



COMISSÃO DE ESTUDOS DE RELAÇÕES DO TRABALHO DO SETOR DE SAÚDE

- Ordem dos Advogados do Brasil -SSP -

NOTA TÉCNICA SOBRE A "TERCEIRIZAÇÃO" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

O tema "terceirização" é vasto, motivo de discussões exaustivas e, por sua importância, tem causado polêmicas e alertas à sociedade e às mais diversificadas áreas econômicas do nosso País. Por essa razão, essa Comissão, no intuito de colaborar com o tema, apresenta análise apenas dos aspectos jurídicos sem qualquer juízo de valor sobre questões econômicas e políticas.

Primeiramente, cumpre destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a terceirização, inclusive, em várias normas legais, admite-a de forma expressa, quando praticada em atividade-fim ou meio. Vários diplomas legais podem ser citados como prova do afirmado: Lei 8212/91 – Art. 31; Lei 9.711/98 - Nova redação do § 3º do Art. 31 da Lei 8212/91; Decreto-lei n. 200/1967 – art. 10; Lei 5645/70 – Art. 3º; Lei 8987/95 – Art. 25, § 1º; Lei 9472/97 Art. 94, inciso II; NR-4; CLT – Art. 455; Lei 6019/1974; Lei 7102/83; Lei Complementar 101 – Art. 18, §1º; Lei 8666/93; Lei 12.690/12; Constituição Federal Brasileira – Art. 199, § 1º e Art. 204, inciso I, etc.

Nota-se que a terceirização encontra permissão plenamente suportada pelo Sistema Jurídico Brasileiro, conforme abordaremos nessa nota técnica.

A interposição de empresa entre o tomador de serviço, que controla o trabalho, e o empregado, que presta o serviço, não impede a formação de relação de emprego diretamente entre eles. Afinal, empregador é, nos termos do art. 2º, *caput*, da CLT, essencialmente quem "dirige a prestação pessoal de serviço". Se existe vínculo formal entre o trabalhador e uma empresa de prestação de serviço, mas a direção do trabalho fica a cargo do tomador desses serviços, a regra do art. 9º da CLT determinará o reconhecimento do vínculo empregatício.

A jurisprudência uniformizada na Súmula 331, do C. Tribunal Superior do Trabalho, diante da forma como tem sido aplicada, confere conotação bastante diferente da CLT, trazendo um significado muito mais amplo, do que o imposto nos artigos 2º e 3º da citada lei. Isso porque, a citada Súmula proíbe, de maneira indiscriminada, a terceirização de atividade-fim *tout court*, independentemente da forma como ela se realiza e, mesmo que seja o trabalho desenvolvido sem direção ou controle pelo tomador de serviço, inclusive quando realizado por empresa estranha, estabelecida e com idoneidade econômica e financeira.

Se o ponto de partida, contido na Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho, era perfeitamente justificável, o resultado final, com o item III da Súmula 331, especialmente diante da forma como tem sido ele interpretado e aplicado, mostra-se excessivo e contrastante com o



direito posto (a vedação posta pela Súmula 256 parte da ideia de que “o vínculo empregatício, por força do princípio da primazia da realidade, estabelece-se diretamente com a empresa para a qual os serviços são prestados, pois é ela quem determina as tarefas, paga o trabalho e se apropria de seu resultado...”¹. Daí a proibição, não de qualquer forma de contratação, mas, apenas, de contratação “por empresa interposta”).

Nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, o contrato de trabalho supõe a) atividade realizada por pessoa física ou natural; b) pessoalidade, ao menos em relação ao trabalhador; c) habitualidade; d) onerosidade e, finalmente, e) subordinação. Terceirização de atividade-fim não é sinônimo de intermediação ilícita de mão de obra. Sendo assim, um dado é certo e seguro: a atividade executada pelo empregado não é um aspecto decisivo para detectar-se estar diante de um contrato de trabalho, mas sim a forma como a atividade é desenvolvida no âmbito da prestação de serviços.

Nos termos da CLT, para enquadrar se um trabalhador como empregado, não basta conhecer o cargo que ele ocupa e se este corresponde ao objeto social constante dos documentos societários da tomadora de serviços. Dizer, por exemplo, que o trabalhador desempenhava a atividade de electricista, nutricionista, dentre outras, não permite formar juízo seguro – na verdade, nenhum juízo se pode formar – sobre se ele é ou não empregado, sendo para a lei aplicável, imprescindível conhecer a maneira como se dava o seu trabalho. O que importa, o que de fato tem relevância para a CLT, é a forma como o trabalho é prestado. Bem por isso, o legislador, ao conceituar o empregado e o empregador na CLT, nada determinou sobre a atividade a ser exercida ou o cargo ocupado, tendo mencionado, apenas, a forma como seria desenvolvido o trabalho ou realizada a atividade (art. 2º, *caput*, e art. 3º, *caput*).

Concluimos que a proibição da terceirização apenas pela atividade (seja atividade-fim ou meio), sem a concreta demonstração de fraude à lei, não é compatível com a Consolidação das Leis do Trabalho, bem como com a ordem constitucional em vigor, uma vez que contrasta com o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da Constituição) como, também, com a liberdade de contratar e, via de consequência, com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo primeiro, da Constituição).

São Paulo/19/08/2015

¹A íntegra do acórdão está disponível na Revista Trabalho & Processo, São Paulo, Saraiva, março de 1995, vol. 4, p. 147 e segs. A passagem transcrita acha-se a p. 155.