratación e Intermediación laboral: estudio de las leyes 18.099 y 18.251**, 2ª ed, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 26.

Esta realidade legislativa gerou um movimento do empresariado uruguaio, preocupado com a repercussão financeira deste regramento, bem como com a falta de balisamento utilizada na lei para estabelecer os limites do que se entenderia por terceirização e pela insegurança da utilização indiscriminada da responsabilidade solidária, inclusive para as empresas seguidoras de suas obrigações, as quais figuram como verdadeiras fiadoras da responsabilidade trabalhista dos trabalhadores terceirizados.

Atendendo ao reclame empresarial foi promulgada a Lei 18.251, em 17 de janeiro de 2008, trazendo como pontos principais a delimitação conceitual de terceirização por meio das categorias subcontratação, intermediação laboral e fornecimento de mão de obra, bem como estabelecendo a limitação da responsabilidade solidária por meio do que se denominou de Direito de Informação.

Assim, segundo a Lei 18.251, para haver terceirização é necessária a existência de uma relação triangular formada pela empresa usuária, pelo intermediário, subcontratante ou fornecedor de mão de obra e pelo trabalhador formalmente ligado a empresa intermediária mas que presta seu trabalho a empresa usuária. Desta forma a legislação uruguaia define a subcontratação como a descentralização de parte das operações da empresa, há uma delegação parcial do ciclo produtivo. De outro lado a intermediação de mão de obra se dá quando uma empresa contrata trabalhadores para prestar serviços em outra empresa, sendo o fornecimento de mão de obra espécie de intermediação caracterizada pela profissionalização da empresa fornecedora.

De outro lado, a Lei 18.021 limitou a responsabilidade solidária, estabelecendo em seu artigo 4º, o Direito de Informação<sup>36</sup>. Ainda, em seu artigo 6º, a Lei 18.021 estabelece que o empresário que exercer o Direito de Informação será responsabilizado de forma subsidiária, ou seja, a regra geral em matéria de

---

<sup>36</sup> Artigo 4º. (Informações sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias) .- Cada empregador ou empresário que usar subcontratados, distribuidores ou fornecedores de mão de obra tem o direito de ser informado por eles sobre a quantidade e estado de cumprimento das obrigações trabalhistas , pensão, assim como as correspondentes à proteção da contingência de acidentes de trabalho e doenças a respeito de seus trabalhadores.

responsabilização trabalhista na terceirização uruguaia é a responsabilidade solidária, contudo, ao empresário que exigir do intermediário a exibição de documentação do cumprimento de suas responsabilidades trabalhistas, administrativas e fiscais, com habitualidade, será aplicada a responsabilidade subsidiária.

Assim, em que pese o Uruguai possuir legislação em matéria de terceirização, ao contrário do que acontece no Brasil, trazendo maior segurança jurídica a esta realidade empresarial, certo é que o modelo adotado desencoraja sua utilização, ampliando a responsabilidade do empresário usuário da mão de obra, por consequência dificultando o investimento e o desenvolvimento empresarial no país.

### **2.3. Direito Argentino: terceirização como prática neoliberal**

Na Argentina, a *subcontratación moderna* se desenvolve pela marca do neoliberalismo e da flexibilização a partir dos anos 1990.

BATTISTINI<sup>37</sup> se refere à expressão moderna justificando a existência de outras formas anteriores de terceirização no próprio capitalismo e correspondentes à produção fordista de massas. Afirma que é possível dizer que a organização de trabalho pré-capitalista teve uma forma similar, com a contratação, por parte dos comerciantes, de grupos de trabalhadores em seus domicílios para fabricar produtos com as normas e provisão de matérias primas de tais comerciantes; sendo tal forma denominada de *putting out system*.

A terceirização moderna foi fomentada nos governos neoliberais ao fim do século XX como resposta aos índices crescentes de desemprego e como ferramenta de fomento ao crescimento econômico, já que em tese a subcontratação viria a otimizar os custos de produção.

---

<sup>37</sup> BATTISTINI, Osvaldo. **La subcontratación em Argentina**. – Buenos Aires: Imprimac, 2010. p.18.

O fenômeno da terceirização argentina se desenvolve de forma maciça no âmbito das montadoras de veículos, nas quais uma série de subsidiárias se encarrega de produzir partes dos autos para posterior montagem na planta matriz, sob as coordenadas desta; e nos modelos de *call center*, resultado de uma política agressiva de marketing das empresas a canalizar as reclamações dos clientes no que BATISTINI denomina *agujeros negros*, ou buracos negros.

Estes sistemas se implementaram com grande presença de trabalhadores precarizados, com contratos a prazo, submetidos a fortes pressões patronais - com monitoramento permanente, castigos, normas disciplinares estritas - e, especialmente nos *call centers*, expostos ao stress de representar a empresa tomadora e responder pelas falhas desta, ainda que não participe do processo produtivo principal.

Igualmente comum na Argentina é a terceirização ou externalização de tarefas mediante a contratação de trabalhadores “independentes”; profissionais ou estudantes universitários que são contratados para tarefa específica ou por prazo determinado (renovados por vários períodos), mediante o pagamento de um montante pré definido em contrapartida de uma *factura personal*, equivalente no Brasil ao Recibo de Pagamento Autônomo. Para tanto, o trabalhador deve se inscrever na *Administracion Federal de Ingresos Publicos* (AFIP) e pagar seus próprios impostos (monotributo), realizar seus recolhimentos à Seguridade Social e contratar um serviço de saúde.

A linha entre a legalidade e ilegalidade é tênue, haja vista que para a legislação argentina (*Ley de Contrato de Trabajo n. 20.744*), se estes trabalhadores cumprem jornada diária, trabalham no ambiente do empregador e sob as ordens deste, configura-se inequívoca relação laboral; sendo tal contrato considerado *en negro*.

### **2.3.1. A terceirização nas normas laborais argentinas**

Inexiste no direito argentino norma única a regular a terceirização em seu território. São várias as normas que regulam aspectos parciais entre uma empresa principal e suas subcontratadas.

Abordaremos, a seguir, os aspectos mais relevantes da legislação vigente.

### **2.3.2. Lei 25.013/1998**

Reforma a Lei 20.744 (Lei do Contrato de Trabalho). Em seu artigo 17, substitui o segundo parágrafo do Regime do Contrato de Trabalho da Lei originária, que modifica o segundo parágrafo do artigo 30. Determina que os tomadores deverão exigir dos cedentes o número do código único de identificação laboral de cada um dos trabalhadores que prestem serviços e a constância de pagamento das remunerações, cópia assinada dos comprovantes de pagamento mensais à seguridade social, uma conta corrente da qual seja titular e cobertura por risco do trabalho.

A responsabilidade de controle não pode ser delegada a terceiros, devendo os documentos serem exibidos sempre que a pedido do trabalhador e/ou da autoridade administrativa.

O descumprimento de tal formalidade implica na responsabilidade solidária do tomador, inclusive no que se refere às obrigações junto a Seguridade Social., na forma do regime de solidariedade imposto no artigo 32 da Lei 22.250 (Regime Legal de Trabalho dos trabalhadores da construção).

### **2.3.3. Decreto 1.694/2006**

Regulamenta as empresas de serviço eventual, de acordo com o estabelecido na Lei de Contrato de Trabalho (LCT) e suas modificações: Lei Nacional de Emprego 24.013 (LNE) e suas modificações. Derroga os Decretos 342/1992 e 951/1999, que anteriormente se destinavam à regulação da matéria.

Aludido Decreto adveio da necessidade de regulação das empresas de serviço eventual em relação à insuficiência do Decreto 342, inclusive em relação às modificações perpetradas pelo Decreto 951 declaradas inconstitucionais, com disparidade normativa entre empresas dedicadas à mesma atividade. Viu-se a oportunidade de realocar a legislação em uma perspectiva de equidade, sustentabilidade e garantias; com a introdução do conceito de trabalho decente, da Organização Internacional do Trabalho, mediante a Lei 25.877, marcando uma diretriz nas relações laborais, pelo que a regulação deve estar encaminhada a evitar o uso abusivo e fraudulento desta modalidade de contratação.

O Diploma conceitua em seu artigo 2º. como Empresa de Serviços Eventuais a entidade que, constituída como pessoa jurídica, tenha por objeto exclusivo colocar à disposição de terceira pessoa – denominadas “empresas usuárias” – pessoal administrativo, técnico, comercial ou profissional para cumprir, de forma temporária, serviços determinados por exigências extraordinárias ou transitórias.

Reafirma, em seu artigo 4º., a regra de indeterminação de prazo dos artigos 90 e 91 da Lei de Contrato de Trabalho, de forma a coibir a atuação de serviços eventuais fraudulentos. O mesmo artigo determina que os aportes à seguridade social se darão de acordo com a legislação aplicável à empresa usuária.

O Decreto obriga, ainda, o estabelecimento de pautas claras em relação ao período de suspensão na prestação de serviços nas empresas usuárias<sup>38</sup>; enumera uma enunciação taxativa dos tipos de serviços que devem ser destinados aos

---

<sup>38</sup> O artigo 5º, “a”, do Decreto dispõe que o período de suspensão não poderá superar 45 dias corridos ou 90 dias alternados em um ano. A alínea “f” do mesmo dispositivo autoriza a denúncia do contrato de trabalho se decorrido o prazo sem novo destino ao trabalhador, quando será credor das indenizações correspondentes à despedida sem justa causa.

trabalhadores eventuais (artigo 6º.), para evitar que sejam contratados desta forma aqueles que deveriam, de fato, ser contratados por prazo indeterminado na própria empresa tomadora; que subsistam elementos jurídicos necessários para que a autoridade administrativa possa requerer a empresa tomadora que assuma a condição de empregadora, caso se verifique a intermediação de uma empresa de serviços eventuais não habilitada.

#### **2.3.4. Lei 20.744 – Lei de Contrato de Trabalho**

Além dos já referidos artigos mencionados nas disposições dos tópicos anteriores, diversos artigos da Lei Geral de Trabalho regulam a subcontratação.

O artigo 29 determina a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas, devendo reter dos pagamentos que efetue à empresa de serviços eventuais os aportes e contribuições destinadas à Seguridade Social e depositá-los ao término. O trabalhador será representado pelo Sindicato e regido pela Convenção Coletiva da categoria em que efetivamente preste serviços na empresa usuária.

O artigo 31 do Diploma define, no Direito Argentino, o conceito de grupo econômico e suas consequências sob o aspecto trabalhista. Dispõe que sempre que uma ou mais empresas, ainda que de personalidade jurídica própria, estejam sob a direção, controle ou administração de outras, de tal modo relacionadas que se constituam como um conjunto econômico de caráter permanente; serão para os fins das obrigações contraídas por cada uma delas com seus trabalhadores e com os organismos de seguridade social, solidariamente responsáveis, quando tenham mediado manobras fraudulentas ou de condução temerária.

O artigo 100 garante os benefícios gerais da Lei aos trabalhadores eventuais, quando compatíveis com a modalidade de contratação e reúnam os requisitos à aquisição do direito.

No artigo 101, cria-se a figura do contrato de trabalho de grupo ou por equipe, definido como aquele celebrado entre um empregador com um grupo de trabalhadores que, atuando por intermédio de um delegado ou representante, se obriga à prestação de serviços próprios da atividade daquele. O empregador terá para cada qual dos integrantes do grupo os mesmos deveres e obrigações previstos na Lei de Contrato, com as limitações que resultem da modalidade das tarefas a efetuar e da formação do grupo.

Destaque-se a peculiar possibilidade da pactuação do salário de forma coletiva, quando os componentes terão direito a participação que lhes corresponda segundo a contribuição ao resultado do trabalho.

Quando um trabalhador deixa o grupo, o delegado deverá substituí-lo mediante a aceitação do empregador, se necessário pela natureza das tarefas ou qualidades pessoais exigidas na integração do grupo.

Ao trabalhador retirado, terá direito à liquidação da participação que lhe corresponda ao trabalho já realizado. Os trabalhadores incorporados pelo empregador para colaborar com o grupo correrão por conta deste, sem participação no salário comum.

## **2.4. Direito Venezuelano: Lei Orgânica do Trabalho, dos Trabalhadores e das Trabalhadoras (LOTT)**

### **2.4.1. A proibição como princípio**

Um dos últimos atos do icônico o *Comandante* Hugo Chavez na Presidência Venezuelana foi a consolidação e implantação da *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores e las Trabajadoras (LOTT)* – Decreto 8.938; diploma editado em 30 de abril de 2012 em substituição à anterior *Ley Orgánica del Trabajo*, datada de 1997.

Atendendo aos princípios do governo revolucionário bolivariano, apresentados no intróito da Lei como a “construção do socialismo e o engrandecimento do país, baseado em princípios humanistas e nas condições morais e éticas bolivarianas”, a LOTT pode ser considerada como um dos regramentos mais restritivos e protetivos do mundo, já que garante condições extremamente favoráveis e de pouca - ou nenhuma - flexibilidade quando trata de direitos trabalhistas.

A LOTT, tal qual as duas edições da *Ley Orgánica del Trabajo* (1991 e 1997) é apresentada em sua exposição de motivos<sup>39</sup> como resultado da luta popular e consequência das contradições surgidas com a instauração do Modelo Neoliberal, que na Venezuela viveu seu momento de maior intensidade em 1989 .

A onda privatista de então, entre outras medidas econômicas de grande impacto social, impulsionou uma série de lutas sociais que levaram ao reordenamento de uma série de regramentos dispersos, remodelando o contrato social existente. A Lei atenderia o objetivo central para qual o povo, em 1999, outorgou o poder constituinte originário para transformar o Estado e criar um novo ordenamento jurídico que permita o funcionamento efetivo de uma democracia social e participativa.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela é tida como um salto qualitativo de enorme importância na concepção doutrinária do direito laboral, a partir do reconhecimento do trabalho, tal qual a educação, como processos fundamentais para alcançar os fins sociais do Estado (CRBV, artigo 3º)<sup>40</sup> e atender a “doutrina social do libertador”, Simón Bolívar.

---

<sup>39</sup> VENEZUELA. **Exposición de Motivos Ley del Trabajo**. Disponível em <http://www.lottt.gob.ve/ley-del-trabajo/exposicion-motivos/>. Acesso em 02 de novembro de 2013.

<sup>40</sup> Artigo 3. O Estado tem com fim essencial a defesa e o desenvolvimento do indivíduo e respeito pela sua dignidade, o exercício democrático da vontade popular, a construção de uma sociedade justa e amante da paz, a promoção da prosperidade e bem-estar das pessoas e a garantia do cumprimento dos princípios, direitos e deveres reconhecidos e consagrados na Constituição. A Educação e trabalho são os processos fundamentais para alcançar esses fins.

Nesta esteira, no Título I da Exposição de Motivos – Normas e Princípios Constitucionais, a LOTT proíbe expressamente a terceirização<sup>41</sup>, e em geral toda simulação ou fraude cometida pelo patronato com o propósito de desvirtuar, desconhecer ou obstaculizar a aplicação da legislação laboral, estabelecendo a primazia da realidade nas relações de trabalho.

O Título II – Das relações de trabalho expõe regras rígidas para o se acordar um contrato por prazo determinado, presumindo a fraude nesta modalidade de contratação quando este não se justificar pela Lei.

Em fiel cumprimento a estes princípios, o artigo 47 da LOTT entende terceirização como fraude, cometida pelo empregador ou empregadora com o propósito de desvirtuar, desconhecer ou obstaculizar a aplicação da legislação laboral. O mesmo dispositivo define competência aos órgãos administrativos ou judiciais de abrangência laboral para estabelecer responsabilidade patronal em caso de simulação ou fraude laboral.

Reiterando a proibição, o artigo 48 esclarece não serem permitidas:

1. a contratação de entidade de trabalho para executar obras, serviços ou atividades que sejam de caráter permanente dentro das instalações da entidade de trabalho contratante, relacionadas de maneira direta com o processo produtivo da contratante e sem cuja execução se afetariam ou interromperiam suas operações.
2. a contratação de trabalhadores ou trabalhadores através de intermediários ou intermediárias, para evadir das obrigações derivadas da relação laboral do contratante.

---

<sup>41</sup> Se proíbe expressamente a terceirização, e em geral toda simulação ou fraude cometida pelos empregadores, com o objetivo de distorcer, desconsiderar ou impedir a aplicação das leis trabalhistas, e, em geral, se estabelece a primazia da realidade na relação de trabalho.

3. entidades de trabalho criadas pelo patronato para evadir as obrigações com trabalhadores e trabalhadoras.
4. contratos e convênios fraudulentos destinados a simular a relação laboral, mediante a utilização de formas jurídicas próprias do direito civil ou mercantil.
5. qualquer outra forma de simulação ou fraude laboral.

Estabelece-se, por fim, espécie de regra de transição para casos anteriores à vigência da Lei, determinando aos empregadores que cumpram com trabalhadores e trabalhadoras todas as obrigações derivadas da relação laboral em conformidade com a LOTT, incorporando os trabalhadores e trabalhadoras terceirizados que gozarão de inamovibilidade laboral até a conclusão do processo.

Para efetivação da incorporação, a LOTT estabeleceu em suas disposições transitórias, já como cláusula primeira<sup>42</sup>, um lapso de três anos da promulgação da Lei, até 07 de maio de 2015.

#### **2.4.2. A alternativa dos Contratistas**

Como única alternativa à execução de trabalho por terceiro, a LOTT estabelece em seu artigo 49 a figura dos Contratistas, definidos como pessoas naturais ou jurídicas que mediante contrato se encarregam de executar obras ou serviços com seus próprios elementos e recursos próprios, com trabalhadores e trabalhadores sob sua dependência. Neste mesmo artigo, a Lei exclui esta hipótese como terceirização ou intermediação, definindo no Direito Venezuelano expressamente os condicionantes para a não caracterização de fraude.

O artigo subsequente, o artigo 50 versa sobre responsabilidade, definindo a solidariedade do entre contratista e beneficiário quando o serviço é inerente ou conexo, ou seja, quando a atividade é de mesma natureza ou possui, nos termos da Lei, relação íntima com a atividade do beneficiário.

A responsabilidade do executor da obra e do beneficiário do serviços se estende aos trabalhadores contratados por subcontratistas, mesmo que o contratista não esteja autorizado a subcontratar. Os trabalhadores e trabalhadoras gozarão dos mesmos direitos que correspondam aos trabalhadores empregados na obra ou serviço.

---

<sup>42</sup> **Primeira.** Em um período não superior a três anos a partir da promulgação desta Lei, os empregadores e empregadoras incursos na regra que proíbe a terceirização, se ajustarão à ela, e se incorporarão à folha de pagamento da entidade contratante principal os trabalhadores e trabalhadoras terceirizados. Durante esse período e até que sejam efetivamente incorporados à entidade de trabalho contratante principal, os trabalhadores e trabalhadoras sujeitos à terceirização gozarão de estabilidade, e desfrutarão dos mesmos benefícios e condições de trabalho que se aplicam aos trabalhadores e trabalhadoras contratados diretamente pelo empregador ou empregadora beneficiário dos serviços.

A inerência ou conexão se presume quando o contratista realiza obras ou serviços para uma entidade de trabalho em volume que se constitua sua maior fonte de lucro.

Por fim, a lei estabelece que a fugira do contratista é desconstituída quando se verificar que sua contratação serve ao propósito de simular a relação laboral e fraudar a Lei, se considerando assim a figura da terceirização e reconhecendo o contrato como irregular, na forma já tratada em tópico específico.

## **2.5. Direito Equatoriano: Vedação pela Assembleia Nacional Constituinte de 2008**

A questão da terceirização no Equador ganhou contornos constitucionais, quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte<sup>43</sup> instalada em novembro de 2007 e concluída em julho de 2008.

A proibição da terceirização foi objeto do Mandado Constituinte número 8, cuja ementa é a “Eliminação e Proibição da Terceirização, intermediação laboral, contratação laboral por horas e qualquer forma de precarização da relações de trabalho”.

A Assembleia Constituinte considera ter a missão de contribuir à erradicação da injustiça laboral e aberrante discriminação social, ocasionadas, segundo o documento, pelo uso e abuso de sistemas precários de contratação conhecidos como terceirização, contratação por horas e intermediação laboral; modalidades de relação que tornam os direitos do trabalhador vulneráveis e conseqüentemente os princípios de estabilidade, remuneração justa e organização sindical.

---

<sup>43</sup> ECUADOR. **ASEMBLEA CONSTITUYENTE – MANDATOS Y LEYES**. Disponível em [http://www.asambleanacional.gob.ec/noticia/asamblea\\_constituyente\\_mandatos\\_y\\_leyes](http://www.asambleanacional.gob.ec/noticia/asamblea_constituyente_mandatos_y_leyes) . Acesso em 04 de janeiro de 2015.

Se entende ainda que o emprego é gerado por unidades econômicas e entidades de produção ou serviços, sendo estas a demandar verdadeiramente da força dos trabalhadores. As companhias que tem por escopo a terceirização ou intermediação laboral fazem uso dessa demanda em caráter mercantil, visando apenas benefício próprio.

Dispõe então o Mandato Constituinte número 8, em seu artigo 1º., acerca da eliminação e proibição da terceirização e intermediação laboral e qualquer forma de precarização das relações de trabalho nas atividades em se dedique a empresa ou empregador. A relação laboral será sempre direta e bilateral, entre empregado e empregador. Se proíbe também a contratação por horas.

O artigo 3º. autoriza a subcontratação através de empresas ou pessoas físicas autorizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego cujo objeto seja vigilância, segurança, alimentação, serviços de mensagem e limpeza.

A responsabilidade da tomadora de serviços está disposta no artigo 4º, e segue o espírito de criar obstáculos do Diploma, sendo sempre solidária.

O Mandato prevê ainda que as empresas de atividades complementares e as usuárias não podem, entre si, ser matrizes, filiais, subsidiárias nem relacionadas, nem ter participação ou relação societária de qualquer tipo. Se exige que tal condição seja atestada por declaração juramentada dos representantes legais das empresas subscritoras do contrato e outorgada pela autoridade notarial ou juiz competente.

A contratação de prestadora de serviços para fins outros que não os previstos expressamente como atividades complementares atrai para a tomadora a assunção do pessoal terceirizado como empregados diretos, com vínculo regido pelo Código do Trabalho; sem prejuízo da multa de seis remunerações básicas mínimas unificadas.

Nas disposições gerais, em sua Cláusula segunda, há a autorização para contratar serviços técnicos especializados alheios às atividades próprias e habituais da usuária, tais como os de contabilidade, publicidade, consultoria, auditoria, jurídicos e sistemas, entre outros, que serão prestados por pessoas físicas e jurídicas com pessoal próprio e infraestrutura física, organizacional, administrativa e financeira.

Por fim, as disposições transitórias impõem a mão dura de um Estado intransigente à subcontratação para determinar que, a partir da data de vigência do Mandato, trabalhadores submetidos à terceirização ou intermediação de mão de obra sob a égide da Lei Reformatória do Código do Trabalho de 2006 serão assumidos de maneira direta pelas empresas que fizeram uso de seus serviços, gozando ainda de um ano mínimo de estabilidade.

Para os trabalhadores demitidos por motivo de tramitação do Mandato, há determinação de reintegração.

Às empresas terceirizadoras de mão de obra restou a adequação dos seus estatutos, contratos de trabalho e pactos mercantis, num prazo de cento e vinte dias.

A proibição da terceirização também consta da Constituição Equatoriana, prevista em síntese das restrições aqui abordadas em seu artigo 327<sup>44</sup>.

## **2.6. A Convenção 181 da Organização Internacional do Trabalho**

Em estudo específico acerca da Terceirização na Organização Internacional do Trabalho, resultante de artigo elaborado em coautoria com Marco Antônio César

---

<sup>44</sup> Art. 327. A relação de trabalho entre trabalhadores e empregadores será bilateral e direta. Todas as formas de precarização são proibida, como a intermediação de trabalho e terceirização nas atividades próprias e habituais da empresa ou pessoa empregadora, a contratação laboral por horas, ou qualquer outra que afete os direitos das pessoas trabalhadoras individual ou coletivamente. O descumprimento de obrigações, fraude, simulação e enriquecimento sem causa em matéria de trabalho será penalizado e sancionado nos termos da lei.

Villatore<sup>45</sup>; abordamos que já na origem, quando de sua concepção pelo Tratado de Versalhes, a OIT posicionou-se a favor do monopólio do serviço de colocação, em uma de suas primeiras Normas Internacionais do Trabalho.

A justificar tal posicionamento, a concepção de que o trabalho não é mercadoria, e a atividade de amparar o trabalhador desempregado mediante o auxílio para inserção em nova atividade não poderia ser enquadrada como atividade econômica. Em suma, o estímulo da Organização Internacional do Trabalho tem por escopo encorajar seus Estados-membros a constituir Serviço Público de Emprego a tal mister.

A consubstanciar tal entendimento, a edição da Convenção número 2, de 1919, determinava a necessidade de se estabelecer agências públicas de colocação; o controle, por parte do Estado, das agências privadas; e a necessária gratuidade na prestação dos serviços de colocação.

Os debates evoluíram dentro da Organização Internacional do Trabalho de modo a, mediante a edição da Convenção 181, em 1997, reconhecer a importância das agências de emprego privadas.

Referida Convenção não é ratificada pelo Brasil, e justamente em virtude desta ausência de chancela, torna-se paradigma interessante na construção de conceitos protetivos importantes a conciliar a terceirização e o trabalho decente.

A norma em análise abarca os conceitos de terceirização em seu artigo 1º., inciso 1, alínea “b”; sendo aplicável, quando ratificada, aos serviços que consistem em empregar trabalhadores com o fim de os pôr à disposição de uma terceira

---

<sup>45</sup> CENTA, Bruno Milano. VILLATORE, Marco Antônio Cesar. **A Terceirização na Organização Internacional do Trabalho e nos Estados-Partes do Mercosul – Consequências Sociais e Econômicas.** Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho: um debate atual. / Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, Marco Antônio César Villatore, coordenadores; Luís Alexandre Carta Winter, Luiz Eduardo Gunther, organizadores. - São Paulo: Atlas, 2015.

pessoa, que determina as suas tarefas e supervisiona a sua execução. À esta terceira pessoa, a Convenção utiliza a denominação “empresa utilizadora”.

O artigo 4º. traz solução à preocupação recorrente e justificada, a precarização da organização sindical e negociação coletiva cujo efeito pode ser verificado pela fragmentação de algumas categorias submetidas a este tipo de processo. Não podem, portanto, os trabalhadores recrutados pelas agências de emprego privadas serem privados de sua liberdade sindical e os decorrentes das conquistas decorrentes de sua categoria no processo negocial.

A disposição do artigo 11 também privilegia a adoção de medidas necessárias, de acordo com a legislação e prática nacionais, para garantir uma proteção adequada aos trabalhadores empregados por agências privadas, em espécie de liberdade sindical, negociação coletiva, salários mínimos, duração do trabalho, segurança social, acesso à informação, segurança e saúde no trabalho, reparação em caso de acidente de trabalho ou doença profissional, indenização em caso de insolvência e proteção ao crédito dos trabalhadores, proteção e prestações de maternidade e paternidade.

O artigo 12 determina que o membro deve determinar e repartir, no caso dos trabalhadores terceirizados, as responsabilidades entre as agências de emprego e as empresas utilizadoras nos temas tratados no artigo anterior.

Note-se que a Convenção 181 da OIT não busca proibir ou cercear a prática da terceirização, em nenhum dispositivo ou recomendação. As disposições aqui analisadas preocupam-se, tal qual outros ordenamentos jurídicos que foram objeto de nossa análise, proteger.

Garante-se ao trabalhador que a terceirização, quando adotada como estratégia de negócios, deve observar a lei trabalhista; que direitos e garantias deste trabalhador devem ser respeitados, pois o fato de prestar serviços à empresa diversa de sua contratante original, ainda que por meio desta, não o diminui em sua dignidade e na condição de sujeito de direito dessas prerrogativas; e que as

responsabilidades sejam bem repartidas entre prestador e tomador, inclusive no que se refere à insolvência, para que a eventual derrocada ou má gestão destes *players* não prive o trabalhador do sustento de sua família por meio do resultado de seu trabalho.

Regras rígidas garantem direitos. A ausência destas apenas estimula os malfeitos e a incerteza. Não há outro caminho a terceirização se não a sua regulamentação integral.

## **2.7. Os exemplos do direito comparado: a omissão não pode ser solução**

O estudo comparativo entre disposições legislativas tão díspares pode – em verdade, deveria – servir de estímulo ao Parlamento Brasileiro; ou, quiçá, ao próprio Supremo Tribunal Federal, haja vista a possibilidade real de, novamente, o ativismo judicial na Corte Suprema servir de norte às práticas de terceirização em detrimento ao processo legislativo ordinário, cujas perspectivas de solução final se mostram pouco alvissareiras.

Não se pode confundir proteção com confusão. Porque em verdade, como demonstramos pela análise da jurisprudência em relação à atividade fim, duas ocupações idênticas podem, à análise do Magistrado, terem interpretações absolutamente divergentes no que se refere ao seu enquadramento à luz da licitude ou não da prática de subcontratação.

As políticas protetivas são falaciosas, pois o subjetivismo faz da prática contenciosa trabalhista verdadeiro jogo de sorte. Sorte, quando o êxito ou a derrota de determinada tese jurídica depende das tendências ideológicas de esquerda ou direita prevalentes nos julgados de determinada Turma ou Tribunal. Pode-se acreditar em tal panorama como verdadeiro caminho ao progresso econômico e social?

As alternativas elencadas pelo regramento alienígena demonstram que o melhor caminho, justamente em sentido contrário, é o do posicionamento firme, claro e inequívoco.

O aspecto liberal da legislação peruana é abrilhantado por políticas trabalhistas severas a evitar a fraude, a precarização e o oportunismo. O empresário cumpridor da lei pode utilizar-se do mecanismo da terceirização em seu processo produtivo sem o temor da desagradável surpresa da condenação inesperada futura, pois o regramento cuidou inclusive de firmar prazos prescricionais específicos para a responsabilização solidária.

De outro lado, o Estado Peruano se mostra vigilante ao criar mecanismos de fiscalização e controle rígidos à combater o falso empreendedor, aquele que busca valer-se da força de trabalho alheia apenas e tão somente como mercadoria a servir aos seus interesses egoístas de enriquecimento. O reconhecimento do vínculo direto com o empresário infiel à lei pode ser considerado como o mais eficaz combate à segregação de direitos trabalhistas.

Do Uruguai também se vislumbra posição firme. A autorização da terceirização sem grandes obstáculos tem em seu contraponto o reconhecimento da responsabilidade sempre em caráter solidário, fator que certamente acaba atuando como desestímulo à prática; ou ao menos, inspira maiores cuidados em relação aos parceiros comerciais a serem escolhidos para a atuação conjunta.

Solidariedade que também se aplica na Argentina em caso de descumprimento da pluralidade de normas vigentes a tratar acerca da contratação, tendo por destaque a representação sindical - e consequente extensão de benefícios - pela entidade sindical respectiva atuante na categoria econômica da empresa tomadora.

Há espaço para precarização diante de normas tão complexas em sua amplitude? Há vantagem para a subcontratação além das atividades de fato

especializadas, quando o custo para a implantação destes contratos pode ser igual ou maior que a contratação de trabalhadores efetivos pela empresa tomadora?

A resposta negativa para estes questionamentos parece conduzir à conclusão que sim, o Direito importa no cotidiano destas sociedades latino americanas.

Tal conclusão pode se estender mesmo em regimes bolivarianos como o Equador e a Venezuela, onde a evidente e tão propagada cultura socialista não dá lugar ao silêncio. Se estas sociedades, por meio de seus representantes, entendem que a ferramenta da terceirização são um mal ao seu desenvolvimento social e econômico, que assim assumam este mal por meio do ordenamento jurídico.

A Venezuela e o Equador assim o fizeram. Elevaram o que compreendem como estratégias empresariais de precarização dos direitos do trabalhador à normas constitucionais, sendo indubitável que a terceirização não se admite sob qualquer hipótese. A única regra admitida são os contratos de trabalho diretos, regidos pelas leis do trabalho.

Não por força do acaso, o Brasil ocupa posição que deveria causar rubor aos seus governantes – o 120º lugar entre 189 nações analisadas - no ranking Doing Business 2015<sup>46</sup>, estatístico elaborado pelo Banco Mundial que analisa através de múltiplos fatores a facilidade de se realizar negócios no país.

Ainda que o relatório analisado não faça referência específica à terceirização, destaca a necessidade de regulação do mercado de trabalho pela legislação trabalhista; entendida como necessária a proteger trabalhadores do tratamento arbitrário ou injusto e para assegurar a contratação eficiente entre empregadores e trabalhadores.

O estudo destaca que ao passo que muitos países reformaram seus regulamentos nos últimos 5 anos no intuito de fomentar a flexibilidade do mercado

---

<sup>46</sup> WORLD BANK GROUP. **DOING BUSINESS 2015: Going Beyond Efficiency. Economy Profile 2015 Brazil.** 12h Edition.

de trabalho, o Brasil só adotou como medida relevante a regulamentação do aviso prévio, implantada pela Lei 12.506/2011 após solução advinda do ativismo judicial.

Resta ao empresário brasileiro que contrata a força de trabalho de 25% da população economicamente ativa do país, resta estudar seu contrato social. E torcer para que a interpretação do fiscal ou da autoridade judiciária seja pelo enquadramento deste contrato de prestação de serviços na atividade meio, seja lá o que isto signifique.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise do regramento existente a definir a terceirização – ou pela ausência de norma - , vislumbra-se um panorama de grande insegurança jurídica na delegação de serviços no Brasil, justificado pelo frágil embasamento ao qual podem se socorrer os empresários na defesa desta modalidade de contratos.

Não se pode conceber que a atividade empresarial moderna fique à mercê da interpretação desconceitos de caráter subjetivo; na medida em que a maior fonte de direito a balizar as condutas dos empregadores é a jurisprudência, suscetível à mudança constante de entendimento. Agrava-se a questão quando esta jurisprudência é fundada em conceitos também sujeitos à interpretação e delimitação complexa, tais quais são a atividade-meio e atividade-fim.

Quando analisamos julgamentos em ações trabalhistas envolvendo atividades similares, desenvolvidas em ambientes similares e em condições contratuais que também guardam similtude terem como resultado decisões absolutamente antagônicas pode demonstrar que a solução do ativismo judicial, ainda que relevante como iniciativa frente à omissão do Congresso Nacional, mostra-se absolutamente superada.

Somente o subjetivismo, a regulação pífia e baseada em conceitos dúbios, pode permitir que sejam consideradas para um hospital, empresa base de nosso estudo, múltiplos conceitos de atividade-fim.

Verificamos, com base em conceittuação da Receita Federal, do Código de Ética Médica e especialmente da jurisprudência que a gama de interpretações pode ser infinita, sendo os nosocômios por vezes enquadrados em sua função básica de hotelaria hospitalar e serviços técnicos de apoio; por outras muitas vezes confundido com o exercício profissional da medicina; por outras tantas atrelado a serviços de auxiliares de diagnose e terapia.

O paradigma de uma atividade econômica complexa traduz a dificuldade do empresário brasileiro em se enquadrar, haja vista a grande maioria dos ramos de atuação da gestão moderna de negócios ser interdisciplinar e exercida em conjunto com parceiros comerciais. A limitação de um único ramo de atuação, especialmente nas grandes corporações, é tarefa praticamente impossível. Como separar uma única atividade finalista num hospital, operadora de TV a cabo, indústria de automóveis, numa agência de notícias ou concessionária de serviços públicos?

Estas e outras inúmeras atividades prestam uma gama variada de serviços e dependem de tantos outros para que o resultado final chegue aos seus clientes da melhor forma possível. E boa parte da qualidade, evolução, desenvolvimento de novos produtos, mídias e tecnologias é decorrente deste intercâmbio de empresas, deste processo de trabalho conjunto desqualificado pelos defensores do *status quo*.

É justamente este antagonismo verificado nos julgados analisados fator primordial a demonstrar que, se o empresário está sujeito ao revés em litígios perante a Justiça do Trabalho ainda que diligente seja no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, ao trabalhador também se reserva boa dose de risco de solução final injusta à sua insurgência levada à cabo em reclamação trabalhista.

O Congresso Nacional deve satisfações à sociedade, especialmente aos mais de onze milhões de brasileiros e suas famílias cujo sustento advém do trabalho em atividades terceirizadas.

É mais do que necessária a adoção de novo marco regulatório; seja dando sequência ao estagnado Projeto de Lei 4.330/2004 e seus apensos, ou mediante novas proposições que sejam conduzidas com a seriedade que o debate merece.

O alegado caráter protecionista da Súmula 331, em verdade, a ninguém protege. Faz da Justiça do Trabalho verdadeiro jogo de azar a tratar da terceirização. Constitui-se como óbice ao bom desenvolvimento dos negócios e atraso à atividade econômica e ao desenvolvimento nacional.

Aliás, o direito comparado traz interessantes lições de que se evitar tratar a sério o tema da terceirização em nome do protecionismo e do obstáculo à mercantilização de mão de obra não passa de pura ausência de vontade política.

A legislação trabalhista aplicável em vários países latino-americanos, bem como a base principiológica da Convenção 181 da Organização Internacional do Trabalho, buscam regulação minuciosa de direitos e garantias; bem como delimitação inequívoca das reesponsabilidades das empresas tomadoras e prestadoras, para que o limbo da omissão regulatória não possa favorecer a prática de malfeitos em prol da sonegação de direitos trabalhistas.

Legislações liberais avançaram ao permitir a terceirização como instrumento de desenvolvimento e produtividade, sem abrir mão de mecanismos de segurança a punir oportunistas.

Gatilhos como a responsabilidade solidária por créditos trabalhistas e de seguridade social, a declaração de vínculo direto em caso de fraude à legislação aplicável à terceirização, pesadas multas e o efetivo controle acerca de quem são os agentes atuantes neste nicho de mercado mostram-se plenamente compatíveis com a legislação trabalhista brasileira, sendo soluções de efetividade comprovada e de fácil incorporação pelo ordenamento jurídico.

Admitir a legitimidade da terceirização de forma ampla e plena de forma conjugada com princípios protetivos como os adotados em outros países americanos nos parece mais salutar, tanto sob a ótica econômica quanto social, do que a falsa panacéia consubstanciada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja efetividade se mostra pífia.

Sob outro enfoque, deve se destacar que mesmo em regimes bolivarianos como o venezuelano, fechados ao avanço livre do capital e de estratégias ditas imperialistas tiveram a coragem de transmutar tais princípios ao seu ordenamento jurídico. Nestes territórios, a terceirização não se aplica.

As regras são, contudo, de clareza solar. Regras bem definidas, sejam de caráter liberal ou não, tornam o ambiente de negócios seguro e fluído; panorama que não se permite aventar sob qualquer hipótese à atividade empresarial brasileira, nos moldes atuais.

Não se podem mais admitir a manutenção do empresariado brasileiro navegando na nau da incerteza, sobretudo considerando o volume de utilização do trabalho terceirizado e a importância que a terceirização de serviços especializados tem na produção de bens e serviços, e, por conseguinte, no fomento da atividade econômica nacional.

Assim, a regulamentação da terceirização no Brasil e por consequência a mitigação da insegurança jurídica que envolve o tema é medida de urgência atrelada substancialmente ao desenvolvimento econômico e social brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.
2. BARROZO, Luiz Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Site da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> . Acesso em 31.07.2013.
3. BATISTINI, Osvaldo. **La subcontratación em Argentina**. – Buenos Aires: Imprimac, 2010.
4. BORBA. Valdir Ribeiro. **Administração Hospitalar: Princípios Básicos**. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1985.
5. BRASIL. **Projeto de Lei 4330/2004**. Disponível em: <http://goo.gl/PSSavp> Acesso em 19 de maio de 2013.
6. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 908359-SC**. Publicado em Diário da Justiça de 17.12.2008.de 17.12.2008.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo número 713.211**. Publicado no Diário da Justiça número 74, de 15.04.2014.

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo número 791.932**. Publicado no Diário da Justiça número 116, de 17.06.2014.
9. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. **Recurso Ordinário número 0000273-45.2010.5.04.0372**. Publicado no Diário da Justiça do Rio Grande do Sul em 22.05.2014.
10. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário número 02556-2010-022-09-00-9**. Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do Paraná em 28.06.2011.
11. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário número 01100-2005-657-09-00-7**. Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do Paraná em 02.07.2010.
12. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário número 9556-2007-8-09-00-8**. Publicado em Diário da Justiça do Paraná em 16.04.2010.
13. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 597-74.2012.5.03.0022**. Publicado em Diário da Justiça de 25.10.2013.
14. BULCÃO, Lúcia Grando. “O Ensino médico e os novos cenários de ensino-aprendizagem= Medical education and new scenarios for teaching/learning”. **Revista brasileira de educação médica**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1 , p. 61-72, Jan./Abr. 2004.

15. CARNEIRO, Mauro Brandão; GOUVEIA, Valdiney Veloso; ARAÚJO, Edevard José de. **O médico e o seu trabalho: resultados da Região Sul e seus estados**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2005. 143 p.
16. CENTA, Bruno Milano. "O trabalho do médico". Curitiba : PUCPR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, **Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho**, 2008.
17. CENTA, Bruno Milano. VILLATORE, Marco Antônio Cesar. **A Terceirização na Organização Internacional do Trabalho e nos Estados-Partes do Mercosul – Consequências Sociais e Econômicas**. Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho: um debate atual. / Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, Marco Antônio César Villatore, coordenadores; Luís Alexandre Carta Winter, Luiz Eduardo Gunther, organizadores. - - São Paulo: Atlas, 2015.
18. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
19. DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J., A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista de Direito GV n. 5**: São Paulo, 2009. p. 217-268
20. **Direito dos Negócios em Debate/** [coordenadoras Andrea Zanetti; Marina Feferbaum]- São Paulo: Saraiva, 2011.
21. **Direito Empresarial: teoria geral, v. 1/** Arnaldo Wald, organizador. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

22. ECUADOR. **ASEMBLEA CONSTITUYENTE – MANDATOS Y LEYES.**  
Disponível em  
[http://www.asambleanacional.gob.ec/noticia/asamblea\\_constituyente\\_mandat  
os\\_y\\_leyes](http://www.asambleanacional.gob.ec/noticia/asamblea_constituyente_mandat<br/>os_y_leyes) . Acesso em 04 de janeiro de 2015.
23. FAZIO JUNIOR, WALDO. **Manual do Direito Comercial.** 11<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
24. FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho** – São Paulo: LTr, 2006.
25. FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 6. ed., rev. e aum. São Paulo: Byk, 1998.
26. **La subcontratación laboral en América Latina: Miradas multidimensionales.** Coordinador: Juan Carlos Celis Ospina. Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2012.
27. LAMPERT, Jadete Barbosa. “Currículo de graduação e o contexto da formação do médico = The undergraduate curriculum and context of medical training”. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-19, Jan./Abr. 2001.
28. MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho** 12<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Atlas, 2012.
29. MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** – 12 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2012.

30. MORINIGO, Fábio Cupertino. **A inquietude do trabalho médico: 50 anos - HSE**. Rio de Janeiro: AACEA, 1997. 318 p.1997
31. NORTH, DOUGLASS C. **Economic Performance through Time**, American Economic Review, American Economic Association, vol. 84(3) , 1994.
32. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha**. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em [http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf) . Acesso em 02 de janeiro de 2015
33. PASTORE, Eduardo. **Imbróglio trabalhista**. Diário Comércio Indústria e Serviços, 2013. Disponível em <http://www.dci.com.br/opiniaio/imbroglio-trabalhista-id346506.html>.
34. PERU. **Decreto Supremo 06/2008**. Disponível em [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS\\_006\\_2008\\_TR.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_006_2008_TR.pdf) . Acesso em 27 de dezembro de 2014.
35. PERU. **Ley 29245/2008**. Disponível em [http://www.bnp.gob.pe/portabnp/pdf/transparencia/normaslegales/2010/jun/dl\\_No.1029.pdf](http://www.bnp.gob.pe/portabnp/pdf/transparencia/normaslegales/2010/jun/dl_No.1029.pdf). Acesso em 26 de dezembro de 2014.
36. RIBAS, Eliana Ribeiro de Souza; PISTELLI, José Luiz; KANNER, Richard. “A saúde do hospital, do médico e do sistema hospitalar”. **Revista Brasileira de Clínica e Terapêutica**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 47 , mar. 2001.
37. ROSA, Carlos Alberto Pessoa. “A morte e o ensino médico”. **Revista**

- Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2/3, p. 52-67, Maio/Dez. 1999.
38. ROSENBAUM, Jorge; CASTELLO, Alejandro. **Subcontratación e Intermediación laboral: estudio de las leyes 18.099 y 18.251**, 2ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
39. Tribunal Superior do Trabalho. **Acervo por assunto Situação em 10.12.2014**. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/a5cc9efb-66af-4ac3-a7dd-ea38e59197de> . Acesso em 02 de janeiro de 2015.
40. **Terceirização irregular rende multas de R\$ 318 milhões a bancos e teles**. Folha de São Paulo Online Edição de 23.12.2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1566289-terceirizacao-irregular-rende-multas-de-r-318-milhoes-a-bancos-e-teles.shtml>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.
41. SÁ, Manoel R. Castro. “A modernidade desencantada, a crise da medicina e o imaginário institucional”. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 46-52, Out./Dez. 2000.
42. SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma do rule of law e as alternativas institucionais. **Revista de Direito GV n. 6**: São Paulo, 2010. p. 213-252.
43. SITTA, Eduardo Brol. O ativismo judicial, legitimidade democrática e a jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2972, 21 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19824>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

44. Terceirização irregular rende multas de R\$ 318 milhões a bancos e teles. **Folha de São Paulo Online Edição de 23.12.2014.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1566289-terceirizacao-irregular-rende-multas-de-r-318-milhoes-a-bancos-e-teles.shtml>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.
45. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha.** DIEESE/CUT: São Paulo, 2011. Disponível em [http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf). Acesso em 02 de janeiro de 2015.
46. Tribunal Superior do Trabalho. **Acervo por assunto Situação em 10.12.2014.** Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/a5cc9efb-66af-4ac3-a7dd-ea38e59197de>. Acesso em 02 de janeiro de 2015.
47. VENEZUELA. **Exposición de Motivos | Ley del Trabajo.** Disponível em <http://www.lottt.gob.ve/ley-del-trabajo/exposicion-motivos/>. Acesso em 02 de novembro de 2013.
48. VENEZUELA. **Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras.** Disponível em <http://www.lottt.gob.ve/>. Acesso em 02 de novembro de 2013.
49. VIEIRA, Joaquim Edson. “Definição de necessidades sociais para o ensino médico = The definition of social needs according to medical education. **Revista brasileira de educação médica**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 153-157, Mai./Ago. 2003.

50. WIERZCHON, Patricia Maria. "Como abrir caminho para a transformação do ensino médico: vivendo a realidade da mudança". **Revista brasileira de educação médica**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2/3, p. 27-31, Maio/Dez. 1999.
51. WIERZCHON, Patricia Maria. "O ensino médico no Brasil está mudando?" : transpondo desafios para concretizar mudanças = Is medical education changing in Brazil? Overcoming Challenges in order to Achieve changes". **Revista brasileira de educação médica**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 62-66, Jan./Abr. 2002.
52. WORLD BANK GROUP. **DOING BUSINESS 2015: Going Beyond Efficiency. Economy Profile 2015 Brazil**. 12h Edition.