

PARECER JURÍDICO

- ✓ Assunto: proibição de terceirização de mão de obra por Condomínios decorrente de cláusula normativa
- ✓ Requerente: Ell Shaday Serviços

A fim de orientar sobre a proibição da terceirização dos serviços de Zelador, Vigia, Porteiro, Jardineiro, Faxineiro, Auxiliar de Serviços Gerais, ascensorista, Garagista, Manobrista e Folguista por Condomínios, decorrente da cláusula 34ª. (trigésima quarta) da Convenção Coletiva de Trabalho de 2014 firmada entre o **Sinconed** (Sindicato dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios de Campinas e Região) e o **Sindicond** (Sindicato dos Condomínios de Prédios e Edifícios Comerciais, Industriais, Residenciais e Mistos Intermunicipal do Estado de São Paulo), assunto altamente veiculado no setor nos últimos meses, segue o meu parecer a respeito do assunto:

De início convém esclarecer que a representatividade sindical da categoria Patronal dos Condomínios foi judicial e definitivamente declarada, sendo que o **Sindicond** (Sindicato dos Condomínios de Prédios e Edifícios Comerciais, Residenciais e Mistos do Estado de São Paulo) venceu a disputa que vinha travando com o **Secovi** (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo), tornando-se o único e legítimo representante dos condomínios na defesa de seus interesses, especialmente frente ao sindicato da categoria funcional, o **Sinconed** (Sindicato dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios de Campinas e Região).

Na ocasião, antes de o **Sindicond** ter sua legitimidade reconhecida pelo Judiciário, todas as Convenções Coletivas de Trabalho firmadas pelo **Sindicond** com o **Sinconed**, quais sejam, aquelas com validade para 2012/2013 e 2013/2014 foram anuladas pelo Poder Judiciário e sequer chegaram a ser aplicadas.

Com efeito, em março deste ano, após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu que a representatividade patronal dos Condomínios é exercida exclusivamente pelo Sindicond e valendo-se, especialmente, da decisão proferida pela SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS DO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST – nos autos do processo nº 116000-32.2009.5.15.0000, os sindicatos representativos dos Condomínios e dos trabalhadores em Condomínios de Campinas e Região – Sindicond e Sinconed – firmaram, em maio deste ano, a Convenção Coletiva de Trabalho com vigência a partir de junho de 2014, a qual determina em sua cláusula 34ª. (trigésima quarta) que os empregadores (Condomínios) não contratem mão-de-obra terceirizada para o exercício das funções e atividades de Zelador, Vigia, Porteiro, Jardineiro, Faxineiro, Auxiliar de Serviços Gerais, Ascensorista, Garagista, Manobrista e Folguista, sob pena de o empregador infrator se sujeitar à obrigação de reconhecimento do vínculo de emprego direto com o trabalhador prejudicado e a responsabilização do empregador pelos prejuízos trabalhistas causados ao empregado.

O processo descrito acima se refere a uma Ação Anulatória movida pela **Sindeprestem** (Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de Obra e de Trabalho Temporário no Estado de São Paulo) em desfavor do **Secovi** (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo) e do Sindicato dos Empregados em Condomínios Residenciais, Comerciais e Mistos de Limeira e Região com o intuito de extirpar do acordo coletivo de trabalho, firmado entre os requeridos em 1º de outubro de 2008, a cláusula 56, bem como, seus parágrafos 1º e 2º, cláusula esta com o mesmo teor da 34ª.(trigésima quarta) prevista na atual Convenção Coletiva de Trabalho firmado entre o Sinconed e o Sindicond.

Nestes autos, inicialmente o TRT da 15ª. Região declarou a nulidade da cláusula 56, em decisão favorável ao Sindeprestem. Muito embora tal decisão tenha sido reformada pelo TST, o qual, por maioria de votos, julgou válida a cláusula em discussão, o processo encontra-se em trânsito legal, pendente de análise e julgamento de Recurso Extraordinário interposto pelo Sindeprestem.

Com efeito, por não ter transitado em julgado a decisão que mantém a validade da cláusula em comento, está suspensa a legalidade da norma, não havendo que se falar em proibição de contratação de empresa interposta pelos Condomínios e nem em penalidade por eventual inadimplemento à cláusula normativa.

Por outro lado, ainda que se reafirme a validade da norma sub judice, entendo que é plenamente passível de ação judicial pelos Condomínios contra eventual investida do Sinconed com relação à imposição da (s) penalidade (s) descritas na citada cláusula, com base em diversas teses.

A questão da obrigatoriedade de todos os condomínios seguirem uma convenção coletiva merece destaque inicial.

Cabe ressaltar que os conceitos de atividade-meio e atividade-fim, para efeito de se averiguar a legalidade ou não da terceirização, **têm aplicação restrita às empresas com finalidade lucrativa**, o que não é o caso dos condomínios residenciais, os quais, a rigor, apesar de terem Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e atuar nas relações jurídicas com terceiros, como se fosse pessoa jurídica, por força do Código Civil, são massas amorfas, desprovidas de personalidade jurídica e, principalmente, de finalidade lucrativa, econômica.

E como tal, por não serem eles integrantes de nenhuma categoria econômica – pois, repita-se, não possuem finalidade lucrativa - e nem profissional, **não são obrigados a serem filiados a um sindicato** e, muito menos a cumprirem uma norma coletiva com a qual não concordam pelo que, a meu ver, podem os síndicos, isoladamente, e se assim desejarem, socorrer-se do poder judiciário para ver declarada a inexigibilidade de cumprimento da respectiva convenção sindical.

Se não bastasse a não obrigatoriedade de os Condomínios seguirem uma Convenção Coletiva de Trabalho, há outros fundamentos para que sejam banidas do mundo jurídico as cláusulas normativas que impõem a obrigatoriedade de os Condomínios não mais firmar contratos de intermediação de mão de obra para as funções de Zelador, Vigia, Porteiro, Jardineiro, Faxineiro, Auxiliar de Serviços Gerais, Ascensorista, Garagista, Manobrista e Folguista, conforme veremos a seguir.

O primeiro deles se refere ao princípio da livre iniciativa, adotado pela Constituição Federal em seu artigo 170 como fundamento da ordem econômica, o qual envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato, decorrendo daí a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. Este princípio visa preservar, em última instância, a livre concorrência, coibindo práticas tendentes à dominação de mercado, eliminação de concorrentes ou ao aumento arbitrário dos lucros.

Com base neste princípio certo é que os Síndicos devem ter liberdade para escolher a forma de administração dos Condomínios que lhes é mais favorável, seja ela direta ou terceirizada.

Destarte, considerando que a atividade de terceirização de mão de obra por empresa interposta não se encontra proibida por lei, se, comprovadamente, for mais benéfico ao Condomínio a intermediação da mão de obra, principalmente se esta opção não acarretar qualquer prejuízo a outrem, ousou dizer que é plenamente discutível no Judiciário o alcance desta cláusula 34, no caso em concreto, a exemplo do que acontece com os Condomínios, que, desde a sua constituição já intermediaram a mão de obra, situação totalmente

contrária àqueles casos em que a contratação interposta foi precedida de quadro de pessoal próprio, onde se alegue prejuízo aos ex funcionários demitidos em detrimento daqueles sub contratados.

Ora se o Condomínio nunca possuiu quadro de funcionários próprio, antes da intermediação da mão de obra, não se configura inobservância do princípio da continuidade do emprego – tese utilizada pelo TST para fundamentar sua decisão de declaração de validade da cláusula normativa – não configurando, igualmente, isonomia de direitos dos funcionários contratados diretamente pelos condomínios com aqueles contratados pela empresa terceirizada, não havendo que se falar via de consequência, em quaisquer prejuízos a amparar as penalidades lá previstas.

Ainda com base nessa hipótese de inexistência de anterior quadro de pessoal, considerando que a representatividade dos empregados contratados pelas empresas interpostas é exercida unicamente pelo Sinddeepres, o que foi declarado judicialmente nos autos Processo TRT – RO- 0139500-95.2009.5.15.0043, é totalmente incabível a penalidade descrita na cláusula 34 que fere não só a coisa julgada, mas o item III da súmula 331 do C. TST que determina que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102/83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta, não podendo, pois os condomínios serem obrigados a arcar com a contratação dos funcionários lá alocados por intermediação.

Por outro lado, ainda que o Condomínio tenha tido quadro funcional próprio e tenha decidido pela terceirização, para que o ex funcionário obtenha êxito na nulidade do contrato firmado entre a empresa interposta e, via de consequência, à manutenção do emprego com responsabilização pelo Condomínio, deve ele provar que sofreu prejuízo e que este prejuízo decorreu da contratação da empresa interposta. Sendo assim, a título de exemplo, se um zelador contratado diretamente pelo condomínio pede demissão porque pretende trilhar novos rumos em sua vida, não pode ele, posteriormente, pleitear a nulidade do contrato de terceirização e a manutenção do emprego com base na cláusula normativa, porque foi dele a iniciativa no rompimento do vínculo, por livre e espontânea vontade.

Se não bastasse, considerando que a intermediação da mão de obra não é proibida por lei, mas antes, é amparada pela Súmula 331 do C. TST, a proibição da terceirização pelos Condomínios acaba por esvaziar, limitar o campo de atuação das empresas deste segmento, não podendo, pois, ser acobertada pelo Estado, por evidente ofensa ao princípio da livre concorrência, inserto no princípio da livre iniciativa.

Outro fundamento para se perquirir a invalidade da cláusula 34 se refere à “atividade fim”, na medida em que não cabem às partes, na hipótese o Sindicond e o Sinconed, definir o que seja “atividade fim”.

Tendo em vista que os Condomínios, especialmente os residenciais, são entidades sem finalidade lucrativa e considerando ainda que a Súmula nº 331, do C.TST aponta no rol de atividades empreendidas no âmbito dos condomínios residenciais e comerciais as atividades de vigilância desarmada (vigias, garagistas e porteiros), conservação e limpeza – do que se conclui, *a contrário sensu*, que, juridicamente tais atividades não constituem atividade fim do condomínio – a definição no sentido de que as atividades de Zelador, Vigia, Porteiro, Jardineiro, Faxineiro, Auxiliar de Serviços Gerais, ascensorista, Garagista, Manobrista e Folguista constituem atividade fim do Condomínio afronta claramente aquele verbete e, pois deve ser eliminado daquela cláusula.

Por fim, cabe ainda questionarmos se a cláusula normativa em comento pode retroagir para atingir fatos passados, com o fim de anular os contratos de terceirização já firmados pelos Condomínios quando do início da vigência da norma.

Com lastro no art. 614, § 3.º, da CLT que prevê que é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas, bem como na Orientação Jurisprudencial n.º 322 da SBDI-1 que determina a invalidade da cláusula do termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado, não se pode conceber que os instrumentos normativos possam vigorar por tempo indeterminado ou que possam ter efeitos **retroativos** para abarcar situações consolidadas antes de sua formalização, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, resguardados pelo inciso XXXVI do art. 5.º da Constituição Federal, in verbis:

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

...XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;...”

Trata-se do princípio da segurança jurídica, segundo o qual a lei opera efeito imediato, mas não retroage a fatos anteriores, não atingindo, pois, os atos jurídicos firmados sob a égide da lei anterior.

Destarte, a norma inserta na cláusula 34 da CCT de 2014 teve sua vigência iniciada em junho deste ano, data da sua constituição, mas ela não tem o condão de atingir os contratos de intermediação de mão de obra vigentes por prazo indeterminado e firmados antes da vigência da respectiva Convenção Coletiva de Trabalho, não podendo, pois tais contratos, amparados pelo manto do direito adquirido, serem objeto de nulidade, não podendo, por idênticas razões, os Condomínios sofrerem quaisquer punições.

Pondero que este sucinto trabalho não teve a pretensão de alongar e nem esgotar o tema, mas antes de lançar luz sobre o assunto.

Este é o meu parecer,

Campinas, 17 de setembro de 2014.

Ana Karina de Campos Baggio

Departamento Jurídico

OAB/SP 175.579



ELLSHADAY
SERVIÇOS E COMÉRCIO

**ANA KARINA DE CAMPOS
BAGGIO
JURÍDICO**

Rua Uruguaiana, 80 Bosque
Campinas SP CEP 13026-000
Tel.: 19 3233.7006
www.ellshaday.com.br

