**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDA DE FÁTIMA BORGES

OS ASPECTOS JURÍDICOS DO *OUTSOURCING*

**SÃO PAULO
2014**

FERNANDA DE FÁTIMA BORGES

Os Aspectos Jurídicos do *Outsourcing*

Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo para obtenção do título de Mestre
em Direito

Área de Concentração: Direito Comercial

Orientador: Prof. Dr. Newton De Lucca

São Paulo
2014

Nome: BORGES, Fernanda de Fátima
Título: Os Aspectos Jurídicos do *Outsourcing*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____
Julgamento: _____
_____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____
Julgamento: _____
_____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____
Julgamento: _____
_____ **Assinatura:** _____

Com muito amor e carinho, dedico esta
dissertação aos meus pais,
Dalva e Flávio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Flávio e Dalva, por todo estímulo, afeto, paciência e palavras de amor indicando que tudo daria certo.

A Patrícia, minha irmã, pelos inesgotáveis sorrisos que inspiram os meus dias.

Ao Professor Newton De Lucca, pela amizade e pelos inúmeros ensinamentos.

A Dra. Rosana Pavan, por toda ajuda e carinho.

As Arcadas do Largo São Francisco, pela realização de mais esta etapa.

Ao departamento jurídico da IBM Brasil, pelos tantos desafios.

RESUMO

A presente dissertação possui o objetivo de tratar as características inerentes à prática do *outsourcing* pelas empresas. Nesse sentido, serão abordados os aspectos motivadores para a realização do acordo, as várias classificações do *outsourcing* de acordo com seu escopo, bem como possíveis consequências sob a perspectiva jurídica e comercial.

O *outsourcing* refere-se à transferência da responsabilidade de execução de determinadas atividades pertencentes a determinado departamento de uma empresa ou, até mesmo, de subsidiária, para a outra. A referida prática possui ligação com o processo de desverticalização promovido pelas grandes empresas a partir da segunda metade do século XIX, como forma de atender às variações do mercado e promover inovação e flexibilidade na gestão de seus procedimentos internos, recursos humanos e ativos.

Além disso, objetiva-se com a prática, a redução de custos associados à execução das tarefas pertinentes ao seu escopo, o aumento da eficiência e a maior disponibilidade de recursos dedicados à atividade-fim desempenhada pela empresa no mercado. Para isso, a realização do *outsourcing* internacional – o *offshore*, também merece destaque, quando a prestação dos serviços é realizada a partir de outro país.

Cumprir observar a necessidade de análise do *outsourcing* inserido em redes contratuais de cadeias produtivas, sua adaptação ao modelo relacional e aspectos éticos e sociais relacionados.

Palavras-chaves: *outsourcing*; *offshore*; comércio exterior; tecnologia da informação; BPO; ITO; desverticalização; contratos relacionais; sustentabilidade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to provide the appropriate treatment of the main characteristics involved in the outsourcing practice. In this sense, the motivating aspects indicated by the parties of the contract, the outsourcing definitions and possible consequences from commercial and legal perspectives will be addressed.

It is understood that outsourcing refers to the transfer of responsibility for implementing certain activities pertaining to a division of a company or even a subsidiary to another. Such practice is related to the restructuration process that has been promoted by large companies from the second half of the nineteenth century in order to be adapted to the market fluctuations, and also transform their internal procedures, human resources issues, assets and innovation matters more flexible.

Moreover, the usual objectives of such practice are the reduction of costs associated with the implementation of relevant activities to the scope, the efficiency increase and also the promotion of a higher availability of dedicated resources to the core business performed by the company in the market. Taking it into consideration, the execution of international outsourcing - the offshore is also noted and verified when the services provision is realized from another country.

It should be observed the need for analysis of the outsourcing agreement inserted into supply chains networks, its adaptation to the relational model and its ethical and social issues related.

Keywords : outsourcing; offshore; international trade; information technology; BPO; ITO; relational contracts; sustainability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONCEITOS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS MOTIVADORES DO <i>OUTSOURCING</i>	7
2.1 Conceitos	7
2.2 Breve Perspectiva Histórica	17
2.4 As Vantagens e os Riscos inerentes ao <i>outsourcing</i>	25
2.4.1 As Vantagens do Outsourcing	25
2.4.2 Desvantagens e Riscos atribuídos ao <i>outsourcing</i>	30
3. O CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i> E SUA INTERPRETAÇÃO	34
3.1 Interpretação	34
3.2 Classificação do contrato de <i>outsourcing</i>	46
3.2.1 O <i>outsourcing</i> analisado sob a perspectiva da teoria relacional	49
3.2.2 A prática do <i>outsourcing</i> e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor	53
3.2.3 Possíveis efeitos sob o ponto de vista do direito antitruste	60
4. O <i>OUTSOURCING</i> INTERNACIONAL – O <i>OFFSHORE</i>	65
4.1 Aspectos gerais	65
3.2 A abordagem dos Países Em Desenvolvimento provedores de <i>offshore</i>	72
3.2.1 Índia	72
3.2.2 China	74
3.2.3 Brasil	79
4. QUESTÕES ÉTICAS E SOCIAIS DO <i>OUTSOURCING</i>	81
5. O <i>OUTSOURCING</i> E OS TRIBUNAIS	90
5.1 Estado de Indiana VS IBM	90
5.2 AstraZeneca Uk VS IBM	92
5.3 IBM e Fiat	95
5.4 Hewlett-Packard (HP) VS British Sky Broadcasting	96
5.5 Electronic Data Systems (EDS) VS Xerox	96
5.6 Carlston VS IBM	97
6. CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	104
Jurisprudência e Casos Práticos	112
GLOSSÁRIO	113

1. INTRODUÇÃO

“Os homens são seres condicionados: tudo aquilo que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência.”¹

Ao longo dos últimos setenta anos, testemunhamos modificações significativas na composição dos processos de produção de mercadorias e serviços. A queda dos custos de transporte e comunicação, a velocidade impetuosa das mudanças tecnológicas, o aumento da concorrência internacional e a liberalização econômica têm contribuído para a integração do processo econômico global, permitindo, assim, o aumento do fluxo de comércio internacional, em especial o de produtos intermediários por meio do *outsourcing* doméstico ou internacional.²

A incessante busca pelo lucro impulsiona a criatividade no desenvolvimento de estudos econômicos e jurídicos sobre possibilidades de aprimoramento e simplificação de métodos administrativos, gerenciais e de produção das empresas, independentemente de seu porte, visando à redução do tempo, custos e despesas empregados na execução de atividades necessárias à sua permanência no mercado.

Observa-se a promoção de medidas de mitigação de riscos corporativos por meio da implantação de controles internos e utilização de procedimentos especializados, preservando, ao mesmo tempo, a flexibilidade nas relações com agentes do comércio, como fornecedores, parceiros, clientes, consumidores etc., e reduzindo, outrossim, eventuais impactos oriundos da flutuação do mercado. Esse movimento é realizado por empresas de vários setores da economia, proporcionando certa tendência à padronização mundial do funcionamento das organizações.

¹ ARENDT, HANNAH. *A Condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 17.

² MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel, 2004. 1 p. Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

Cumpre observar que essa inclinação mercantil relaciona-se aos estudos econômicos promovidos durante as décadas de 60 e 70 pela Escola Neoclássica de Chicago, no que se refere ao tratamento da eficiência produtiva, identificando-a como justificativa para obtenção, ou manutenção de posições dominantes no mercado.³

Ao examinar esse fenômeno, Fábio Konder Comparato analisou a aproximação mundial dos povos no âmbito do sistema capitalista, identificando como grandes marcos a evolução dos meios de transporte, em meados do século XVIII e a transformação dos meios de comunicação, no século XX, partindo do telégrafo até o desenvolvimento da informática e da *internet*⁴. Como resultado, o autor ainda constatou:

*Na lógica própria do capitalismo, o objetivo final de ambas essas revoluções industriais foi a constituição de um mercado mundial unificado. Instaurou-se, com ele, a homogeneização cosmopolita, não apenas da vida econômica – compreendendo os modos de produção, de distribuição de bens e dos hábitos de consumo, mas também do enorme complexo dos costumes, valores e expressões culturais, que desde sempre demarcaram as fronteiras de cada civilização. Uma enorme sociedade de massas assentou-se nos quatro cantos do mundo.*⁵

Conclui-se que, assim como o comportamento dos povos tem seguido certo padrão, os procedimentos internos das empresas estão sujeitos ao mesmo destino. Isso ocorre em razão dos altos níveis de qualidade exigidos pelos clientes e consumidores dos produtos e serviços prestados, bem como dispositivos legais, regulamentares e normas técnicas que visam à proteção do mercado.

Nesse contexto, as empresas têm buscado aprimorar as competências relacionadas diretamente a sua atividade-fim, com o objetivo de promover a inovação e diferenciação com relação aos seus concorrentes. Por conseguinte, remove-se o foco das áreas consideradas “*back-office*”, transferindo a responsabilidade pela execução de tarefas secundárias a terceiros, por meio da contratação de fornecedores ou da realização de investimentos na criação de subsidiárias localizadas em regiões que proporcionam matéria-prima e mão-de-obra com custos reduzidos, bem como incentivos fiscais por parte dos governos. Em tal grau, são

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. 21 p

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *ob. cit.* p.132.

criadas redes contratuais de fornecedores, programadores, montadores e distribuidores ao redor do globo.⁶

Isto posto, o objetivo deste estudo é apresentar o tratamento jurídico à prática do *outsourcing* pelas empresas, com ênfase em Tecnologia da Informação (“TI”) e seus aspectos internacionais. Serão investigados temas referentes às formas de interpretação das obrigações avançadas pelas partes que se submetem a esse tipo de acordo, contemplando possíveis consequências jurídicas e econômicas.

Serão ponderados os aspectos relacionados à preocupação sob a perspectiva ética inerentes à matéria, com ênfase na formação de redes contratuais de fornecedores, com o envolvimento de diversos países e ordenações jurídicas distintas, bem como a apresentação de análise crítica ao movimento “anti-*outsourcing*”, considerado uma consequência desses aspectos. Não obstante a abordagem sob tal ponto de vista, ficam excluídas considerações sobre as implicações das terceirizações sob o ponto de vista do Direito do Trabalho.⁷

A metodologia adotada neste trabalho pauta-se na apresentação das práticas e conceitos inerentes ao *outsourcing* ao “mundo dos operadores do direito”, explicando suas principais características e costumes. Em seguida, os temas essenciais relacionados à matéria

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.p.133.

⁷ Embora não seja objeto deste estudo, cumpre constatar que a celebração de contratos de *outsourcing* complexos podem incluir a necessidade de transferência de empregados entre as partes. Com o objetivo de reduzir os custos associados à matéria objeto do contrato, a parte contratante identifica os empregados responsáveis pela execução das atividades. Nesse sentido, a empresa fornecedora aproveita-se do conhecimento desses empregados, oferecendo-lhes emprego. No entanto, cabe observação quanto aos eventuais problemas relacionados à remuneração e benefícios, inclusive àqueles referentes ao tempo de serviço na empresa cliente. Além disso, no que tange ao tema no Brasil, é importante mencionar a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que dispõe sobre o vínculo empregatício entre empregado e tomador do serviço.

“Súmula n.º 331 do TST- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
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 n.º 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 n.º 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.”

serão explorados sob o ponto de vista de institutos jurídicos já conhecidos, por meio de da promoção de reflexão doutrinária e sua aplicabilidade na referida modalidade contratual, considerando, outrossim, respectivas implicações aos agentes envolvidos, direta ou indiretamente, na avença.

Verifica-se que o *outsourcing* pode ser considerado um tema controverso, uma vez que sua prática é tratada como estratégia essencial para manter a competitividade em uma era de integração no comércio internacional, representando, também, oportunidade importante para o avanço econômico e inserção de Países Em Desenvolvimento na economia global. Sem embargo, o tema também é tratado como “bicho-papão” associado à deslocação de postos de trabalho e encerramento de atividades de empresas em determinados locais⁸.

Referente aos aspectos internacionais pertinentes ao tema, a prática do *outsourcing*, principalmente quando o objeto está relacionado à TI, encontra-se em contínuo crescimento no âmbito do comércio internacional. Apesar dos países tradicionalmente industrializados serem considerados os maiores exportadores de tais serviços, os Países Em Desenvolvimento são, na atual conjuntura, destacados como os exportadores mais dinâmicos com relação aos serviços de tecnologia e industrialização.

Nessa linha, consideram-se três fatores como os grandes responsáveis por esse fenômeno: (i) avanços em tecnologia, viabilizando a cruzada de fronteiras pelo comércio de serviços, o que anteriormente apenas era possível, exclusivamente, por meio da movimentação física de fornecedores e unidades de negócio; (ii) investimentos em educação nesses países, com o objetivo de desenvolver mão-de-obra qualificada que, antes, sofria impactos com o desemprego e, hoje, garante a disponibilidade de profissionais especializados em troca de salários relativamente baixos, quando comparados aos salários pagos em Países Desenvolvidos, e (iii) inovações na prática de negócios promovidas por empresas multinacionais, objetivando a prestação de serviços a partir de outras localidades e subsidiárias, bem como a terceirização de determinadas atividades a outras empresas sem qualquer relação societária.⁹

⁸ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

⁹ MATTOO, A; WUNSCH, S. *Pre-empting Protectionism in Services: The WTO and Outsourcing*. World Bank Policy Research Working Paper 3237. 2004. Disponível em

Considerada a importância dada à internacionalidade do tema, é imprescindível que a referida prática e seus aspectos coligados sejam estudados no âmbito jurídico, assim como sejam levantadas hipóteses de regulamentação no âmbito doméstico e internacional, como celebração de tratados e acordos de cooperação, sendo, também, um dos motivos que, na atual conjuntura, provocam transformação do Direito.

Ao ponderar o fenômeno de modernização do Direito, assinala Paula Andrea Forgioni:

*(...) o Direito transforma-se a cada dia, pouco importando se seus observadores dão-se conta ou não. Direito e fatos são indissociáveis; a mudança de um implica a transformação do outro. O direito, nunca será demais lembrar, é um nível do todo social e, como tal, impacta e é impactado pela dimensão que regula.*¹⁰

Ainda sobre a transformação do Direito, em razão de modificações na estrutura e comportamento da sociedade, Fábio Konder Comparato explica que:

*(...) existem dois setores no campo do direito: de um lado, o conjunto das normas, sancionado pelo Poder; de outro, a mentalidade coletiva e os costumes tradicionais. A evolução histórica desses dois setores processa-se, porém, em ritmo diferente. Com efeito, é muito mais fácil mudar as leis de um país do que modernizar seus costumes e transformar as mentalidades.*¹¹

Não se pretende, por óbvio, esgotar todos os aspectos ligados ao tema, mas tratá-lo como forma de contratação passível de possível interpretação e interesse pelos estudiosos do Direito, vez que a prática do *outsourcing* encontra-se cercada de tantos vocábulos técnicos da informática e da economia, métodos, anglicismos e costumes que parecem “oriundos de outro mundo”.

Estabelecido isso, primeiramente, buscar-se-á apresentar as principais definições de *outsourcing* quanto sua aplicabilidade nos planos doméstico e internacional, além de tratar de determinados aspectos históricos, referentes às modificações no âmbito econômico concernente ao relacionamento comercial entre países e suas implicações, sob a perspectiva jurídica.

<<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14438/WPS3237.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p. 102.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*, São Paulo, Saraiva, 2010. p. 9-10.

Serão investigadas as características do adimplemento de obrigações contratuais e as fases referentes à operação do *outsourcing* como a transição das atividades do cliente para o fornecedor, o início da prestação propriamente dita e forma de medição como o Acordo do Níveis de Serviço (SLA) e os Níveis de Serviço Iniciais (SLO).

Merecerá destaque a caracterização do *outsourcing*, sob forma mais madura, no que tange ao modelo de contrato relacional e colaborativo, dada a presença de dependência forte e mútua entre as partes, referente ao atingimento de objetivos oriundos da relação jurídica, atribuindo-se destaque à observância dos princípios de boa-fé e função social e sua representatividade nos elementos de confiança, cooperação e solidariedade, típicos do modelo relacional.

Da mesma forma, observar-se-á a caracterização do *outsourcing* internacional, também conhecido como *offshore*, que se destina à atribuição de efeitos internacionais ao relacionamento, além de serem tratados os aspectos negativos do *outsourcing* e a nova abordagem “sustentável” que tem sido adotada com o objetivo de que a prática sobreviva às diversas críticas realizadas sobre a adoção de mão-de-obra e matérias-primas a um custo menor, considerando também sua evolução histórica.

Finalmente, serão apresentados alguns casos práticos referentes às decisões internacionais relacionadas ao tema, observados temas aqui tratados e a conclusão de nossos estudos.

2. CONCEITOS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS MOTIVADORES DO *OUTSOURCING*

2.1 Conceitos

A partir de visão simplificada, define-se *outsourcing* como o acordo celebrado entre duas empresas, cujo objetivo principal refere-se à transferência da responsabilidade da execução de determinadas atividades pertencentes a um departamento de uma empresa ou, até mesmo, de uma subsidiária, para a outra. Nesse sentido, a avença é o resultado das tratativas havidas entre as partes no que tange às obrigações exigidas e forma de atuação da empresa fornecedora, remuneração, princípios de relacionamento, administração e controle do cumprimento das obrigações estabelecidas pelas partes.¹²

Ainda sem considerar características mais detalhadas da referida prática, em sua obra dedicada ao tema, Rachel Burnnet aduz que:

*The term 'outsourcing' is taken to mean that defined activities, or services, are contracted out by a customer to a supplier to manage and run to agreed standards over an agreed period of time.*¹³

O vocábulo foi utilizado no decorrer da década de 70 com o intuito de descrever um acordo em que uma organização externa fornece serviços a um cliente, cuja responsabilidade lhe era atribuída. Inicialmente, tratava-se de mera necessidade, transformando-se em grande

¹² Conforme Jean-Luc Deixonne e Claude Quélenne: “Par production, il faut entendre la réalisation de tout ou partie d'un produit (par exemple, la réalisation de programmes dans le cadre d'un projet ou encore la mise en œuvre d'une Tierce Maintenance Applicative) ou d'un service (par exemple la prise des appels et le support aux utilisateurs pour un centre d'appel). Ce produit ou ce service doit respecter un cahier des charges qui se présente soit sous la forme de spécifications pour un développement par exemple, soit par des niveaux de services (Service Level Agreement) pour une maintenance.” DEIXONNE, J-L; QUÉLENNEC C. *Offshore et systèmes d'information*. Lavoisier, 2009. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=35806>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹³ “O termo 'outsourcing', é utilizado para designar a contratação de fornecedor por um cliente, cujo objetivo é a execução de atividades, ou serviços definidos durante um período de tempo, observados padrões acordados.” (tradução nossa) BURNETT, Rachel. *Outsourcing IT The Legal Aspects: Planning, Contracting, Managing and the Law*. 2 ed.. Gower, 2009. p. 2.

movimento de corte de custos que evoluiu para estratégia dominante em miríade de indústrias.¹⁴

O destaque maior dado à prática do *outsourcing* está relacionada à TI, podendo ser considerado, neste contexto, como um “contrato informático”.¹⁵ Nessa linha, com notável destaque aos estudos das interações envolvendo Direito e tecnologia, Newton De Lucca, em sua obra *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*, esclarece:

*No que se refere ao outsourcing, também conhecido como ‘facilities management’, pode-se dizer que consiste num contrato de colaboração celebrado com uma empresa de tecnologia externa, que se obriga ao estudo dos planos estratégicos do cliente, com o propósito de propor, sob a perspectiva global da atuação deste no mercado, uma solução informatizada de acordo com suas necessidades.*¹⁶

Sem embargo as definições mencionadas caracterizarem o *outsourcing* como sinônimo de terceirização, faz-se necessária a delimitação de seu escopo e respectivos usos e costumes no que se refere à utilização de cada um dos termos.

Nessa linha, para fins deste estudo no contexto brasileiro e seus efeitos no âmbito internacional, o termo *outsourcing* será utilizado para caracterizar a delegação de responsabilidades anteriormente praticadas pela empresa cliente referentes a determinado departamento que desempenhe atividades importantes, para a empresa fornecedora, caracterizando-se, assim, forma de terceirização em grande escala. Trata-se de diferenciação baseada em fins práticos e na maneira como ambos os termos são mencionados no cotidiano

¹⁴ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 25 Ago. 2013.

Importante mencionar a visão de Moreno: “La utilización masiva de dumping con outsourcing está generando un aumento del grado de explotación de los trabajadores, lo que es éticamente reprochable. La competencia únicamente a través de variables monetarias conlleva la deshumanización de las corporaciones empresariales. Sólo el desarrollo de un Estado del Bienestar en términos nekeynesianos puede paliar en parte dicha situación, lo que no siempre es posible en el Tercer mundo en donde se dan los mayores casos de discriminación laboral, al tener un carácter regional, e incluso nacional en ocasiones. De ahí que, para maximizar beneficios sin tener en cuenta el bienestar del factor humano, esté cobrando cada vez una mayor importancia los procesos de I+D+i en las corporaciones, principalmente en las más internacionalizadas, y la formación de equipos humanos dotados con altos niveles de capital intelectual, que permitan acelerar la toma de decisiones en las empresas. Unas corporaciones que compiten en mercados globalizados.” MORENO, Daniel Echaiz. *El Contrato De Outsourcing*. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. 765 p. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/122/art/art6.pdf>> Acesso em 15 Dec. 2013.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos, Tomo III*, Buenos Aires: Rubinzal. p. 817.

¹⁶ DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.p.79.

da prática mercantil no Brasil, uma vez considerado o significado de terceirização como delegação do exercício de atividade ou serviço para um terceiro, o anglicismo é utilizado para se referir às grandes terceirizações de atividades relacionadas à prática comercial ou procedimentos internos mais complexos e importantes de empresa ligadas direta ou indiretamente à eficiência do exercício de sua atividade-fim.¹⁷

O contexto, em que os contratos de *outsourcing* atraíram destaque, está relacionado ao aparecimento do conceito de “*management contracts*”, que seriam aqueles cujo objeto refere-se à transferência da própria gestão, parcial ou integralmente, para outra empresa, com o objetivo de promover a aferição de benefícios para a empresa contratante, enquanto a outra parte recebe o pagamento pelos serviços prestados.¹⁸

São consideradas características desses contratos a realização de investimentos pelo provedor de serviços em capital, *know-how* e recursos humanos. Ademais, o relacionamento entre as partes, muitas vezes, é notado pela presença da cooperação e da forte interdependência enquanto perdura a relação, baseada em estratégia de ganhos mútuos (“*win-win strategy*”). Esses acordos são sempre formais e possuem cláusulas detalhadas em razão de sua natureza, escopo e interesses envolvidos, embora muitos de seus termos e obrigações estejam implicitamente presentes e sob constante negociação durante sua execução. Isso ocorre em razão da evolução do relacionamento e do fortalecimento da dependência entre as partes, bem como fatores e necessidades internas e externas que se modificam com o tempo, afetando, assim, a relação contratual. Não obstante o caráter mútuo, esses contratos são frequentemente complementados por outros celebrados com terceiros à relação, mas que dependem de sua continuidade para que permaneçam vigentes.¹⁹

Nesse sentido, o “*management contract*”, quando identificado sob a forma de *outsourcing*, pode ser interpretado como um contrato relacional, cuja definição, segundo Ian MacNeil, afirma que relacionamentos são regidos por características comuns (normas), que possuem um importante papel relacionado ao conteúdo da relação, no que diz respeito à formação das obrigações das partes e como o contrato é realmente executado. Tais normas são

¹⁷ Podemos dizer que no Brasil utilizamos o termo “*outsourcing*” para caracterizar uma terceirização mais sofisticada e de larga escala no que tange à complexidade de seu objeto.

¹⁸ DIATHESOPOULOS, Michael. *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*. Cambridge University. Munich Personal RePEc Archive Paper No. 24028. 2010. Disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/24028/1/MPRA_paper_24028.pdf> Acesso em 15 Set. 2013 .

¹⁹ DIATHESOPOULOS, Michael., *ob. cit.*

baseadas em valores internos inerentes às partes que estão de acordo com um contexto socioeconômico amplo.²⁰

A prática das diversas formas de terceirização, ou do *outsourcing* sob a acepção adotada neste estudo, possui relação com a expectativa do cliente com o intervalo de tempo em que as atividades são executadas, bem como a excelência do prestador de serviços. Com efeito, busca-se diminuição de custos associados ao tempo despendido para a execução de atividades, além da eficiência com o menor número de erros possível, principalmente quando constatado que tais atividades encontram-se ligadas às operações financeiras que envolvam contabilidade, recolhimento de tributos, recursos humanos, relacionamento com fornecedores etc. O aperfeiçoamento de operações internas é forma de aumentar a competitividade de empresas no mercado, proporcionando maior disponibilidade aos cargos executivos para tomada de decisões importantes, diretamente relacionadas à atividade-fim de suas empresas, à semelhança do tempo para inovação, em busca de formas aprimoradas de obtenção de destaque no setor de atuação.²¹

Quanto à flexibilidade, o fato de determinadas atividades estarem sob responsabilidade de outra empresa, facilitaria o movimento necessário ao atendimento de variações no volume dos negócios da empresa cliente, vez que o tamanho do escopo dos serviços costuma ser medido por meio de Níveis Base (“*baseline*”), sendo possíveis aumentos e diminuições, com implicações diretas na forma de remuneração do contrato, conforme combinado entre as partes.²²

²⁰ Cf. “According to MacNeil, there are ten norms common for all kinds of contracts: role integrity, reciprocity, implementation of planning, effectuation of consent, flexibility, contractual solidarity, the ‘linking norms’ (restitution, reliance and expectation interests), creation and restraint of power, propriety of means and harmonisation with the social matrix1. There are also five norms (additional or the same as these of common contracts), responding in an intensive way to contracts with a highly relational character than conventional contracts: role integrity, preservation of the relation (expansion of contractual solidarity), harmonization of the relational conflict, supra contract norms and propriety of means.” DIATHESOPOULOS, Michael. *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*. Cambridge University. Munich Personal RePEc Archive Paper No. 24028. 2010. Disponível em <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/24028/1/MPRA_paper_24028.pdf> Acesso em 15 Dec. 2013.

²¹ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 25 Ago. 2013.

²² Cf. “En outre, une raison supplémentaire pour laquelle les entreprises décident de s’approvisionner à l’étranger est la disponibilité des produits ou des matières premières. Afin de satisfaire la demande de produits, les entreprises peuvent ajouter des fournisseurs internationaux à leur portefeuille de fournisseurs domestiques (Verra, 1999, page 3). En d’autres termes, le fait d’utiliser des sous-traitants internationaux agit comme une couverture contre les fluctuations des demandes du marché. Lorsque les donneurs d’ouvrages sont confrontés à une augmentation temporaire de la demande du marché ou à une tendance saisonnière ascendante, ils doivent

As práticas empresariais e estudos econômicos apontam diferentes metodologias e categorias de *outsourcing* que observam a atividade que será transferida, bem como a estratégia da parte contratante no que concerne à forma de maximizar sua vantagem competitiva no mercado, assim como limitações éticas e jurídicas. Igualmente, é possível mencionar dois grandes fatores históricos que levaram a essa classificação, sendo o primeiro deles a difusão global da tecnologia e mídias *online*, permitindo acesso a um centro internacional de matéria-prima e mão-de-obra especializadas, com redução das barreiras físicas para terceirização e, por outro lado, o aumento de contratos internacionais nos moldes do *General Agreement on Trade in Services (GATS)*, que busca a redução de restrições legais que limitavam, no passado, o fluxo de mercadorias e serviços entre fronteiras. Conforme mais nações, principalmente aquelas que são consideradas em desenvolvimento, ganharam espaço e acesso a esse tipo de contratação, as desenvolvidas receberam importante forma de realizar *outsourcing*, o *offshore*.²³

Com relação ao tratamento dado a terceiros, podemos designar como *Outsourcing Interno*, a delegação de certa atividade desempenhada por uma empresa para outra que faça parte de sua estrutura societária, podendo ser uma subsidiária ou filial. Pode-se dizer, portanto, que a transferência de responsabilidades a uma empresa, que possua estrutura societária completamente independente, é chamada de *Outsourcing Externo*.

No que tange ao escopo, o termo *outsourcing* pode ser identificado como integrante em outras definições, sendo, por exemplo:

I. *Outsourcing de Processos* do inglês “*Business Process Outsourcing*” (BPO) quando da prestação de serviços referentes à realização de procedimentos administrativos de departamentos indispensáveis ao

décider s'ils souhaitent augmenter leurs capacités par l'intermédiaire d'investissements financiers élevés ou sous-traiter les activités concernées. Cette première option cependant implique un risque de sous-utilisation de cet investissement à l'avenir. L'extension des capacités d'une entreprise comme réponse aux fluctuations de la demande du marché induit en effet des investissements financiers élevés dans les machines, l'équipement et les usines. Bien souvent, les grandes entreprises ont tendance à employer leurs usines et leurs équipements bien au-delà du niveau de dépréciation pour éviter de devoir recourir à de lourdes charges de réinvestissement. En revanche, confier à un sous-traitant ou à un fournisseur la fabrication de pièces, de composantes, d'assemblages ou de sous-ensembles est une manière beaucoup plus efficace d'un point de vue financier pour répondre aux fluctuations ascendantes de la demande du marché et pour éviter une capacité excessive” MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel, 2004. 11 p. Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

²³ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers:IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 25 Ago. 2013.

funcionamento da empresa, com fulcro em padrões pré-definidos, tais como recursos humanos, contabilidade, procedimentos de relacionamento e atendimento à clientes – *Customer Relationship Management* (CRM) etc.;²⁴

II. *Outsourcing de Aplicações*, do inglês “*Application Outsourcing*” (AO), que se refere ao processo de criação, implantação e gerenciamento de sistemas informáticos desenvolvidos como Programa Sob Encomenda;²⁵

III. *Outsourcing de Infraestrutura de TI*, do inglês “*Infrastructure Outsourcing*” (ITO) cujo objeto é o fornecimento de um combinado de equipamentos, espaço, licenças de *software* e serviços de manutenção e suporte, caracterizando rotinas administrativas de uma Central de Processamento de Dados (CPD), ou do inglês, *Data Center*;²⁶

IV. “*Knowledge Process Outsourcing*” (KPO) trata-se da transferência da responsabilidade sobre execução de tarefas contínuas baseadas em um conhecimento específico, que resultam na produção de um produto de um conhecimento único, ou que exige situação específica e exclusivo, com resultados relacionados a um campo de atuação particular. Essa prática é utilizada para a prestação de serviços contínuos de consultoria jurídica, análise de mercado etc., e não se confunde com projetos pontuais de consultoria.²⁷

V. *Outsourcing de Transformação (Business Transformation Outsourcing – BTO)*, que geralmente envolve o IO e o BPO, praticado com o objetivo de adquirir vantagem competitiva, assumindo riscos em não apenas encarregar-se das atividades da maneira que eram conduzidas, mas inovando-as com o objetivo de melhorar o desempenho dos procedimentos internos da empresa.²⁸

²⁴ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 25 Ago. 2013.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Cumpramos examinar que o *ITO* centra-se em componentes tecnológicos dos procedimentos de negócios da empresa, tais como operações dos computadores utilizados nas estações de trabalho e centrais de processamento de dados, em que estão localizados equipamentos responsáveis pelo processamento das informações da empresa de forma central, tais como *Mainframes* e Servidores, ademais de licenças de *software* de prateleira como sistemas operacionais e sistemas de banco de dados. Assim, centraliza-se uma série de funções de negócios, proporcionando, pois, um serviço compartilhado por várias, diversas vezes independentes, unidades de negócios da empresa.²⁹

Sempre que o objeto do contrato relaciona-se ao gerenciamento de aplicações, também chamados sistemas informáticos legados, visa-se à criação de grupo de atendimento, composto por profissionais desenvolvedores de programas de computador, especialistas e entendedores das regras de negócio do cliente e como tais aplicações encontram-se ligadas aos seus resultados no mercado. Portanto, são realizadas manutenções em código-fonte, previamente desenvolvido pelo próprio cliente ou terceiros, com o objetivo de corrigir erros, realizar melhorias e desenvolver novas funcionalidades.

O BPO refere-se à terceirização de um ou mais processos específicos de negócios, metodologias, ou funcionalidades, cuja execução encontra-se sob responsabilidade de um prestador de serviços, podendo, ou não, estar relacionada com atividades de TI.³⁰

Quanto ao seu tamanho, o *outsourcing* pode ser classificado em:

²⁹ HALVEY, J. K; MELBY, B. M. *Business Process Outsourcing: Process, Strategies, and Contracts*. Second Edition. John Wiley & Sons, 2007. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=20407>>. Acesso em 7 Jul. 2013.

Nessa linha, Mattoo e Wunsch acrescentam: “*The most dynamic area of services trade, and the bulk of the increased trade involving developing countries, is in information technology (IT) and business process outsourcing (BPO) services. (...) a list of the most common outsourced or off-shored IT and BPO service activities. BPO services can be subdivided further into: “customer interaction services” (typically performed by call centers) and “back-office operations”: Software Development and Implementation Services, Data processing and Database Services, IT Support Services, Application Development & Maintenance, Business Intelligence & Data Warehousing, Content Management, procurement and B2B Marketplaces, Enterprise Security, Package Implementation, System Integration, SCM, Enterprise Application Integration, Total Infrastructure Outsourcing, Web Services (Internet Content Preparation, etc.), Web-hosting and Application Service Providers (ASPs)*”. MATTOO, A; WUNSCH, S. *Pre-empting Protectionism in Services: The WTO and Outsourcing*. World Bank Policy Research Working Paper 3237. 2004. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14438/WPS3237.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 Nov. 2013. p.4.

³⁰ HALVEY, J. K; MELBY, B. M. *ob. cit.*

- I. *Outsourcing Total* (“*Total Outsourcing*”) quando da decisão de transferir o serviço e sua gestão em pelo menos 80% para prestadores externos;
- II. *Insourcing Total* (“*Total Insourcing*”) sempre que a decisão da empresa seja a de manter sob seu controle e responsabilidade pelo menos 80% dos serviços internos após estudo de viabilidade de contratação;
- III. *Outsourcing Parcial* (“*Selective outsourcing*”) refere-se à decisão de transferir parte da responsabilidade pela execução de atividades, mantendo cerca de 20% a 80% (normalmente 24%) dos serviços prestados internamente pela própria empresa contratante.³¹

Além disso, existe a figura do “*Retro-Sourcing*”, que se trata de uma relação cíclica, em que um provedor de serviços *offshore* terceiriza algum grau de serviços de volta ao país de origem da organização do cliente, normalmente por meio da criação de uma divisão de negócios ou subsidiária, às vezes erroneamente classificada como *insourcing*.³²

Relaciona-se ao objetivo de colaboração e considerado sob o conceito de “*management contract*”, o *Outsourcing* de Gestão. Trata-se de um acordo em que uma empresa delega a sua própria gestão para outra, cujos serviços são pagos, utilizando-se de estruturas contratuais complexas, ao exemplo de redes de empresas, *joint ventures* e acordos de coprodução. A gestão das partes colaboradoras é realizada por uma empresa, servindo de ponto focal da cooperação e responsável pela verificação do adimplemento das obrigações avençadas.³³

Cumprir destacar, outrossim, a importância que se deve atribuir à figura do *Outsourcing* Industrial, principalmente nos aspectos internacionais geralmente relacionados.

³¹ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9 Jul. 2013.

³² AMANT, Kirk St.. *ob. cit.*

³³ Cf. “*The object of management contracts (or management agreements, as they are referred elsewhere) is the transfer of the management of an enterprise or corporation or business unit or facility from the owner institution (called recipient) to another external institution, usually referred as Management Company (or provider), which is usually paid for the management services that it offers.*” DIATHESOPOULOS, Michael. *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*. Cambridge University. Munich Personal RePEc Archive Paper No. 24028. 2010. Disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/24028/1/MPRA_paper_24028.pdf>. Acesso em 15 Set. 2013.

Trata-se de mecanismo utilizado para organizar a produção industrial através do estabelecimento de acordos de cooperação entre várias unidades de negócio ou empresas visando à celebração acordos de produção complementares, ou seja, entre o contratante principal e outros fornecedores ou subcontratados. Neste tipo de acordo, o contratante principal confia a uma ou mais empresas a tarefa de produzir peças, componentes, subconjuntos ou fornecer determinados serviços industriais adicionais, necessários para o cumprimento de produto final do contratante principal. Assim, as empresas fornecedoras do *outsourcing* realizam as atividades especificadas nos termos das principais obras, permitindo-lhes, posteriormente, o alcance de níveis mais elevados de especialização em áreas específicas e setores.³⁴

Cabe acrescentar a diferença entre *outsourcing* de especialidade e de capacidade. O primeiro é caracterizado pelo fato de a parte contratante não possuir habilidades ou conhecimento necessários para alcançar seus objetivos econômicos de crescimento ou promover mudanças em sua organização. Contudo, não é possível encontrar uma oferta padrão no mercado para esse tipo de serviço, sendo necessária a delimitação de seu escopo de forma peculiar e apropriada à atividade econômica desempenhada pela empresa cliente. No que se refere ao *outsourcing* de capacidade -- definição mais próxima da abordagem deste estudo -- , o contratante busca a prestação dos serviços que já encontra sob sua responsabilidade por terceiro, cujo desempenho não dependa de habilidades específicas para o emprego de custos mais baixos.³⁵

³⁴ Morcos acrescenta: “Ainsi, la sous-traitance peut être définie de la façon suivante: “Un rapport économique où une entité, appelée donneur d’ouvrages, demande à une autre entité indépendante, le sous-traitant (ou fournisseur), d’entre- prendre la production ou la transformation d’un matériel, d’une composante, d’une partie, d’un sous-ensemble ou de fournir un service industriel selon les caractéristiques définies par le donneur d’ouvrages.” MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel , 2004. 1 p . Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

³⁵ TINEL, B; PERRAUDIN, C; THÈVENOT,N; VALENTIN J. *La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail* . Actuel Marx premier semestre. Centre d'économie de la Sorbonne (CES), 2007. p.2. Disponível em <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/26/63/68/PDF/Actuel_Marx_n_41_1sem_2007.pdf > . Acesso em 24 Nov. 2013.

Conforme: “L’offreur est compétitif car son échelle de production est plus importante que celle du demandeur et il est plus avancé que lui dans la subordination réelle de sa main-d’oeuvre sur ce segment de production. La standardisation est alors permise par l’existence de débouchés importants dans les autres branches de l’économie. Ces deux explications, fréquemment avancées pour expliquer pourquoi une entreprise sous-traite certaines activités à une autre entreprise, ne permettent pas de rendre compte de l’essor considérable de ce phénomène en France depuis vingt ans. À moins de céder à un certain technologisme qui nous ramènerait à la première explication, invalidée par nos tests économétriques, on ne voit pas pourquoi les entreprises auraient

Verifica-se certa amplitude no que toca ao objeto do contrato de *outsourcing*, mesmo quando está evidente para as partes seu objeto. Quanto à forma de mensuração da prestação do serviço, independentemente da classificação dada ao *outsourcing*, as obrigações contratuais concentram-se na celebração do Acordo de Nível de Serviço, do inglês *Service Level Agreement* (SLA). O SLA é designado como um conjunto de condições que declaram às partes contratantes os parâmetros de medição do adimplemento das obrigações, sob o estabelecimento de indicadores de rapidez, disponibilidade, confiabilidade, capacidade, tempo de resposta e satisfação da parte contratante, incluindo, ou não, a exigência de penalidades quando constatado o não atingimento desses objetivos.³⁶

Desse modo, quando uma empresa opta por transferir a responsabilidade de execução de determinada atividade por meio da celebração do contrato de *outsourcing*, o aparato de gerenciamento de tal função é a mensuração do SLA avençado. É comum ouvirmos a expressão “*o cliente adquire os SLA’s*”, com o sentido de que pouco importa como o serviço é prestado pelo fornecedor, vez que as metas de SLA são atingidas ou superadas. Ocorre que, independentemente do SLA figurar como objetivo do *outsourcing*, há outros aspectos que devem ser verificados pelas partes, haja vista o cumprimento de princípios jurídicos, éticos e econômicos inerentes à prática.

subitement eu un besoin accru de sous-traitance de spécialité et de capacité. La croissance de la sous-traitance industrielle a conduit au développement de deux principales formes de relations dans le domaine de la sous-traitance, l'une basée sur la capacité et l'autre sur la spécialisation. La première forme de partenariat de sous-traitance est celle de la sous-traitance de capacité. Dans ce cas, la raison principale de sous-traiter est due au fait que le donneur d'ouvrages ne possède pas assez de capacité pour entreprendre la fabrication de la composante, de la pièce ou du matériel spécifique. En d'autres termes, le donneur d'ouvrages a atteint une limite de capacité dans son processus de production et, afin de satisfaire la demande du marché pour son produit, il a besoin de se confier à une autre entreprise ayant des capacités disponibles de sous-traitance, au moins pendant une période provisoire. Cela représente une désin- tégration horizontale et complémentaire de la production. La sous-traitance de spécialité représente la deuxième forme de relations de sous- traitance industrielle. Dans ce cas-ci, le donneur d'ouvrages compte sur les services d'un sous-traitant ou d'un groupe de sous-traitants qui possèdent des équipements ou des machines spécialisés ainsi qu'une main-d'œuvre qualifiée pour accomplir des tâches complexes et précises. Par conséquent, ce type de sous-traitance peut concerner des produits finis ou des composantes ou matériaux spécialisés qui requièrent un niveau d'expertise technique élevé que le donneur d'ouvrages ne possède pas ou ne peut pas satisfaire. MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de cas en provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unies Pour Le Développement Industriel, 2004. 6 p. Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

³⁶ BRAGG, Steven M. *Outsourcing: A Guide to...Selecting the Correct Business Unit...Negotiating the Contract...Maintaining Control of the Process. Second Edition*. John Wiley & Sons, 2006. Disponível em <http://common.books24x7.com/book/id_13990/book.asp>. Acesso em 9 Jul. 2013.

2.2. Breve Perspectiva Histórica

Para a compreensão da prática mercantil voltada ao *outsourcing* na acepção adotada neste estudo e seus aspectos jurídicos, cumpre observar a necessidade de realização de uma análise histórica de mudanças econômicas e sociais significativas, ocorridas a partir da Segunda Grande Guerra, que mudaram a forma das empresas interagirem internamente e com o mercado, incluindo investidores, concorrentes e consumidores, do mesmo modo em que essas transformações foram interpretadas e tratadas no âmbito do Direito. Atribuímos o foco, portanto, na busca pela flexibilidade nas relações e especialidade de produtos e serviços ofertados.

Entretanto, não se deve analisar esse passado recente como único responsável pelo processo de transformação econômica que culminou na forma como são firmados contratos de *outsourcing* pelas empresas na atual conjuntura, uma vez que, quando se estuda a origem do Direito Comercial, verifica-se que sempre foi característica da atividade mercantil a interação com diversos povos, buscando-se a especialização de ofertas de produtos e serviços, de acordo com as melhores condições comerciais.

Convém ponderar, portanto, que a terceirização não deve ser considerada novidade, dada sua prática ser, talvez, tão antiga quanto o próprio comércio, servindo como base para qualquer relacionamento em que se realiza uma atividade em nome de outra. No entanto, a prática evoluiu a julgar a amplitude das atividades que passaram a se tornar seu objeto, desde a execução de tarefas mais simples até a complexidade própria da TI e procedimentos corporativos complexos.³⁷

Ora, quando constatamos que *outsourcing* possui relação com a busca pela especialidade dos produtos e serviços, melhores condições comerciais, ultrapassando, por conseguinte, os limites de fronteiras regionais, torna-se óbvio que sua prática aparece como implicação importante da evolução histórica do comércio.

É imprescindível o estudo da prática do *outsourcing* no âmbito do Direito Comercial, dada a necessidade de análise histórica do tema. Ainda constata Paula Andrea Forgioni que “desde seu início, o Direito Comercial liga-se ao mercado – Seu objetivo sempre se

³⁷ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.97 .

*relacionou à tutela do tráfico econômico, ou seja, à defesa do “interesse geral do comércio.”*³⁸

Nesse contexto, no que se refere à forma de tratamento do tráfico mercantil, a herança do Direito Romano é causa determinante para a progressiva elaboração de normas que caracterizariam o Direito Comercial como um ramo específico da ordenação jurídica. A disciplina da atividade comercial em Roma estava submetida ao Direito Civil (“*ius privatorum*”) que, sempre que necessário, tinha o conteúdo estendido e adaptado pelo pretor, observado o princípio da equidade e o caráter externo do comércio, praticado e exercitado, principalmente, pelos estrangeiros.

Douglass North explica:

*Commercial law appears to have had its beginnings in the internal codes of conduct in fraternal orders of guild merchants; those who did not live up to them were threatened with ostracism. More specialized the law merchant (mercantile law) evolved and came to govern most commercial transactions throughout large areas of Europe. A uniform set of standards was conveyed through long distance trade codes of conduct. (...)*³⁹

Além da letra de câmbio, foram desenvolvidas várias modalidades de instrumentos comerciais e técnica, com valor jurídico, que permitiam a negociação das letras de câmbio e o desenvolvimento de métodos de desconto.⁴⁰

Na sequência, as técnicas negociais e contratuais evoluíram com o objetivo de desenvolver o princípio de obrigatoriedade dos contratos, observadas as regras das corporações de ofício, dos costumes e à jurisdição dos tribunais especiais.⁴¹ “*The gradual blending of the voluntaristic structure of enforcement of contracts via internal merchant*

³⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p.14.

³⁹ “*O Direito Comercial parece ter tido o seu início nos códigos internos de conduta em ordens fraternais ou aliança de comerciantes; aqueles que não viviam de acordo com eles foram ameaçados de ostracismo. A lex mercatoria, mais especializada evoluiu e passou a governar a maioria das transações comerciais em grandes regiões da Europa. Um conjunto uniforme de normas foi transmitida por meio de códigos de conduta no comércio a longa distância.*” (tradução nossa) NORTH, Douglass C. *Institutions And Productivity in History*. Washington University, St. Louis . Disponível em <<http://128.118.178.162/eps/eh/papers/9411/9411003.pdf>> Acesso em 20 Nov. 2013.

⁴⁰ NORTH, Douglass C. *ob. cit.*

⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea. *ob.cit.* p.37 .

*organizations with coercive enforcement by the state is an important part of the story of increasing the enforceability of contracts.”*⁴²

Inicialmente, os estatutos das corporações eram aplicados apenas aos nela inscritos e, posteriormente, passou a regular as relações entre os membros e os que para eles atuavam, adquirindo poder jurisdicional e definição de “matéria de direito comercial” nos séculos XIII e XIV.⁴³

Ascarelli explica a relação do contexto socioeconômico da época e a evolução do princípio da obrigatoriedade dos contratos, observados os fatores externos, uma vez que a busca pela especialização de mercadorias fez com que as fronteiras diminuíssem, exigindo o desenvolvimento de novas formas de negociação e contratação entre os comerciantes:

*A renascença do comércio e da vida econômica exigia um sistema contratual simultaneamente mais completo e mais elástico, assente, de um lado, na liberdade de formas e, de outro, no princípio geral da possibilidade das partes se obrigarem, respeitados alguns requisitos de caráter geral, embora independentemente da adoção dos esquemas contratuais nominativamente mencionados na lei. Ao contrário o sistema clássico tinha de um lado um forte cunho formalístico; de outro lado, mais do que o princípio geral da obrigatoriedade do contrato, encarava determinados e apenas estes, como fonte de obrigação. O restabelecimento do comércio e das comunicações juntamente com o hábito de escrever, exigia por seu turno, uma disciplina da conclusão dos contratos entre ausentes, que não se encontrava completamente definida nos textos romanos antes de mais nada dominados, especialmente no período clássico, pela ideia do contrato entre presentes e do contrato verbal. É por isso que os comercialistas aliados nisto com os canonistas que, por seu turno, frisavam o valor do consentimento levados pelas suas premissas éticas, visam elaborar a disciplina geral dos contratos, estabelecendo o princípio geral do consentimento gerador da obrigação, respeitados determinados requisitos de caráter geral; visam desvencilhar a conclusão do contrato entre ausentes de um lado, do contrato escrito do outro lado.*⁴⁴

⁴² “A mistura gradual da estrutura voluntarista de execução de contratos por meio de organizações comerciais internas com aplicação coercitiva por parte do Estado é parte importante do processo histórico referente à obrigatoriedade dos contratos” (tradução nossa) NORTH, Douglass C. *Institutions And Productivity in History*. Washington University, St. Louis . Disponível em <<http://128.118.178.162/eps/eh/papers/9411/9411003.pdf>> Acesso em 20 Nov. 2013.

⁴³ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p. 38.

⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. *Panorama Do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.p. 24-25.

Com a ascensão do liberalismo, supressão das corporações e criação do *Code de Commerce* na França, a determinação da matéria de direito comercial passa a observar a prática habitual de atos de comércio e não mais se uma das partes comerciantes era membro da corporação, marcando o caráter subjetivo de aplicação do direito comercial.⁴⁵

A “*enterprise multifonctionnelle*” começa seu crescimento a partir do final do século XIX e, posteriormente, transformou-se, em razão de sua substancial progressão, em uma “*structure multidivisionnelle*”. Com o intuito de incorrer menores custos do que as empresas menores, a empresa multifuncional começou a mobilizar-se no desenvolvimento de tecnologias de produção mais avançadas, atingindo maiores volumes de produção. Desde então, as grandes empresas realizaram investimentos consideráveis em pesquisas, bem como na celebração de acordos com outras empresas, a fim de formar redes nacionais e internacionais de distribuição, além da comercialização e, principalmente, incluindo já a especialização na execução de tarefas necessárias à atividade industrial.⁴⁶

A mencionada mobilização tecnológica exigiu alto grau de especialização e divisão do trabalho ocupacional e territorial, aumentando o número de transações comerciais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a força de trabalho cresceu de 29 a 80 milhões entre 1900 e 1970. Nesse período, os trabalhadores agrícolas diminuíram de 10 para 29 milhões, sendo que os trabalhadores “*white collar*” aumentaram de 5 a 38 milhões. As transações comerciais representaram 45% do PIB estadunidense em 1970.⁴⁷

Paula Forgioni lembra que, a partir da segunda metade do século XX, com vistas à busca pela especialização e investimentos em tecnologia de ponta, a atividade empresarial relaciona-se à colaboração entre as empresas, com o objetivo de evitar a estrutura rígida e extremamente verticalizada das grandes empresas, bem como a redução dos custos de transação com origem em razão da celebração de contratos descontínuos. Ocorre que a

⁴⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009 p. 40.

⁴⁶ PERRAUDIN, C; PETIT, H; THÈVENOT, N; TINEL, B; VALENTIN, J. *Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques*. Centre d'études de l'emploi. Université Paris I. Paris : 2009. 12 – p. Disponível em <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/97/02/PDF/117-dependance_interentreprises_inegalites_emploi_hypotheses_theoriques_empirique.pdf>. Acesso em 15 Dec. 2013.

Consideramos também as influências do Taylorismo no que se refere à divisão do trabalho e especialização, bem como à forma de especialização e controle.

⁴⁷ NORTH, Douglass C. *Institutions And Productivity in History*. Washington University, St. Louis . Disponível em <<http://128.118.178.162/eps/eh/papers/9411/9411003.pdf>> Acesso em 20 Nov. 2013.

colaboração entre empresas passa a não ser realizada por meio de contratos de sociedade e, sim, por formas contratuais híbridas.⁴⁸

Não poderia dar-se com exatidão o histórico do processo de *outsourcing*, uma vez que a proximidade da acepção adotada neste estudo começou a surgir a partir da década de 1950. No entanto, a terceirização sob a forma de subcontratação da força de trabalho foi verificada já no século XIX. Nos Estados Unidos, o processo de fabricação de velas e coberturas dos navios foi terceirizado para trabalhadores que atuavam na Escócia, utilizando-se matérias-primas importadas da Índia. Ademais, supõe-se que, durante a década de 1830, a indústria têxtil inglesa tornou-se tão eficiente que fabricantes indianos foram incapazes de competir, com início da terceirização de sua produção para a Inglaterra.⁴⁹

Aceita-se que a primeira prática documentada de *outsourcing* próxima do conceito usado nos dias de hoje e já relacionada com tecnologia foi um contrato assinado entre a General Electric, Arthur Andersen e Univac em 1954. Já durante a década de 60, o *outsourcing* tomou a forma de serviço de gerenciamento de infraestrutura, considerando elementos de computação, visto que as grandes empresas já consideravam a aquisição de *Mainframes* imprescindível. Ocorre que a manutenção e o suporte a tais equipamentos era um serviço extremamente complexo e dependia de fornecedores altamente especializados.⁵⁰

Antes da década de 70, as empresas que adquiriam equipamentos de *hardware* tornaram-se, também, grandes clientes de licenças de uso de *Software*. De Prateleira, desde sistemas operacionais até programas utilitários. Quando do início da referida década, o *software* de prateleira “genérico” foi considerado incapaz de atender às necessidades específicas exclusivas para empresas individuais, com o surgimento, portanto, da necessidade de desenvolvimento de programas personalizados (Programa sob Encomenda). Considerando a incapacidade técnica, inerente ao desenvolvimento de tal *software* personalizado “*in-house*” e os custos associados, essa atividade era atribuída às empresas de TI, tornando essa forma de contratação predominante na década de 70.⁵¹

⁴⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p.172.

⁴⁹ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

⁵⁰ AMANT, Kirk St. *ob.cit.*

⁵¹ AMANT, Kirk St. *ob.cit.*

Essa divisão relaciona-se com a celebração de contratos de terceirização do processo produtivo em sua totalidade ou de forma parcial, para empresas sem qualquer tipo de relação societária ou a criação de subsidiárias ao redor do mundo em busca da redução do custo de mão-de-obra e matérias-primas.

Referente ao *outsourcing* industrial, essa prática cresceu mais rapidamente do que a indústria como um todo, a partir de 1980, observado que, durante as décadas de 60 e 70, a concorrência entre as empresas foi essencialmente baseada em preços, a fim de obter economias de escala e, por meio de controle do crescimento e ganho de mercado e “*gain-share*”. Nesse contexto, a quantidade foi considerada mais importante que a qualidade, não havendo a necessidade estratégica de terceirizar partes, componentes ou subconjuntos para atender às características específicas de um produto. No entanto, a partir da década de 80, a competição nessa área não foi apenas baseada no preço, mas também, e mais importante, nas características de qualidade do produto. Consequentemente, a inovação começou a desempenhar um papel fundamental na diferenciação do produto no mercado. Assim, as empresas passaram a concentrar-se em atividades referentes à pesquisa e desenvolvimento, design de produto e *marketing*.⁵²

Durante a década de 80, o custo dos elementos de computação começou a cair, devido à chegada de versões de baixo custo de equipamentos informáticos; a criação, aliás, do Computador Pessoal (PC) pela International Business Machines (IBM). Por conseguinte, o custo de manutenção dos aparatos tecnológicos diminuiu, viabilizando financeiramente a realização desses serviços em pequena escala pelas próprias empresas usuárias.⁵³

Todavia, a ascensão do *outsourcing* a partir de 1980 coincide com a época quando a tecnologia da informação disponibilizava suas habilidades e recursos dos departamentos de TI, por esse motivo, é comum a relação instantânea entre *outsourcing* e TI. As novas arquiteturas informáticas passaram a apoiar a mudança para a flexibilidade própria do mercado global,

⁵² MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel, 2004. 3-4 p. Disponível em:

<http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

⁵³ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers:IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

Com referência às medidas de Milhões de Instruções Por Segundo (MIPS) padrão de mercado, o custo para um MIPS caiu acentuadamente a partir de 1.000 dólares estadunidenses em 1975 para 250 em 1980, representando uma queda de 75 %.

envolvendo redes que integram computadores internos para a empresa conectar-se a sistemas de seus clientes e fornecedores.⁵⁴

Ademais, entendemos importante contextualização desse fenômeno com a crise vivida pelos Estados Unidos, causada pela altas taxas de crescimento dos preços no mercado e da estagnação econômica. Verificou, por conseguinte, o sufocamento da indústria americana em razão da diminuição do número de exportações e aumento das importações, em razão do acirramento da concorrência promovida por outros países.⁵⁵

Observa-se, no que toca às diversas modalidades da prática objeto deste estudo, o advento e o uso difundido de técnicas de produção altamente produtivas e flexíveis, bem como a adoção de métodos baseados na robótica e tecnologias incorporadas. O mercado passou, conseqüentemente, a identificar as empresas fornecedoras em melhor posição para o aproveitamento de tais métodos, por meio da combinação de grande número de encomendas de vários clientes, que podem maximizar a capacidade de usar o seu equipamento e, portanto, oferecem preço melhor para seus serviços. Finalmente, o crescimento da competição e do desenvolvimento de novas técnicas de produção resultou em nível muito elevado de sofisticação na concepção de produtos e serviços de tecnologia.⁵⁶

Ressaltamos a decisão da Eastman Kodak em realizar o *outsourcing* em larga escala de sua infraestrutura de TI composta por quatro data centers, em 1989, para a IBM, lançou o fenômeno do *outsourcing* no mundo corporativo, despertando grande interesse mundial de outras empresas. O chamado “*Kodak Effect*” pelos economistas relaciona-se com a onda de terceirização de infraestrutura e sistemas informáticos em larga escala, verificada durante a década de 90.⁵⁷

Examinando-se o processo de maturação da prática do *outsourcing*, muitos dos acordos celebrados influenciados pelo Efeito Kodak não foram bem sucedidos, em razão de

⁵⁴ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.97.

⁵⁵ SAAD, Alfredo C. *Terceirização de Serviços de TI*. Rio de Janeiro: Brasport, 2006. P.4.

⁵⁶ MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel, 2004. 4 p. Disponível em:

<http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

⁵⁷ “No entanto, o contrato de terceirização em larga escala entre a Kodak Eastman e IBM em 1989 desencadeou um efeito onda maciça. Em retrospecto, o gatilho é, possivelmente, o acordo inovador que trouxe a terceirização para a ribalta, e é muitas vezes citado como o primeiro caso em que a terceirização foi definido como uma estratégia formal” (tradução nossa). KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.37.

estudos e motivação política inadequados, vinculados também a contratos com condições questionáveis.⁵⁸

Quanto às motivações, na Inglaterra, por exemplo, o *outsourcing* ganhou força até como ferramenta de gestão do setor público, como forma de viabilizar a redução de custos operacionais, mitigar o risco de greves sindicais e diminuir o número de trabalhadores “*blue collar*”.⁵⁹

Em 1999, houve aumento da captação no local de instalações de gestão e *Outsourcing* Parcial, principalmente em áreas associadas com o problema Y2K (“Bug do Milênio”), acarretando no fortalecimento da prática em razão da necessidade de utilização de pessoal especializado, com destaque, principalmente, em serviços de TI prestados a partir de empresas sediadas na Índia.⁶⁰

Os mercados cada vez mais competitivos introduziram novas pressões para reduzir custos, fazendo com que as empresas estivessem mais inclinadas do que nunca para praticar o *outsourcing*, estimulando seu crescimento contínuo ao longo dos últimos anos. Somente em 2003, o número recorde de 15 “*mega deals*” foram reconhecidos dos 78 “mega contratos” anunciados publicamente, desde o *outsourcing* realizado pela Eastman Kodak, em 1989. Recebeu destaque o acordo celebrado na Inglaterra entre a Receita Federal e o consórcio composto pela CapGemini e Ernst & Young, envolvendo a transferência de 3.500 empregados, ao valor aproximado de oito bilhões de dólares estadunidenses e vigência de dez anos.⁶¹

A partir do ano 2000, a prática do *outsourcing* passou a focar-se na delegação da responsabilidade pela execução de procedimentos internos secundários à atividade-fim das empresas, por meio do BPO, sob a forma de *offshore*. Este serviço tem como principais fornecedores empresas com operações localizadas na China, Índia, Rússia, África do Sul, Filipinas e América Latina, em razão da liberalização de leis e políticas governamentais

⁵⁸ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

⁵⁹ AMANT, Kirk St.. *ob. cit.*

⁶⁰ BRAGG, Steven M. *Outsourcing: A Guide to...Selecting the Correct Business Unit...Negotiating the Contract...Maintaining Control of the Process. Second Edition*. John Wiley & Sons, 2006. Disponível em <http://common.books24x7.com/book/id_13990/book.asp>. Acesso em 9 Jul. 2013.

⁶¹ AMANT, Kirk St. *ob.cit.*

locais, elevando, também, a competência técnica da população, com o objetivo de proporcionar mão-de-obra qualificada.⁶²

2.4 As Vantagens e os Riscos inerentes ao *outsourcing*

Uma vez apresentadas as definições de *outsourcing*, classificações possíveis identificáveis no mercado e sua evolução histórica, faz-se necessário uma análise referente às razões que justificam uma empresa optar pela realização de tal prática, bem como possíveis riscos e benefícios inerentes. Cabe acrescentar a necessidade de estudo das principais mudanças culturais no âmbito corporativo de ambas as partes e possíveis consequências no âmbito jurídico.

O objetivo deste capítulo é discorrer sobre aqueles aspectos mencionados, além de explicar a operação e administração das atividades e respectivas consequências na esfera jurídica.

2.4.1 As Vantagens do *Outsourcing*

Quando se constata a possibilidade de diminuição de custos, despesas e tempo empregados na execução de procedimentos operacionais complexos, ao mesmo tempo em que se considera a expertise de um fornecedor, a empresa cliente considera: como principais objetivos na transação: (i) a utilização de um provedor com capacidade para gerenciar sistemas de informação e procedimentos necessários aos processos de negócio, essenciais aos bons resultados da empresa; (ii) a remodelagem de processos internos voltados ao negócio, proporcionando a utilização de melhores práticas metodológicas, por meio do gerenciamento de funções-chaves das operações de negócio; (iii) melhoria da satisfação de seus clientes, ampliando as opções de negócios, entre outros.⁶³

⁶² BRAGG, Steven M. *Outsourcing: A Guide to...Selecting the Correct Business Unit...Negotiating the Contract...Maintaining Control of the Process. Second Edition*. John Wiley & Sons, 2006. Disponível em <http://common.books24x7.com/book/id_13990/book.asp> . Acesso em 9 Jul. 2013.

⁶³ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.48.

Quanto aos motivos que envolvem custos, costuma-se realizar análise de custo-benefício, vislumbrando identificar a decisão que representaria menores gastos à empresa. Assim, verificam-se duas hipóteses, a primeira sendo a opção em promover a transferência da atividade a um terceiro com expertise na execução das tarefas, e a segunda relacionada à permanência ou criação de departamento próprio ou unidade de negócio altamente especializado capaz de proporcionar maior controle e previsibilidade dos custos envolvidos. Concomitantemente, examina-se a redução, também, de custos fixos com ativos, transformando-os em variáveis de acordo com o crescimento de negócios e lucratividade.⁶⁴

Quanto à eficácia da atividade, é preferível a transferência de serviços rotineiros, com o objetivo de que o departamento possa se concentrar em atividades que agreguem valor à empresa. Da mesma forma, quando o assunto é relacionado à TI, a terceirização de atividades referentes ao suporte e manutenção de sistemas informáticos legados permitem que a empresa concentre esforços no desenvolvimento de uma nova tecnologia que se amolde melhor às suas necessidades e as de seus clientes.

As empresas fornecedoras de serviços de *outsourcing* possuem considerável gama de serviços, pessoal qualificado e motivado, além de tecnologia e formas de administração mais aprimoradas do que empresas que não possuem a execução de tais atividades como parte de sua atividade-fim. Ademais, o relacionamento com essas empresas pode representar maior habilidade para lidar com a absorção de flutuações na carga de trabalho, vez que os contratos possuem mecanismos que permitem o aumento do serviço, mediante pagamento de remuneração adicional pré-estabelecida, bem como reduções em situações em que não é necessária a alocação de recursos em grande quantidade.⁶⁵

⁶⁴ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.38.

Destacamos: “A partir de données américaines d’établissements, ces auteurs réalisent une confrontation économétrique de trois motifs de recours : les économies de coût de main-d’œuvre réalisées par des entreprises pour une catégorie de salariés ayant de faibles qualifications, l’adaptation du volume de travail aux fluctuations de l’activité et la logique de spécialisation. Ils montrent que les trois logiques sont à l’œuvre, et que leur importance diffère en particulier selon le service externalisé” SAUZE, Damien; THÈVENENT, Nadine; VALENTIN, J. *Relations de travail et dynamiques des arbitrages des firmes vis-à-vis des dispositifs juridiques : quelles substitutions ? Le recours aux CDD et à la sous-traitance en France 1984-2000*. Ministère de l’emploi et de la solidarité -. Mission Animation De La Recherche. Gestion De l’emploi de la main-d’oeuvre et droit du travail. Rapport Final, 2006. 18 p.

⁶⁵ KEPPLER, R; JONES, O. W. *ob. cit.* p.49.

Cabe notar: “World-class service providers amalgamate expertise by working with multiple clients facing similar challenges, and make extensive investments in both technological and human resources.” AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013

O *outsourcing* é também considerado modo de flexibilizar a hierarquia organizacional da empresa quando se encontram, em seus planos estratégicos, fusões e aquisições ou grandes reestruturações. Além disso, os fornecedores são muitas vezes imunes a pressões políticas internas que se interpõem no caminho de mudança estrutural.⁶⁶

Aceita-se que a motivação para o *outsourcing* possui fulcro em três perspectivas. A primeira delas é visualizada a partir da “*resource-based theory*” em que uma empresa adquire vantagem competitiva e lucros acima da média perante seus concorrentes, em razão de possuir produtos distintos ou menores custos, que, por sua vez, dependem da peculiaridade dos recursos e a forma de combiná-los, utilizando-se da terceirização, ao permitir que a empresa preencha e amplie sua base de recursos existentes, quando não seja possível cumprir o que é necessário para realizar a estratégia competitiva:

*(...)one perspective is gained from resource-based theory that says that a firm gains a competitive advantage and above average profits in its industry by having distinct products or lower costs, which in turn depend on the distinctiveness of its resources and the way it combines them. To attain and keep this advantage a firm must acquire and deploy its resources according to a competitive strategy. Filling gaps in the resources it needs to pursue its strategy can sometimes take place through outsourcing. Outsourcing can be used to good effect when this allows the firm to fill out and extend its existing resource base. When existing information systems resources and capabilities don't meet what is required to undertake the firm's competitive strategy, outsourcing is an option to be explored.*⁶⁷

A segunda perspectiva refere-se à “*resource-dependency theory*” que visualiza a empresa envolvida em uma rede de relacionamentos contratuais com outras empresas e organizações, necessária ao sucesso e sobrevivência:

(...) a second perspective comes from resource-dependency theory. This theory views the firm as being involved in a network of relationships with

⁶⁶ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.50.

⁶⁷ “ (...) uma perspectiva é obtida a partir da teoria baseada em recursos que preconiza que uma empresa adquire vantagem competitiva e lucros acima da média em sua indústria por ter produtos distintos ou mediante redução de custos, que por sua vez dependem da especificidade dos recursos e modo que os combina. Para alcançar e manter essa vantagem, a empresa deve adquirir e utilizar os seus recursos de acordo com uma estratégia competitiva. Ao preencher lacunas nos recursos de que necessita para prosseguir a sua estratégia, às vezes, recorre-se ao outsourcing. Este pode ser usado com bons resultados quando este permite que a empresa preencha e ampliar sua base de recursos existentes. Quando os recursos de sistemas de informação existentes e recursos não atendem ao necessário para realizar a estratégia competitiva da empresa, o outsourcing é uma opção a ser explorada.” (tradução nossa) KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.53.

*other firms and organizations in its environment, some of whom provide the firm with resources necessary for its success and survival. But depending on others involves uncertainty. The uncertainty can be reduced to some extent by an ongoing relationship that is one of the interdependence.*⁶⁸

No que concerne à terceira perspectiva, tem-se a “*transaction cost theory*” que analisa a maneira utilizada pelas empresas com relação à busca de redução de seus custos de produção, por meio da terceirização de tarefas a terceiros com custos mais baixos. Esses custos de produção são convertidos e compensados em custos de transação atrelados à negociação de um contrato com o fornecedor; riscos inerentes à própria contratação e gestão:

*(...)a third perspective comes from transaction cost theory. Organizations look for opportunities to lower their costs of production by outsourcing tasks to vendors who have lower costs – usually as a result of vendor economies of scale. But production cost savings are offset to a greater or lesser extent by the costs of negotiating a contract with a vendor, managing the vendor relationship, and making sure the vendor does what the vendor has contracted to do. These vendor-related contracting and management costs are called transactions costs.*⁶⁹

Em resumo, a teoria dos custos de transação preconiza que, quando os ganhos excedem os custos, a terceirização é vantajosa. Derivam dessa teoria os tipos de relacionamento possíveis entre fornecedor e cliente, a partir de um modelo mais simplista como um mero contrato de prestação de serviço, baseado em SLA, até a avença da remuneração do fornecedor, com base nos resultados financeiros do cliente e compartilhamento de riscos associados, a realização de parcerias e até a criação de *joint ventures*.⁷⁰

Em suma, as razões para a realização do *outsourcing* encontram fundamento na redução do preço dos produtos e serviços finais oferecidos pelas empresas no mercado, em

⁶⁸ “(...) a segunda perspectiva vem da teoria da dependência dos recursos. Esta teoria analisa como a empresa encontra-se envolvidos em uma rede de relacionamentos com outras empresas e organizações em seu ambiente, alguns dos quais fornecem à empresa os recursos necessários para o seu sucesso e sobrevivência. No entanto, depender de terceiros envolve incerteza. Esta, pode ser reduzida até certo ponto, por uma relação contínua de interdependência” (tradução nossa) . KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p. 53.

⁶⁹ “(...) a terceira perspectiva trata da teoria dos custos de transação. As empresas procurar oportunidades para reduzir os seus custos de produção por meio da terceirização de tarefas para fornecedores que possuam custos mais baixos - geralmente como resultado de economias de fornecedores de escala. No entanto, a redução de custos de produção são compensados, em maior ou menor grau, pelos custos de negociação de contrato com fornecedor, sua gestão do relacionamento e certeza de que o fornecedor executa suas obrigações contratadas.” (tradução nossa) . KEPPLER, R.; JONES O. W. *ob.cit.* p.53.

⁷⁰ KEPPLER, R.; JONES O. W. *ob. cit.* p.55.

razão da diminuição de custos promovida pela alta especialização dos fornecedores de serviços, capazes de disponibilizar produtos e serviços com qualidade mais elevada quando comparados àqueles anteriormente produzidos pela empresa cliente.⁷¹ Além disso, a prática proporciona respaldo às empresas clientes a responderem às flutuações do mercado em que atuam.⁷²

Em contrapartida, para as empresas fornecedoras de serviços, as vantagens são constatadas principalmente nos Países Em Desenvolvimento, uma vez que a prática leva à especialização no desempenho de certas atividades ou à fabricação de determinados componentes ou peças específicas. Nesse contexto, permite-se que a empresa prestadora alcance alto nível de eficiência e competência de seus métodos e empregados, facilitando também a obtenção de conhecimento de novas tecnologias.⁷³

Cumpra observar que, ao concentrar-se em uma única atividade ou disciplina especializada, fornecedores de serviços de outsourcing adquirem economias de escala e aumentam as vantagens de custo que oferecem os fabricantes de equipamentos originais, resultantes de instalações maiores, redes maiores e mais densas, bem como compras maiores. Acrescenta-se também à vontade de redução de custos pelas empresas contratantes, o aumento

⁷¹ Cf: “*Tout d’abord, les entreprises sont conduites à sous-traiter pour tirer profit des différences nationales, régionales ou internationales des coûts de facteurs de production, notamment les bas salaires ou les matières premières. Pour les pays industrialisés, la production ou l’achat à l’étranger est moins cher que la production nationale ou l’achat domestique. En fin de compte, cela permet aux entreprises de réduire le coût du produit final et par ce fait d’offrir des prix concurrentiels.*” MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de cas en provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel , 2004. 10 p . Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

⁷² Cf: “*Lorsque les donneurs d’ouvrages sont confrontés à une augmentation temporaire de la demande du marché ou à une tendance saisonnière ascendante, ils doivent décider s’ils souhaitent augmenter leurs capacités par l’intermédiaire d’investissements financiers élevés ou sous-traiter les activités concernées. Cette première option cependant implique un risque de sous-utilisation de cet investissement à l’avenir. L’extension des capacités d’une entreprise comme réponse aux fluctuations de la demande du marché induit en effet des investissements financiers élevés dans les machines, l’équipement et les usines. Bien souvent, les grandes entreprises ont tendance à employer leurs usines et leurs équipements bien au-delà du niveau de dépréciation pour éviter de devoir recourir à de lourdes charges de réinvestissement. En revanche, confier à un sous-traitant ou à un fournisseur la fabrication de pièces, de composantes, d’assemblages ou de sous-ensembles est une manière beaucoup plus efficace d’un point de vue financier pour répondre aux fluctuations ascendantes de la demande du marché et pour éviter une capacité excessive*” (grifo nosso) MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de cas en provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel , 2004. p.10. Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

⁷³ MORCOS, Jean-Louis. *ob. cit.* p.12.

da lucratividade das empresas prestadoras, uma vez constatadas encomendas melhores e especiais de produtos e serviços atreladas às boas condições de pagamento.⁷⁴

2.4.2 Desvantagens e Riscos atribuídos ao outsourcing

Referente aos riscos inerentes à prática do *outsourcing*, a principal questão levantada pelas empresas é a perda do controle das atividades desempenhadas, vez que a transferência da responsabilidade acarreta a sensação de perda da medição do controle realizado anteriormente.⁷⁵ Cabe acrescentar que o grau de dependência dos serviços prestados pelos fornecedores também merece atenção.

Sob o ponto de vista de gestão administrativa, percebe-se que o *outsourcing* pode envolver a perda de controle sobre o tempo de resposta e entrega de serviços, bem como a qualidade de tais serviços, principalmente quando o contrato não dispõe claramente sobre tais requisitos. Cabe acrescentar que a flexibilidade de alteração do escopo de tarefas é limitada, uma vez que, em princípio, quaisquer modificações deveriam ser objeto de mútuo acordo entre as partes do contrato.

Considerando que a execução do contrato baseia-se na confiança entre as partes, um aspecto sensível e que deve ser cuidadosamente discutido durante o período de tratativas pré-contratuais, é a obrigação de confidencialidade avençada entre as partes. É comum que o fornecedor tenha acesso às informações consideradas secretas, confidenciais ou sigilosas do cliente que normalmente dizem respeito aos diferenciais competitivos. No entanto, os mesmos riscos são relacionados à atividade do fornecedor, que acaba divulgando informações inerentes às suas competências para a prestação do serviço.

Embora não se pretenda realizar aprofundamento sobre os aspectos jurídicos inerentes à obrigação de confidencialidade, no âmbito do *outsourcing*, tal obrigação é caracterizada como obrigação de *não-fazer* nos termos do Art.250 e ss do Código Civil, além da

⁷⁴ MORCOS, MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de casen provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unis Pour Le Développement Industriel, 2004. p.15. Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

⁷⁵ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998.p.56.

possibilidade de perdas e danos eventualmente causados em razão da não-observância do princípio da boa-fé contratual, por se tratar de uma quebra de confiança.

Acrescenta-se o fato de que a quebra de confidencialidade pode ser enquadrada como crime de concorrência desleal nos termos da Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996, que regula direitos e obrigações, relativos à propriedade industrial sendo:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

Dispõe ainda o Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (“TRIPS”), em seu artigo 39 sobre os requisitos necessários para configuração do crime de concorrência desleal, referindo-se também às diligências adotadas pela própria parte proprietária das informações:

Art. 39

1 - Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no art.10 "bis" da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2º abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3º abaixo.

2 - Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informações legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação:

a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;

b) tenha valor comercial por ser secreta; e

c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

No que se refere ao conhecimento dos procedimentos utilizados na realização de tarefas, é analisado, sob a ótica da boa-fé contratual, quanto o próprio cliente conhece seus procedimentos, com o objetivo de ter meios apropriados para exigir o cumprimento por parte do fornecedor. Assim, é sempre um risco maior para empresas ditas “*startups*”, uma vez que há pouco conhecimento sobre o comportamento dos resultados esperados com a terceirização.⁷⁶

Quanto à matéria objeto do *outsourcing*, diretamente ligada à tecnologia, é comum que as empresas contratantes tenham a impressão e a vontade de que o aparato tecnológico utilizado e transferido seja de ponta e frequentemente atualizado, de acordo com novas tecnologias que surgem durante a vigência da relação obrigacional. Ocorre que, dependendo da forma como o contrato é negociado, fica estabelecida a simples obrigação de atendimento de SLAs pelo fornecedor.

Nesse contexto, quando lembramos que a forma de medição de como as obrigações são cumpridas pelo fornecedor é por meio dos resultados de SLA, comumente as partes não se atentam quanto à renovação de equipamentos e metodologia obsoletos. Assim, quando comparado com outras empresas do mesmo setor, é possível que o *outsourcing* represente perda de produtividade.⁷⁷

Entre outros riscos, a dependência mútua entre as partes do contrato pode ser originária de certa exposição, principalmente, quando verificado abuso por parte do fornecedor que leva vantagem dessa condição. Considerando a evolução do modelo de *outsourcing* para o modelo relacional, esse risco é mitigado quando está evidente para as partes que a relação deve ser regida pelos princípios de boa-fé e função social do contrato, como veremos adiante.

⁷⁶ KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998. p.57.

⁷⁷ Notar que, sobre medição de SLA: “*Service debasement refers to any reduction in the quality of services received by a. Service quality may decline through the contract or may just fall below agreed-upon. This can be curtailed by the effective use of Service Level Agreements. For successful implementation, companies will need to have the ability to evaluate the performance of outsourced services, and hence, require some technical knowledge of the respective fields.*” AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

Finalmente, devem ser observados os aspectos éticos voltados à promoção de práticas sustentáveis, principalmente quando há o envolvimento de outros países na prestação do serviço, em razão da possível diminuição do número de empregados da empresa ou subsidiária de origem, bem como exploração inapropriada de mão-de-obra e demais consequências econômicas, como fatores restritivos da prática do *outsourcing*.

3. O CONTRATO DE *OUTSOURCING* E SUA INTERPRETAÇÃO

3.1 Interpretação

Faz-se necessária atribuição de um contexto específico quanto à forma de interpretação dos contratos de *outsourcing*. O primeiro deles, de origem estadunidense, é o grande responsável pela significativa quantidade de termos técnicos em língua inglesa, cuja tradução para o idioma pátrio não recebe o tratamento apropriado. Ademais, é necessário considerar a influência da *common law* na forma como as cláusulas são redigidas, considerando institutos jurídicos distintos, quando comparados aos sistemas romanos.

Aduz Newton De Lucca sobre interpretação dos contratos: “A atividade do intérprete do contrato não pode ser inteiramente livre, pois existem comandos legais que indicam um caminho a ser percorrido por ele, seja na interpretação da própria lei, seja na do contrato”.⁷⁸

Cabe acrescentar a visão de Orlando Gomes sobre obrigações:

*A obrigação é uma relação jurídica. Como tal, sua fonte há de ser, necessariamente, a lei. Em última análise, é o Direito que empresta significação jurídica a relações de caráter pessoal e patrimonial que os homens travam na sua vida social.*⁷⁹

O *outsourcing* não deve ser entendido como uma relação jurídica de fornecimento de tecnologia que teria por objetivo a transmissão de conhecimento tecnológico ao adquirente e em que o receptor da tecnologia a adquire para uso próprio. A eventual transmissão de tecnologia não ocorre do cliente para uso próprio do fornecedor dos serviços, mas como meio de viabilização da prestação do serviço, seja de fabricação de determinado bem ou de atividades operacionais administrativas.⁸⁰ Conclui-se, portanto, que não se trata de um contrato de

⁷⁸ DE LUCCA, Newton. *Normas de Interpretação Contratual no Brasil – Tratado de la Interpretacion del Contrato* em America Latina. COAGUILA, C. A. S (coord) . Editora Juridica Grijey, 2007 .p. 553.

⁷⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.31.

⁸⁰ VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos De Fornecimento De Tecnologia E De Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Serviços Técnicos*. In SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (coord). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.183 – 184.

transferência de tecnologia na acepção da Lei No. 9.279 de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial).

O período inicial de vigência do contrato de *outsourcing* costuma ser referenciado como “Fase ou Período de Transição”. Partindo-se da ideia de que são transferidas as atividades previamente executadas pelo próprio contratante, a Fase de Transição contempla a execução da transferência propriamente dita. Nesta fase, as obrigações das partes são relacionadas aos esforços necessários para que a relação seja bem sucedida, não sendo exigidas as obrigações pertinentes à execução do objeto do contrato.

A Fase de Transição possui também o objetivo de confirmação do escopo de atuação das partes no âmbito do contrato, servindo de meio para que as partes conheçam os detalhes que cercam a operação, principalmente no que se refere ao SLA, vez que elas utilizam-se desse período para aprofundamento maior dos indicadores necessários para servirem de métrica de adimplemento de obrigações, bem como os recursos humanos e operacionais necessários. Nesse sentido, como as obrigações do objeto do contrato não são exigidas, ou seja, o SLA se aplica à prática dos Níveis de Serviço Iniciais (SLO).

Como é de interesse mútuo das partes o início da operação, devem ser observados, durante a Fase de Transição, o engajamento das partes, o cumprimento das etapas e prazos e a vontade no que tange à colaboração. Como parte dessa fase, em alguns casos aplica-se o conceito de “Transformação” das atividades, uma vez que é esperado do fornecedor maior eficácia e qualidade dos serviços prestados quando comparados à execução previamente realizada pelo cliente. Compõe a Transformação, a utilização de meios pelo fornecedor que melhorem a efetividade dos serviços prestados, observada a necessidade de redução dos custos inerentes à operação.

É requisito dessa fase o repasse de conhecimentos do contratante para o contratado, podendo ser moldes, plantas de fabricação, equipamentos etc.), com o objetivo único e exclusivo de que o fornecedor possa usar desses conhecimentos técnicos para prestar os serviços objeto do *outsourcing*.⁸¹

⁸¹ VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos De Fornecimento De Tecnologia E De Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Serviços Técnicos*. In SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (coord). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 184.

Ao término da Fase de Transição, é comum que as partes reúnam-se para acertar os detalhes da prestação dos serviços, bem como negociem quaisquer disparidades quanto ao equilíbrio econômico da relação contratual, para que seja iniciada a “Fase de Operação” do *outsourcing*. Essa transferência não deve ser caracterizada como transferência de tecnologia no âmbito do Direito da Propriedade Intelectual, conforme também defendido por Juliana Viegas:

*Nestes casos, não há uma verdadeira transmissão de tecnologia, uma vez que esses conhecimentos técnicos, licenças e demais materiais fornecidos pelo tomador dos serviços de outsourcing continuam de sua posse e titularidade. Nesta hipótese, também, o receptor dessa tecnologia não paga para adquiri-la, mas, ao contrário, recebe o pagamento devido pelos seus serviços de terceirização.*⁸²

Ademais, é esperado que, ao término da relação contratual, ocorra a devolução da tecnologia transferida temporariamente como um dos itens da chamada “Transição Reversa”, que também será tratada neste estudo.

A Fase de Operação inicia-se quando as partes estão certas quanto ao fato de estarem prontas para o *outsourcing*, levando-se em consideração o caráter relacional ou colaborativo do relacionamento. Não obstante, espera-se o mínimo de previsibilidade por determinados períodos de tempo, com o objetivo, outrossim, de que as partes estejam preparadas em caso de necessidade de alterações no escopo de obrigações do contrato advindas de mudanças nos objetivos de negócios de ambas as empresas ou até mesmo do cenário econômico em que cada uma das partes se encontra.

Por se tratar de contrato de execução continuada, além de envolver aspectos econômicos complexos, é esperado que ocorram renegociações de obrigações com o objetivo de preservar o equilíbrio econômico da relação contratual antes ou após serem verificadas situações em que o contrato se torne excessivamente oneroso para uma das partes, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, conforme dispõem os Artigos 478 e ss do Código Civil.⁸³

⁸² VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos De Fornecimento De Tecnologia E De Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Serviços Técnicos*. In SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (coord). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007.p.184 .

⁸³ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

“Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

No que se refere ao princípio clássico de intangibilidade do contrato, não seria possível admitir que a superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção do Estado para restaurá-lo ou liberar a parte onerada. Muitas condições contratuais desvantajosas foram aceitas, à presunção de que foram estabelecidas pelas partes livremente, impedindo-se, assim, a revisão pela autoridade judicial para sanar tal desequilíbrio⁸⁴.

Ocorre que essa visão tem sido relativizada, ao serem consideradas as hipóteses excepcionais em que as condições avençadas pelas partes podem ser revisadas, quando observado cenário de desequilíbrio contratual causado por fato superveniente, em princípio, imprevisível.

Historicamente, é importante mencionar a moderna concepção de contrato com a consolidação do regime capitalista de produção e a instalação das ideias liberais no sentido de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados. Orlando Gomes lembra que o decurso econômico caracterizado pelo desenvolvimento das forças produtivas exigia a generalização das relações de troca, sendo o contrato tratado como uma categoria que serve a todos os tipos de relação entre agentes e a qualquer pessoa independente de sua posição social⁸⁵.

Essa visão tornou-se obsoleta no direito contemporâneo, dada a impossibilidade de tratar todos os sujeitos de direito que contraíam direitos e obrigações mediante a celebração de contratos de forma igualitária. Consequentemente, diante da instabilidade econômica e social surgida em razão da ausência de equilíbrio entre partes contratantes, além do fenômeno da despersonalização causado pela massificação das relações contratuais, o Estado passou a intervir na economia, limitando a liberdade de contratar, bem como a própria autonomia das partes. Trata-se do período em que a atuação do dirigismo contratual pelo Estado culminou na elaboração de normas que atribuíam o princípio de igualdade formal em relações contratuais providas de desequilíbrio entre as partes, como as relações de trabalho e de consumo, além da imposição de cláusulas naturais, segundo a visão interpretativa de Pothier, que seriam oriundas de obrigações estabelecidas em lei.

Art. 480. *Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*”

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 36.

⁸⁵ GOMES, Orlando. *ob. cit.* p.37.

As mudanças na concepção de contrato trouxeram à tona as hipóteses excepcionais de revisão contratual em casos de onerosidade excessiva para uma das partes causada por fato superveniente cuja previsão seria impossível pelas partes.

Um exemplo clássico é a posição adotada pela França durante o período após o término da Primeira Grande Guerra, considerando que relações contratuais, por força das circunstâncias, tornaram-se insustentáveis, em razão da onerosidade excessiva para um dos contratantes. Nesse sentido, o Conselho de Estado francês admitiu, relativamente aos contratos de concessão de serviço público, que seus termos e condições poderiam ser revisados, desde que as circunstâncias, então imprevisíveis, tivessem impactado substancialmente no cumprimento das obrigações previstas, acarretando em prejuízos econômicos ao devedor. A lei *Faillot*, de maio de 1918, consagrou o princípio da revisão, ao estabelecer que os contratos mercantis de execução continuada, firmados antes de 1º de agosto de 1914, poderiam ser resolvidos em razão do estado de guerra.

É possível depreender da força obrigatória dos contratos e do exemplo ocorrido na França com a lei *Faillot*, que fatores imprevisíveis poderiam autorizar intervenção judicial nas cláusulas avençadas, cuja ocorrência poderia afluir em contratos de execução continuada ou diferida, sendo inapropriado para contratos de execução imediata.

Na visão de Venosa:

*(...)questões meramente subjetivas do contratante não podem nunca servir de pano de fundo para pretender uma revisão nos contratos. A imprevisão deve ser um fenômeno global, que atinja toda a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevistos.*⁸⁶

A vontade contratual não pressupõe o acontecimento inesperado que desequilibrou o contrato. Outros entendem que todo contrato possui uma condição implícita de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ela causados. Outras correntes partem para explicações objetivas. Pelo princípio da reciprocidade ou equivalência das condições, nos contratos bilaterais, ou unilaterais onerosos, deve existir certo equilíbrio nas prestações dos contratantes, desde o momento da estipulação até seu cumprimento. Se um fator externo rompe esse equilíbrio, estará autorizada a intervenção. Para

⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.460-461.

outros, como o contrato desempenha uma função social e econômica, o desequilíbrio da sociedade e da economia autorizam a revisão.⁸⁷

A revisão contratual pressupõe a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. O instituto caracteriza-se pela incidência sobre a prestação devida, tornando-a excessivamente onerosa para o devedor. Isto é o que distingue a imprevisão do caso fortuito e da força maior. Além disso, deve estar constatada a ausência de culpa da parte que sofre o impacto econômico causado pelo fato superveniente. Assim, o devedor somente pode beneficiar-se da revisão, se não estiver em mora no que diga respeito ao cumprimento das cláusulas contratuais não atingidas pela imprevisão, isto porque o inadimplemento poderá ter ocorrido justamente pela incidência do fenômeno.⁸⁸

Com efeito, seriam objetos de estudo da doutrina revisionista, segundo Othon Sidou, os contratos: bilaterais ou sinalagmáticos; concluídos; de prestação ou prestações futuras; de obrigação estável ou prestação certa; e omissos quanto a eventos futuros. Nesse sentido, ainda segundo o autor, estariam excluídos os contratos unilaterais; as promessas de contrato; os contratos com obrigações imediatas; os contratos aleatórios; e os contratos nos quais ambas as partes, por inequívoca manifestação de vontade, reservam-se mutuamente suportar os efeitos imprevisos e supervenientes, abrindo mão de quaisquer garantias implícitas⁸⁹.

O Código Civil de 2002 estabeleceu nos artigos 478 a 480 os pressupostos necessários para a aplicação da revisão contratual em juízo, atribuindo ao devedor a faculdade de pedir a resolução do contrato, bem como a hipótese de modificação de cláusulas com o objetivo de sanar o desequilíbrio de prestações entre as partes⁹⁰. Percebe-se que o Código deu ênfase à busca pelo equilíbrio e justiça substancial na relação contratual, quando se faz a análise em conjunto com estabelecimento da função social do contrato e a cláusula geral de boa-fé.

Ademais, com objetivo de garantir a execução do contrato e a permanência da situação contratual real do momento de sua celebração, estabelece o Art. 317 do Código Civil que: *“Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da*

⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006..p. 461.

⁸⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.28.

⁸⁹ SIDOU, J. M. Othon. *Revisão Judicial Dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.31.

⁹⁰ Código Civil, Art. 458 e ss.

parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” Trata-se de uma evolução significativa ao compararmos os dispositivos ao Código Civil de 1916, que pouco fez menção à matéria, em razão do cenário econômico e social da época, conforme menciona Wald:

O Código fora feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era ainda o mundo dos fisiocratas, do laissez-faire, para o qual Clóvis fez o seu projeto.⁹¹

A teoria da imprevisão ganhou força com o advento do Código Civil de 2002, como mecanismo imprescindível para a readequação de contratos, diante de substancial alteração da situação das partes, ensejando o empobrecimento de uma parte e o enriquecimento da outra. Dentro desta perspectiva, caracteriza-se o contrato como algo que se encontra dentro de uma realidade sujeita às incertezas futuras inevitáveis⁹².

É necessário atentar-se às discussões relacionadas ao Projeto de Lei do Novo Código Comercial (PL 1572/2011) que limita a possibilidade de o empresário utilizar-se da teoria da imprevisão nos contratos empresariais, quando demonstrado que os fatos imprevisíveis decorreram de decisão equivocada ou simplesmente a alegação de onerosidade excessiva, conforme dispositivos transcritos abaixo:

Art. 272. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, em razão da superveniência de fatos imprevisíveis, quando demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa.

Art. 273. Não é suficiente para a revisão judicial de qualquer obrigação contraída por empresário a onerosidade excessiva de seu cumprimento ou a vantagem excepcional da outra parte.

⁹¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.306-307.

Ainda, Segundo Wald: “O art. 1509, parágrafo único, do Código de 1916 limitava a responsabilidade aos danos previsíveis que só admitia, em tese, a responsabilidade baseada na culpa. O art. 1.119 permitia a redução do aluguel ou a rescisão do contrato de locação caso a coisa deixasse de servir para o fim a que se destinava. Tal fato poderia ocorrer em virtude de fato previsível ou não. Enfim, o art. 1.250 permitia excepcionalmente rescisão do comodato antes do prazo estabelecido, havendo por parte do comodante necessidade imprevista e urgente reconhecida pelo juiz”

⁹² WALD, Arnoldo. *ob. cit.* p. 310.

Ocorre que, com a crise econômica global da década de 1930 que impactou inclusive os negócios celebrados no Brasil, a teoria da imprevisão ganhou força. O primeiro diploma a fazer referência à cláusula *rebus sic standibus* foi o Decreto 19.573 de Sete de Janeiro de 1931, que permitiu a rescisão ou revisão do contrato de locação celebrado por funcionário público ou militar em caso de modificação de sua remuneração em razão da Revolução de 1930 ⁹², o mesmo ocorreu com a Lei de Luvas (Decreto n 24.150 de 20 de Abril de 1934).

Art. 274. O empresário que contraiu obrigação de entregar produto ou mercadoria não pode pedir em juízo a substituição da prestação por pagamento em pecúnia, se tiver ocorrido variação na cotação do preço.

Nesse sentido, cumpre observar que os dispositivos mencionados poderão ter alta aplicabilidade nas relações de *outsourcing* estabelecidas de acordo com as leis brasileiras, sendo vistas como resultado de aspectos éticos relacionados aos contratos de longa duração e a utilização do instituto da revisão contratual de forma inadequada.

No contexto do *outsourcing*, as partes acertam mecanismos e “gatilhos”, com o objetivo de promover a renegociação do contrato, observando-se acontecimentos extraordinários e imprevisíveis ou até acertos de mudanças necessárias em razão de acontecimentos previsíveis. São as conhecidas “Cláusulas de *Hardship*”, típicas em contratos internacionais, mas que são utilizadas em relações contratuais complexas como o *outsourcing*.

Tendo em vista a complexidade dos contratos celebrados, principalmente por grandes empresas, é comum que mecanismos de solução de conflitos sejam acionados pelas partes no decorrer da vigência do contrato, bem como a inclusão de cláusulas que obriguem as partes a renegociarem cláusulas sempre que ocorrerem determinados acontecimentos, externos ou não, ao cotidiano das partes, que acarretem onerosidade excessiva para uma das partes. São as chamadas cláusulas de *hardship* que estabelecem a obrigação entre as partes de renegociarem de boa-fé termos e condições de um contrato em um contexto de desequilíbrio entre as partes.

A cláusula possui origem nos contratos internacionais que, por sua natureza, estão sujeitos às modificações de ordem econômica. O vocábulo em inglês *hardship* significa uma mudança nos fatores econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causem sérias consequências econômicas adversas a uma parte de um contrato, acarretando uma dificuldade maior para o desempenho de suas obrigações contratuais⁹³.

O documento *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, publicado pela UNCITRAL em 1987, defende que a inclusão da cláusula de *hardship* deve ser considerada com o objetivo de proporcionar vantagens, caso uma mudança nas circunstâncias resultar em onerosidade excessiva a uma

⁹³ United Nations Commission on International Trade Law. *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Nova Iorque, 1988.p. 242 . Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/construction/Legal_Guide_e.pdf>. Acesso em 15 Maio 2012.

parte, vez que a renegociação do contrato pode prevenir que obrigações sejam descumpridas no futuro, dado o desequilíbrio da relação contratual. Embora não exista nada que impeça as partes de renegociarem termos e condições com a ausência da cláusula, a condição de obrigação de renegociação, quando constatado o desequilíbrio, facilita o modo como tais tratativas devem ser conduzidas, buscando a equivalência das prestações, estabelecendo direitos e obrigações durante o período de renegociação⁹⁴.

Não obstante as vantagens contratuais expostas pela UNCITRAL, o próprio conselho aponta desvantagens no uso da cláusula de *hardship*:

*A cláusula de hardship tem, no entanto, várias desvantagens que podem equilibrar as vantagens acima descritas. A possibilidade de renegociação do contrato torna-o até certo ponto instável, a definição de hardship tende a ser imprecisa e vaga, bem como a inclusão da cláusula pode induzir o entendimento de que o hardship é definido com objetivo de evitar o cumprimento das obrigações. Além disso, a parte que é caracterizada como comprador ou cliente pode ser prejudicada, vez que a outra parte, fornecedora, deverá ter, potencialmente, mais oportunidades para invocar a cláusula.*⁹⁵

Em princípio, a inclusão da cláusula de *hardship* afastaria a aplicabilidade da teoria da imprevisão, uma vez que as partes, de certa forma, preveem a ocorrência de determinados fatos que podem acarretar no desequilíbrio. No entanto, é plausível o entendimento de que a cláusula apenas muda de ordem de aplicação da referida teoria, considerando que o fato, em si causador da onerosidade excessiva, pode ser previsível, sendo suas consequências imprevisíveis, caso as partes não tomem atitude que evite inadimplemento futuro.

Convém assinalar que, no que se refere ao *outsourcing*, por se tratar de uma relação jurídica que envolve aspectos tecnológicos sujeitos a modificações no mercado até de origem estrangeira, como câmbio ou até mesmo atualizações tecnológicas ou metodológicas da prestação dos serviços, é aceitável esse tipo de “gatilho”. Ademais, a análise do tema torna-se ainda mais importante em contratos que possuem remuneração variável que dependem dos resultados obtidos pelo contratante do *outsourcing*.

⁹⁴ United Nations Commission on International Trade Law. *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Nova Iorque, 1988 243 p. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/construction/Legal_Guide_e.pdf>. Acesso em 15 Maio 2012.

⁹⁵ *Ibid.*

Ao considerar a limitação que deve ser imposta pelo Novo Código Comercial aliada à prática de inclusão de cláusulas de hardship, é possível identificar certa tendência na diminuição da insegurança jurídica nas relações de direito comercial, uma vez que a limitação do exercício da teoria da imprevisão, bem como a delimitação de gatilhos específicos para renegociação de condições visando o restabelecimento do equilíbrio contratual afasta o aspecto da imprevisibilidade das decisões judiciais, cabendo a responsabilidade para resolver eventuais disputas às próprias partes do contrato.⁹⁶

Assim, o Novo Código Comercial promoveria uma imprevisibilidade previsível, considerando que o empresário já atua com o risco associado à margem da impossibilidade de antever. O empresário acrescenta no preço de seus produtos o valor do risco associado às decisões judiciais imprevisíveis, sendo a ultrapassagem dessa margem, a caracterização da insegurança jurídica.⁹⁷

Por mais que se busque afastar a insegurança jurídica, os dispositivos do Projeto de Lei do Novo Código Comercial não representam limites adequados às possíveis interpretações do juiz sobre uma situação em que houve erro da parte quando às decisões tomadas ou a aplicação dos princípios de onerosidade excessiva ou vantagem da outra parte, não obstante os efeitos positivos dos Arts. 272 e 173 que afastariam a evocação equivocada do instituto por uma parte contratante de má-fé

Todavia, a restrição do exercício da teoria da revisão, ou de outras formas de renegociação de obrigações em contratos empresariais de longa duração, fere a função social interna do contrato, como sendo uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva, já que faria parte da função social à promoção da igualdade entre os contratantes.⁹⁸

No que tange ao tema em foco, ao partir de uma visão não aprofundada, caracteriza-se como obrigação principal do fornecedor o atendimento do SLA acordado e, do cliente, o pagamento dos valores devidos. Seriam consideradas obrigações acessórias a emissão de relatórios, realização de reuniões, atendimento de prazos em procedimentos de escala ou

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de Direito Comercial: Com Anotações ao Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.16 .

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *ob. cit.* p. 17 .

⁹⁸ ROSENVALD, Nelson. *A função social do contrato*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p.91.

negociação, a manutenção de registros contábeis precisos, disponibilização de acesso para realização de auditorias, a preservação de práticas sustentáveis etc.

O SLA é composto por indicadores pré-definidos levando em consideração um aspecto específico do contrato e seu fator de atingimento. Por exemplo, em um ITO, as partes acordam que, a cada mês, todo o ambiente de TI deve permanecer disponível (“online”) durante 98% do tempo. Caso, ao final do mês, seja identificado pelas partes que o indicador disponibilidade teve apenas 95%, caberá a aplicação de penalidade específica ou ressarcimento dos danos causados.

Outro exemplo do objeto estar relacionado ao atendimento a clientes por centrais telefônicas, quando da abertura de um chamado, dependendo de sua criticidade, o fornecedor possui o prazo de três horas para solucionar o problema e realizar o atendimento. Nesse caso, o indicador é observado para cada ocorrência e não o período compreendido no mês.

Tendo em vista o objetivo de preservação do bom relacionamento jurídico, é comum a inclusão de faixas de tolerância para os indicadores. Dessa forma, observado o primeiro exemplo, suponhamos que haja uma faixa de 1%, então, a aplicação de eventual penalidade poderia não ocorrer, caso o percentual do indicador de disponibilidade atingisse 97% no mês respectivo.

Ademais, visando a estimular o atingimento do SLA, é aplicável o estabelecimento de benefícios, em caso de superação do SLA para determinado indicador (“Níveis de Incentivo de SLA”). Levando-se em consideração o segundo exemplo, na hipótese do atendimento, ou a solução do problema ocorrer em 30 minutos, o fornecedor poderia receber um bônus, podendo ser um pagamento variável adicional, ou o direito de compensar esse bônus com alguma penalidade ocorrida. É aceitável, também, o estabelecimento de faixa de tolerância para o cálculo do Nível de Incentivo de SLA.

Aplicam-se as excludentes de responsabilidade, no que se refere à culpa pelo não atendimento de SLAs, como exclusiva do contratante ou de terceiros, eventos de caso fortuito ou força maior, inadimplemento de obrigações atribuídas ao contratante e necessárias para o cumprimento dos SLAs.

Ocorre que, com a análise da relação jurídica sob uma perspectiva relacional, a obrigação principal do *outsourcing* pode estar vinculada ao atingimento de resultados de negócio da parte contratante, para isso, as partes precisam cooperar entre si (“win-win

strategy”). Desse modo, é obrigação do fornecedor valer-se de todo esforço necessário para colaborar com o atingimento dos resultados financeiros de seu cliente.

No que concerne aos momentos de crise vivenciados pelas partes durante a vigência do contrato de *outsourcing*, é possível constatar, além dos gatilhos contratuais já mencionados utilizados para o restabelecimento do equilíbrio contratual entre as partes, o estabelecimento de procedimentos de escalada hierárquica, desde posições gerenciais até presidenciais dentro das empresas, para a solução de conflitos, podendo ser os mais complexos até os dissabores do cotidiano que não geram qualquer consequência sob o ponto de vista da responsabilidade civil.

Isto posto, é importante considerar as constatações de Ronaldo Porto Macedo Jr. sobre a interpretação dos contratos sob uma perspectiva contemporânea:

*(...) analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissoluvelmente ligado à sociedade na qual ele existe. As razões para tal afirmação são bastante triviais à medida de que não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora do contexto de uma dada matriz social que lhe dá significado e lhe define as regras. (...) não existe contrato fora de uma ordem de mercado e esta sem uma sociedade que lhe dê suporte.*⁹⁹

A fase final do *outsourcing* é representada pelos últimos meses da prestação do serviço, considerando acordos de longa duração, quando da sua rescisão, resolução ou término em razão do prazo. No que tange à complexidade das atividades desempenhadas, é comum que o fornecedor exerça determinadas tarefas com o objetivo de que o objeto do serviço seja prestado pela própria empresa cliente ou para outro fornecedor, sendo escopo da já mencionada Transição Reversa.

Durante esse período final (*insourcing*), ocorre a desmobilização de bens e a realocação de profissionais. Nesse contexto, verifica-se a comum realização de propostas de trabalho para que empregados da empresa fornecedora tornem-se empregados da antiga empresa cliente, além da aquisição de equipamentos para a continuidade das atividades. Quando da rescisão do contrato, as partes dispõem sobre o pagamento de valores referentes aos investimentos realizados e não recuperados.

⁹⁹ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.125.

3.2 Classificação do contrato de *outsourcing*

Considerando ainda o tema da interpretação das obrigações avençadas por meio da celebração de um contrato, a adoção de tipos contratuais torna-se importante, quando se busca identificar o regime geral, incluindo normas aplicáveis, usos e costumes, com o objetivo e viabilizar a análise apropriada do contexto vivenciado pelas partes. Dessa maneira, a qualificação do contrato poderia ser promovida pela identificação de seus elementos principais próprios da tipicidade procurada.¹⁰⁰

Ocorre que, diversamente do que seja possível sob o ponto de vista de sistemas codificados, verifica-se cada vez mais o exercício da criatividade pelos sujeitos contratantes que se utilizam da premissa do consensualismo para estabelecer obrigações que podem não estar vinculadas a um regime jurídico específico. Consequentemente, são criadas novas formas de contratos partindo da combinação de contratos típicos.¹⁰¹

Importante lembrar que, segundo ensina Orlando Gomes: “*A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados.*”¹⁰²

Arnoldo Wald assinala que a tendência hodierna é de permitir a criação de contratos atípicos que somente se regulam pelos princípios gerais dos contratos, bem como normas aplicáveis a algum contrato típico por analogia. Tal propensão encontra-se consagrada no art. 425 do Código Civil. Cabe acrescentar a existência de contratos mistos, “*criados pelas partes com a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados*”, diferenciando-se dos atípicos, pois utiliza o regime aplicável aos contratos típicos, adicionando uma fusão de diversos elementos em um só contrato.¹⁰³

¹⁰⁰ FERNANDES, W; RODRIGUEZ, C.F. *Aspectos Contratuais da “Aliança” Em Empreendimentos de Infraestrutura*. In: W. Fernandes (coord). *Contratos de Organização Da Atividade Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.162.

¹⁰¹ FERNANDES, W; RODRIGUEZ, C.F. *ob. cit.* p.163-164.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.p. 81.

¹⁰³ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.259.

É possível classificar o contrato de *outsourcing*, a partir de um modelo simples de obrigações, como sendo um contrato de prestação de serviço nos termos dos art. 593 e ss. do Código Civil. Aplica-se aqui a premissa de que a obrigação principal do fornecedor é a prestação de serviços de terceirização por meio do atendimento de SLAs, cabendo ao cliente a realização do pagamento por tais serviços.

No entanto, a contratação mencionada vem se tornando cada vez mais complexa, influenciada pelos fatores econômicos contemporâneos e a própria criatividade das partes na busca de melhores condições e formas de promover sua diferenciação perante o mercado. Nessa linha, aduz Ricardo Luiz Lorenzetti sobre a dinâmica dos modelos contratuais:

Actualmente han surgido nuevas modalidades de contratación, para cuya designación se utilizan las expresiones contratos "modernos" o "posmodernos". Ambos términos pertenecen a la sociología y a la filosofía, y son sumamente ambiguos y polisémicos, ya que existen cientos de definiciones tanto sobre lo moderno como lo posmoderno. Por la razón apuntada, prescindiremos de esa terminología para referirnos al impacto del fenómeno sobre la técnica jurídica, y en especial, sobre la tipicidad (...) Han proliferado los vínculos atípicos y la tipicidad social. Surgieron combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar que la excepción se ha convertido en regla.¹⁰⁴

No concernente à complexidade atribuída ao contrato, em razão da descaracterização do atingimento de SLA como obrigação principal, atribuindo-se maior valor à presença dos elementos de cooperação, solidariedade e função social do contrato, depreende-se a busca pela colaboração desses contratos.

Conforme observado por Paula Forgioni, a partir da segunda metade do século XIX, a atividade empresarial está cada vez mais relacionada à colaboração com outras. O relacionamento jurídico colaborativo não se realiza por meio da celebração de contratos de sociedade ou de intercâmbio, mas por formas híbridas que proporcionam a parceria entre os

¹⁰⁴ “Atualmente, estão surgindo novas modalidades de contratação, de cuja designação utilizam-se os termos ‘contratos modernos’ ou ‘pós-modernos’. Ambos vocábulos pertencem à sociologia e à filosofia, sendo ambos ambíguos e polissêmicos. , uma vez que existem centenas de definições para moderno e pós-moderno. Por esta razão, dispensaremos essa terminologia ao referirmos ao impacto desse fenômeno sobre a técnica jurídica, em especial, sobre a tipicidade (dos contratos). (...) Proliferam-se os vínculos atípicos e a tipicidade social . Surgiram combinações de elementos de tipos legais distintos, novas formas de contratos, considerando aqueles que cumprem várias funções, ao ponto de que se poderia pensar que a exceção tornou-se a regra”(tradução nossa) .LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos, Tomo I*. Buenos Aires:Rubinzal.p. 17.

sujeitos.¹⁰⁵ Nesse sentido, “os contratos de colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos)”¹⁰⁶.

Em razão de sua característica colaborativa, o *outsourcing* poderia ser classificado na tipicidade de contrato de colaboração empresarial dada pelo Projeto do Novo Código Comercial, em que o “colaborador assume a obrigação de criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto fabricado ou comercializado pelo outro empresário.”¹⁰⁷

Ocorre que, essa classificação somente seria possível nas situações em que o *outsourcing* deixa de ter o SLA como sua obrigação principal, cabendo ao fornecedor (ou colaborador) a responsabilidade de envidar seus melhores esforços para que seu cliente atinja seus resultados econômicos. Suponha-se, por exemplo, que um fornecedor torna-se o responsável pela gestão integral dos assuntos relacionados à TI de seu cliente, principalmente no que se refere às vendas de produtos e serviços pela internet. De acordo com a definição dada pelo Projeto do Novo Código Comercial, estará sob a responsabilidade do fornecedor a promoção da ampliação do mercado em que seu cliente atua.¹⁰⁸

Não obstante a possibilidade da referida classificação, criticamos a vedação estabelecida pelo art. 353 do Projeto do ressarcimento dos investimentos feitos pelo colaborador quando da rescisão do contrato sem culpa do cliente. Neste sentido, entendemos que a questão do ressarcimento de tais investimentos deve ser analisada observado o caso concreto em razão de flutuações do mercado que poderiam servir de gatilho para renegociação dos termos contratados e eventual distrato do acordo.

¹⁰⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral Dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 174.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *ob.cit.* p. 174.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de Direito Comercial: Com Anotações ao Projeto de Código Comercial*, São Paulo. Saraiva: 2012. p.173.

¹⁰⁸ “Art. 349. Nos contratos de colaboração empresarial, um empresário (colaborador) assume a obrigação de criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto fabricado ou comercializado pelo outro empresário (fornecedor).

Art. 350 O colaborador organizará sua empresa de acordo com as instruções do fornecedor, nos termos do contrato.

Art. 351 Os contratos de colaboração empresarial podem ser:

I – por intermediação, quando o colaborador adquire o produto do fornecedor para revendê-lo a terceiros, visando auferir lucro com a revenda; ou

II – por aproximação, quando o colaborador é remunerado pelo fornecedor em razão do movimento que gera.

Art. 352 O contrato de colaboração empresarial pode ter por objeto a criação, consolidação ou ampliação do mercado de serviços.”

“Art. 353. Salvo disposição em contrário neste Código, na rescisão do contrato sem culpa do fornecedor, o colaborador não tem direito a nenhum ressarcimento pelos investimentos feitos com vistas ao cumprimento de suas obrigações contratuais”.

3.2.1 O outsourcing analisado sob a perspectiva da teoria relacional

Consideradas as características jurídicas, metodológicas e comerciais inerentes ao *outsourcing*, entendemos ser possível interpretá-lo no âmbito da doutrina dedicada aos Contratos Relacionais ou Contínuos. Para tanto, serão objeto de reflexão as abordagens referentes ao que seria uma forma moderna de contratação, cujo objeto principal funda-se na relação de confiança e cooperação entre as partes e envolvimento da relação jurídica em redes contratuais.

Sob uma concepção ideal, as atividades de produção de bens e serviços deveriam ter por fim a promoção do enriquecimento humano, por meio do aumento das competências dos indivíduos e grupos, favorecimento da sociabilidade e reconhecimento recíproco etc. Tais finalidades deixariam de ser apenas um imperativo moral, transformando-se em um objetivo econômico, valorizando, por conseguinte, a subjetividade de indivíduos e empresas. “A contínua transformação das técnicas, dos mercados e do meio econômico leva os coletivos a abandonar seus modos de organização rígidos e hierarquizados, a desenvolver a capacidade de iniciativa e de cooperação ativa de seus membros.”¹⁰⁹

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, os contratos relacionais são aqueles que se desenvolvem sob uma relação complexa, geralmente em longa duração, cujos direitos e deveres das partes alteram-se durante sua vigência, além da não consideração de elementos não-promissórios. Nesse sentido, a referida contratação diferencia-se do chamado contrato descontínuo, cujo objeto é a busca da pretensão da antecipação completa do futuro no presente, sendo o acordo de vontades realizado levando-se em consideração elementos promissórios como único núcleo de fonte obrigacional.¹¹⁰

Nessa linha, o autor ainda esclarece:

Os contratos relacionais ao contrário dos descontínuos, envolvem relações com a pessoa integral, relações profundas e extensas de

¹⁰⁹ LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2011. p.43-44.

¹¹⁰ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.5.

*comunicação através de uma variedade de modos e elementos significativos de satisfação pessoal não econômica.*¹¹¹

Esse modelo reflete as transformações ocorridas no conceito de contrato, principalmente no que tange ao exercício da função social do contrato. Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quando analisada a função interna do contrato, é necessário verificar se o contrato serve a ambas as partes, caso não seja, deve ser corrigido. Cabe acrescentar que, quando da análise do aspecto exterior do princípio da função social do contrato, a coletividade passa a ser considerada para dentro do contrato, mesmo não constando como polos da relação jurídica, uma vez que se constata o interesse social.¹¹²

Entende-se que os contratos relacionais fundam-se em dois grandes elementos, um externo e outro interno. Nesse sentido, haveria uma matriz social externa, podendo ser o direito de propriedade como a própria aplicação do princípio da função social do contrato, além de, internamente, haver o elemento da necessidade mútua das partes no andamento do contrato como elemento interno (*“ongoingness need of each other”*), com base nas motivações de solidariedade, reciprocidade e cooperação, criando moral interna e aplicável às partes. Assim, os elementos, interno e externo, estariam diretamente relacionados, uma vez que essa moral interna vincularia também terceiros, direta ou indiretamente relacionados às partes, por meio de outros contratos ou outras formas de relação.¹¹³

A boa-fé possui o papel relevante de encorajar a continuidade da relação contratual, já que estariam presentes a reciprocidade e confiança, função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social.¹¹⁴

Merece destaque a comparação entre o contrato relacional e o contrato descontínuo, no que se refere à especificidade de seu objeto. O contrato descontínuo seria objetivamente “monetizável” comparado ao relacional que não possui esse objetivo direto, uma vez que os

¹¹¹ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.32

¹¹² *Ibid.* p. 33-34.

¹¹³ *Ibid.* p.170.

¹¹⁴ Cabe acrescentar: “há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade, as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança (trust), sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sócias, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não-promissórios (não-contratuais). Assim, a boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade.” MACEDO JR, Ronaldo Porto, *ob. cit.* p. 185.

benefícios auferidos pelas partes são verificados durante sua execução, buscando-se desenvolvimento e cooperação mútua nesses contratos.¹¹⁵

No que toca ao planejamento da forma de cumprimento das obrigações, os contratos descontínuos preocupam-se essencialmente com o preço, o objeto e forma de pagamento, ao passo que os contratos relacionais objetivam os aspectos futuros e formas de flexibilização e/ou mudanças das obrigações originalmente acordadas entre as partes. Nesse sentido, Ronaldo Porto Macedo Jr:

*O planejamento vai assumindo caráter menos substantivo e mais processual ou constitucional, à medida que passa a regular a forma pela qual a revisão e reformulação do planejamento vai se operar. Neste caso, os termos contratuais passam a definir menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento serão definidas. O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma mini constituição ou estatuto de uma sociedade ou clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento. Aproxima-se da ideia de acordo*¹¹⁶

Haveria ainda, como principal motivador da celebração de contratos relacionais, o estabelecimento da relação de confiança, uma vez consideradas a presença dos princípios de solidariedade e cooperação com o objetivo de promover a divisão e o compartilhamento de ônus e bônus. Além disso, o estabelecimento de relações primárias, planejamento e poder fazem com que as partes omitam suas motivações econômicas que as levaram a firmar o acordo, com vistas à confiança.¹¹⁷

Com relação às expectativas, os contratos descontínuos não visariam ao estabelecimento de uma relação de confiança, mas se pautariam no reconhecimento da troca e manifestação de sua vontade econômica, já que, em sua ausência, não faria sentido a celebração do acordo.¹¹⁸

No que tange aos meros “dissabores do cotidiano” e reais problemas e disputas que podem ocorrer em qualquer acordo, os contratos descontínuos não seriam elaborados com o

¹¹⁵ “Contratos desta natureza são frequentemente firmados não para reduzir os custos de produção e aumentar a taxa de lucros das empresas, mas sim para aumentar-lhes o poder perante o mercado de modo a garantir-lhes uma posição de domínio sobre o mesmo”. MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.130.

¹¹⁶ *Ibid.* p.133.

¹¹⁷ *Ibid.* p.133 .

¹¹⁸ *Ibid.* p.133 .

objetivo de prever o acontecimento desses fatos.¹¹⁹ No entanto, os problemas são realmente esperados no contrato relacional como um aspecto normal, objetivando na elaboração e métodos para replanejamento de obrigações, bem como a resolução de conflitos emergentes. “Neste sentido, é possível afirmar que a expectativa dos agentes terá que se adaptar à nova realidade da situação contratual, considerando-a normal, previsível e inevitável.”¹²⁰

Quando analisamos o *outsourcing* à luz dos contratos relacionais, verifica-se que ocorre o estabelecimento de uma relação de confiança e dependência, principalmente em modelos contratuais cuja forma de remuneração do fornecedor é variável e está diretamente relacionada aos ganhos e benefícios auferidos por seu cliente que possuam qualquer relação com o contrato. Assim, quanto maior a eficiência dos serviços prestados, maior a remuneração do fornecedor.¹²¹

Entretanto, mesmo em contratos de *outsourcing* que possuem remuneração fixa, é possível identificar elementos inerentes aos contratos relacionais tais como a execução por longa duração, as formas de administração e governança das obrigações avençadas no que tange ao planejamento profundo esperado, bem como estabelecimento de procedimentos flexíveis para solução de conflitos internos.

A relação de confiança e cooperação no *outsourcing* é fundamental, em razão do objetivo mútuo de atingimento e superação de SLAs acordados e criação de certa intimidade, já que é esperado que o fornecedor tome conhecimento de rotinas e procedimentos internos de seu cliente que estejam diretamente relacionados à forma de realizar negócios, gerenciamento de ativos e recursos humanos. O *outsourcing* aproximar-se-ia de um modelo de parceria.

No que diz respeito às relações primárias e número de agentes envolvidos, quando se transfere a responsabilidade pela gestão de áreas departamentais como um todo, ocorre impacto direto em terceiros envolvidos por meio de contratos que estejam relacionados com a

¹¹⁹ Cf.: “A expectativa que se tem sobre eles é a de que sejam cumpridos ou, caso não o sejam, que tenham os efeitos do descumprimento completamente previstos pelo próprio contrato e pelo direito contratual que lhe serve de referência MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.133 .

¹²⁰ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *ob. cit.* p.133 .

¹²¹ Cf. “Construir y mantener la colaboración empresarial entre consumidores y proveedores de servicios, se dice es esencial en esta práctica del negocio. El reciente estudio global de PriceWaterhouseCoopers (PWC) nos muestra que es vital para las empresas adoptar un nuevo modelo de outsourcing que incluye la colaboración entre empresarios , para enfrentar los retos del futuro.” MORENO, Daniel Echaiz. *El Contrato De Outsourcing*. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. 765 p. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/122/art/art6.pdf>> Acesso em 15 Dec. 2013.

cadeia produtiva, de distribuição ou até mesmo pequenos fornecimentos de itens necessários ao cotidiano de qualquer empresa.

Sendo o *outsourcing* prática comercial complexa desenvolvida sob escopo e situação próprios da economia moderna, caracterizada pela necessidade de existirem relacionamentos econômicos de longa duração, visando ao aumento da eficácia de execução e rotinas internas e, quando aplicável, a aceleração da produção que devem ser regidos por acordos com cláusulas abertas.¹²²

Nessa linha, o *outsourcing* pode ser classificado também como um contrato de colaboração, uma vez que, pelos mesmos motivos já apresentados no que diz respeito à classificação, no âmbito dos contratos relacionais, seria um contrato híbrido que estaria entre os contratos de intercâmbio e os de sociedade.¹²³

Segundo Paula Forgioni, os contratos colaborativos tendem a se estender no tempo, uma vez que a relação não se destinaria ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio, buscando-se, também, disciplinar questões futuras. Além disso, a relação é caracterizada pela dependência recíproca em razão de investimentos específicos e relevantes feitos por ambas as partes para a realização do contrato.¹²⁴

Como resultado da relação de confiança existente entre as partes, o modelo contratual adotado, podendo partir de uma abordagem e contrato relacional ou colaborativo, é possível que sejam criadas *joint ventures* ou sociedades com fim específico para a execução da transferência das atividades, com o objetivo de garantir o engajamento de ambas as partes no que se refere ao adimplemento das prestações, bem como investimentos realizados.

3.2.2 A prática do outsourcing e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Entendemos necessária a reflexão sobre a eventual aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais que possuem como objetivo a realização do *outsourcing*.

¹²² Cf: Antonio Junqueira defende que as características próprias dos contratos relacionais estão relacionados com sua necessidade no âmbito da economia moderna. AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio*. In Revista dos Tribunais, volume 832. São Paulo: RT, 2005. p.132.

¹²³ Paula Forgioni também entende que os contratos de colaboração apresentam semelhança aos contratos relacionais “Os contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio.” FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral Dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p.175.

¹²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *ob. cit.* p.177-179.

Nessa linha, cumpre observar a interpretação do conceito de consumidor e sua implicação no que se refere à proteção da coletividade envolvida indiretamente na celebração do acordo.¹²⁵

A interpretação do conceito de consumidor, em qualquer relação jurídica, deve atentar-se à ótica constitucional para uma relação entre diferentes, visando à proteção dos diferentes.

*Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto, é este o seu ‘ganha-pão’, sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro da relação, o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc.*¹²⁶

Segundo o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Nesse sentido, merece tratamento para a devida aplicação do código, o que podemos depreender sobre a definição de destinatário final para caracterização das correntes doutrinárias finalista e maximalista da matéria em questão.

De acordo com a teoria finalista, destinatário final seria o “destinatário fático e econômico” do bem ou serviço, seja pela pessoa física ou jurídica. Assim, não bastaria para tanto, realizar a retirada do objeto da relação jurídica da cadeia de produção, levando-o para sua residência ou escritório, o consumidor deve ser identificado como “destinatário final econômico do bem”. Não cabe aqui a situação em que o bem é adquirido para revenda ou uso profissional, caracterizando um consumo intermediário.¹²⁷

Em contrapartida, os maximalistas observam as normas de proteção do consumidor como um regulamento do mercado de consumo como um todo, aplicando-se uma interpretação extensiva do art. 2º do CDC. Nessa linha, não importa diferenciar o agente

¹²⁵ Nessa Linha, Claudia Lima Marques assinala : “No caso do CDC este é o exercício, de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo de aplicação desta lei, isto é, a que relações ela se aplica.” BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013. p.89 .

¹²⁶ BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 91.

¹²⁷ BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *ob.cit* p.93 – 94.

adquirente do bem como pessoa física ou jurídica, uma vez que o destinatário final seria aquele que o retira do mercado e o utiliza e consome.¹²⁸

Nesse sentido, Newton De Lucca, observa que o código optou pelo afastamento da proteção sob a perspectiva consumerista do chamado consumo intermédio, ou seja, aquele utilizado pelas empresas dos bens e serviços necessários para o processo produtivo.¹²⁹ O autor acrescenta:

A expressão destinatário final, constante do final do caput do art. 2º - provavelmente inspirada na legislação consumerista espanhola - traz como consequência imediata a conclusão de que a pessoa física será sempre considerada consumidora quando adquirir produtos ou serviços para satisfação das suas necessidades pessoais e as de sua família. No que se refere à pessoa jurídica, contudo, a questão assume feições bem mais complexas. É que a pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, precisa adquirir bens ou serviços a latere de sua atividade empresarial, circunstância fundamental para que ela seja considerada destinatária final e não simplesmente intermédia.¹³⁰

Tem-se constatado a utilização de uma visão aprofundada da teoria finalista, em razão da perda de força da visão maximalista com o advento do Código Civil de 2002, bem como o foco proporcionado ao aspecto da vulnerabilidade elencado no art. 4º, I do CDC. Entende-se por vulnerabilidade uma situação em que uma das partes sinte-se enfraquecida com necessidade de proteção, desequilibrando a relação jurídica.¹³¹ Claudia Lima Marques ainda esclarece:

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente nas áreas dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e objetivo, expressamente a

¹²⁸ BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013 p.95.

¹²⁹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. 2ª ed. São Paulo: Quartir Latin, 2008. p.125 .

¹³⁰ DE LUCCA, Newton. *ob. cit.* p.125.

¹³¹ Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *ob.cit.* p.97-98 .

*equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o da vulnerabilidade.*¹³²

A vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica, fática e informacional. Ocorre que, em um relacionamento jurídico entre empresários, a dependência de uma das partes frente à outra pode caracterizar uma vulnerabilidade capaz de caracterizar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC).¹³³

Cumpra observar a possibilidade de adoção de um enfoque doutrinário sob dois perfis, sendo subjetivo ou objetivo da concepção de consumidor. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

*De um lado a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição do elo final da cadeia de distribuição e riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativo (...). De outro lado, há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não profissional em relação com o fornecedor profissional.*¹³⁴

Em razão à amplitude adotada pelo art. 3º do CDC, quanto à definição de fornecedor, procura-se identificar se a atividade é realizada de maneira profissional e como o agente provedor de bens e serviços é remunerado.¹³⁵ Além disso, a conceituação de fornecedor e consumidor possui natureza relacional sob a ótica do sistema jurídico brasileiro, apesar do código não explicitar na relação de consumo a obrigatoriedade de existirem os dois polos assim caracterizados. Neste sentido, o caráter relacional é devido em razão da interpretação

¹³² BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 97.

¹³³ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *ob. cit.* p.99.
RESP 1195642/RJ

Cabe lembrar que o Projeto de Lei para o Novo Código Comercial trata como princípio de direito contratual empresarial a proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas (art. 303, III). Nesse sentido, a discussão sobre vulnerabilidade como elemento caracterizar para aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor perderia o sentido, uma vez que o código comercial busca tratar a matéria.

¹³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa*. 8ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2008. p.182-183.

¹³⁵ Art. 3º “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

sistemática, considerando os diferentes regimes jurídicos de matérias das obrigações privadas.¹³⁶

Ocorre que, tem-se adotado a definição de “fornecedor equiparado” quando analisadas as cadeias de fornecimento e os agentes que possam ser identificados na acepção utilizada no referido dispositivo.¹³⁷

Além disso, o parágrafo único do art. 7º estabelece possibilidade da solidariedade entre os agentes fornecedores que compõe a cadeia¹³⁸. Neste sentido, o fornecedor equiparado seria aquele que não figura como fornecedor no contrato principal de consumo, mas como intermediário ou terceiro que tenha o poder de influenciar essa relação.¹³⁹

Estabelecido isto, considera-se, em geral, que os contratos celebrados entre empresários são sujeitos ao tratamento sob a perspectiva do Direito Civil e Comercial. No que tange à aplicação do Direito do Consumidor, verificamos as hipóteses de caracterização de uma das partes como destinatário final ou, se há situação de vulnerabilidade análoga à dos consumidores.¹⁴⁰

Sob a perspectiva da temática deste estudo e a acepção de *outsourcing* utilizada, é importante discorrer sobre os aspectos caracterizadores da relação de consumo no que se refere à sua presença na forma de contratação em foco.

Primeiramente, no que se refere à eventual caracterização da empresa cliente dos serviços como consumidor, considera-se, a acepção de destinatário final adotada pelo código e pela doutrina mencionada. Nesse sentido, é necessário questionar quais seriam os reais

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.180-181 .

¹³⁷ BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013. p.117 .

¹³⁸ Art. 7º “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

¹³⁹ BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *ob. cit.* p.119 .

Cláudia Lima Marques menciona Leonardo Bessa como autor da teoria do fornecedor equiparado, sendo “aquele terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguros de vida em grupo etc)” BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *ob. cit.* p.118 .

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *ob.cit.*. p.181.

objetivos de uma empresa ao optar por realizar o *outsourcing* de parte de suas operações, ou seja, seus elementos motivadores.

Verificamos que, independente do objeto da referida contratação, apesar dos aspectos caracterizadores de suas diversas classificações, busca-se, em um primeiro momento sob uma perspectiva mais simples, a diminuição da preocupação corporativa com relação à execução de tarefas que não representam caráter de diferenciação ou de agregação de valor significativo à atividade-fim desempenhada pela empresa no mercado em que atua, conforme já aduzido neste estudo.

Contudo, o *outsourcing*, quando praticado sob um modelo relacional, a empresa cliente busca sim o aprimoramento da eficiência na execução de procedimentos internos no que se refere às implicações diretas nos resultados financeiros de sua atividade-fim. Busca-se a cooperação, confiança e solidariedade com o fornecedor dos serviços, principalmente com o objetivo de adquirir grau elevado de participação no mercado quando comparados aos resultados de seus concorrentes e como estes relacionam-se com seus fornecedores.

Em ambas as situações, o *outsourcing* é visto apenas como uma das etapas da cadeia de fornecimento de bens e serviços disponibilizados ao mercado amplo de consumidores. A empresa cliente almeja a melhoria de seus processos e a redução de custos a eles atrelados de forma contínua, agregando valor aos outros processos internos que se encontram relacionados. Não se caracteriza, portanto, a figura do destinatário final de tais serviços.

Com relação à eventual vulnerabilidade que possa ser alegada, em razão da esperada alta especialização do fornecedor sobre a prestação dos serviços de maneira profissional, é necessário atentar-se o quanto o relacionamento jurídico encontra-se caracterizado pela situação de desequilíbrio entre as partes dado o conhecimento técnico da atividade prestada, a hipossuficiência econômica, e o grau de dependência entre fornecedor e cliente.

A hipótese de desequilíbrio entre as partes em um contrato de *outsourcing* deve ser tratada sob a perspectiva do direito civil, conforme já mencionado neste estudo, uma vez que não se discute a capacidade da empresa cliente quando sua decisão em firmar o contrato já esteja tomada. A relação é puramente desenvolvida entre empresários e iguais e possui como objetivos as atividades já desempenhadas pela empresa cliente.

Nessa linha, quanto ao conhecimento técnico das tarefas executadas pelo fornecedor deve ser semelhante ao conhecimento atribuído à empresa cliente, já que a prestação

encontrava-se sob sua responsabilidade antes da entrada em vigor do contrato. Além disso, cabe à empresa cliente realizar a transferência de conhecimento sobre os procedimentos a serem realizados, bem como manifestar de maneira clara seus objetivos sobre o adimplemento das obrigações do fornecedor. Por conseguinte, não seria compatível com a prática comercial em questão, a alegação da vulnerabilidade por esses motivos, uma vez que a empresa cliente detém o conhecimento sobre o conteúdo e expectativas das atividades prestadas pelo fornecedor, sendo-lhe atribuída a incumbência de torná-las mais eficientes e menos onerosas em razão da especialidade referente à maneira como as atividades são providas.

No que concerne à dependência, admite-se certo questionamento quanto sua forma mais simples, principalmente quando da busca demasiada de simplificação da operação, a ponto de a empresa cliente acreditar que um número extremamente reduzido de fornecedores possa realmente reduzir a preocupação com relação às diversas atividades corporativas não consideradas tão importantes no que tange à atividade-fim. Esse tipo de situação pode facilitar o comportamento oportunista do fornecedor quando a relação de dependência é verificada neste diapasão.

Contudo, quando não constatada a má-fé do fornecedor na prestação dos serviços, mesmo quando caracterizada a não obtenção dos resultados esperados pelo *outsourcing* em razão da forte dependência entre as partes, deve-se levar em consideração eventual não bem sucedido planejamento da empresa e seus motivadores para a celebração do contrato. Nesse sentido, não deve a empresa fornecedora ser penalizada em razão desse aspecto.

Sob a ótica do modelo relacional, a dependência típica entre as partes possui caráter sadio e intencional em razão de sua mutualidade. Trata-se da já citada “*win-win strategy*”, em que a subordinação bilateral é motivada pela utilização e esforços necessários pelo fornecedor, independentemente da existência da obrigação de SLA, para que seu cliente aferisse maior lucratividade. Quanto melhores os resultados financeiros, maior será a remuneração devida ao fornecedor pelos serviços prestados. Portanto, o conceito de vulnerabilidade em razão da dependência econômica entre as partes adotada pela doutrina consumerista não encontra respaldo nessa forma de relacionamento.

3.2.3 Possíveis efeitos sob o ponto de vista do direito antitruste

A relação contratual entre agentes econômicos (concorrentes ou não) possibilita a conquista de certo poder econômico, permitindo que os partes contratantes desfrutem de posição de destaque e independência em relação a outros agentes, com influência no fluxo do mercado. Nesse sentido, é possível constatar a possibilidade de diminuição de oportunidades de negócios para outras empresas que não integram a união, dada particularidades do acordo e verificação de vantagens para as partes.¹⁴¹

Embora não seja o primeiro aspecto preocupante relacionado ao *outsourcing*, faz-se necessária elucidação da matéria no que tange à problemática estudada pelo direito antitruste. Tal esclarecimento é preciso em razão de eventuais abusos do poder econômico ocasionados pela celebração de contrato que tenha esse objetivo, sob a perspectiva dos acordos verticais.

O *outsourcing*, nesse contexto, pode ser enquadrado como parte integrante das chamadas redes de inovação. Assim, uma grande empresa de um setor pode se unir, a qualquer momento, com outro setor, com o objetivo de promover a circulação de conhecimento e aprimoramento de competências internas. “O *skill flow* condiciona o *cash flow*”.¹⁴²

Primeiramente, levamos em consideração o disposto na Lei no. 12.529 de 30 de Novembro de 2011 que institui o novo regime jurídico do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sobre infração da ordem econômica:

Art. 36.

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

¹⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013. p.331-332.

¹⁴² LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2011. p.20.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Os acordos celebrados entre empresas, sob a perspectiva do direito antitruste, podem ser definidos como acordos horizontais ou verticais. Os primeiros são firmados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante e protagonizam uma relação de concorrência. No que concerne aos chamados acordos verticais, *“lida-se com imaginária linha vertical que nos conduz através da extração da matéria-prima, das várias fases de produção e comercialização, até o comprador final do produto.”*¹⁴³

No que se refere aos acordos verticais, Paula Forgioni acrescenta que seus efeitos podem ser percebidos em três mercados relevantes (fornecimento da matéria-prima, produção e distribuição).¹⁴⁴ Nesse sentido, é possível realizar uma interpretação extensiva deste conceito, enquadrando a prática do *outsourcing*, principalmente no que se refere à atividade produtiva, como parte de um acordo vertical.

Embora o *outsourcing* não seja tratado diretamente no âmbito dos acordos verticais, é possível sua menção, dada a sua presença na cadeia produtiva. Nessa linha, Perraudin, Petit, Thèvenot, Tinel e Valentin:

*Les relations de sous-traitance influencent la répartition des tâches entre entreprises et par là, modifie ou non la structure des qualifications d'une entreprise à l'autre. Afin de préciser ce lien, il semble utile de considérer les enjeux du processus actuel de recours accru à la sous-traitance au regard des pratiques d'intégration/désintégration qui ont émaillé l'histoire des économies capitalistes avancées au cours du siècle passé.*¹⁴⁵

¹⁴³ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013. p.334.

¹⁴⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *ob. cit.* p.334.

¹⁴⁵ “As relações de outsourcing influenciam a repartição de tarefas entre empresas e, assim, podem modificar a estrutura de qualificações de empresa perante outras. Com o objetivo de esclarecer essa relação contratual, é necessário levar em consideração o aumento dos contratos de outsourcing de longa duração aliada à prática de integração/desintegração que marcaram a história das economias capitalistas ao longo do século passado” (tradução nossa) PERRAUDIN, C; PETIT, H; THÈVENOT, N; TINEL, B; VALENTIN, J. *Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques*. Centre d'études de l'emploi. Université Paris I. Paris: 2009. 12 – p. Disponível em <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/97/02/PDF/117-dependance_interentreprises_inegalites_emploi_hypotheses_theoriques_empirique.pdf>. Acesso em 15 Dec.2013.

O interesse pela redução dos custos de transação é um dos grandes responsáveis pela realização de acordos verticais, sendo apontado também como uma das vantagens alegadas pelas empresas, quando da realização do *outsourcing* como já tratado. Ocorre que tal prática pode ser caracterizada no âmbito das chamadas “colusões verticais” ou “restrições verticais” como ferramenta de abuso do poder econômico. Desse modo, constatar-se-ia a efetivação desses acordos como uma problemática sob a perspectiva jurídica, uma vez que essas práticas levariam à exclusão de empresas do mercado que sejam concorrentes de qualquer um dos agentes econômicos que compõem os polos do acordo vertical.¹⁴⁶

Aduz Calixto Salomão Filho sobre os acordos verticais:

*Trata-se de atribuir relevância às restrições verticais propriamente ditas por sua importância tanto para a concorrência entre produtos como para a concorrência entre distribuidores. Não tratar as restrições verticais como condutas tendentes à exclusão (do concorrente de quem pratica), mas sim como colusão (entre produtor e revendedor, ou entre revendedores imposta pelo produtor), significa dar mais valor concorrencial a esta esfera (vertical) de relacionamento econômico. Isto porque ínsita à ideia de exclusão está a preocupação exclusiva com os efeitos horizontais das condutas.*¹⁴⁷

Busca-se, nos acordos verticais, alternativa ao processo natural de concentração das empresas, uma vez que, em tais acordos, cada um dos agentes não perderia sua autonomia com relação ao exercício do poder.¹⁴⁸ Desse modo, ao considerar que o relacionamento é formalizado por meio de contratos, sem qualquer alteração da estrutura societária dos agentes com a intenção de atuarem em conjunto, não haveria como existir um controle externo da tomada interna de decisões com o objetivo de afastar a hipótese art. 36 da Lei 12.529/2011. Entende-se, portanto, que esse tipo de controle seria viável no que tange aos comportamentos adotados pelos sujeitos que integram o negócio jurídico.¹⁴⁹

¹⁴⁶ É importante lembrar que haveria uma preocupação muito maior no que tange aos acordos celebrados na linha horizontal, ou seja, entre concorrentes.

¹⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.p.291.

¹⁴⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013. p.354.

¹⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *ob.cit.*.p.18-19.

O autor ainda cita importante passagem de Fábio Konder Comparato sobre o fenômeno: “De uns anos para cá, com o desenvolvimento do fenômeno dito de terceirização, tem-se manifestado uma preferência marcante pela adoção do sistema reticular, em que a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária no capital, mas adota antes a forma de uma rede de contratos estáveis. A grande novidade, sob o aspecto jurídico, é a de que esses grupos societários conservam, não obstante o abandono da técnica de participação acionária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual. Ou seja, não se trata de um grupo de coordenação, como ocorre nos consórcios de empresas. Na rede grupal, a

Procura-se eliminar nos acordos verticais a “*oposição de interesses entre seus membros*”. Depreende-se, portanto, que a questão a ser analisada sob o ponto de vista concorrencial é a colusão e seus possíveis efeitos discriminatórios. Nesse sentido, “*qualquer tipo de acordo que cria um vínculo estável entre agentes do mercado pode ser danoso aos demais participantes do mercado, exatamente pela utilização estratégica que possibilita*”, aproximando-se, assim, da integração vertical como elemento de diferenciação, caracterizando-se como comportamento anticoncorrencial.¹⁵⁰

A prática do *outsourcing* inserida no contexto das integrações verticais pode representar intenção colusiva quando a vontade manifestada pelas partes é unicamente a discriminação de concorrentes da empresa que figura como beneficiária dos serviços. Além disso, a questão se agrava quando da inserção de cláusulas de exclusividade no acordo, limitando a contratação com terceiros por uma das partes da avença, caracterizando uma restrição vertical.¹⁵¹

As incertezas de uma relação jurídica podem dificultar o planejamento das atividades principalmente pelo adquirente dos serviços, promovendo, de certo modo, o incentivo à concentração vertical no interior de sua empresa de suas atividades complementares que se encontram sob responsabilidade de terceiros. No entanto, entende-se que a melhor maneira de evitar essas dificuldades é a preservação da integração vertical entre empresas, sem acarretar sua concentração. Para isso, utiliza-se da exclusividade que tem a função de eliminar as incertezas, possibilitando a redução dos custos de transação.¹⁵²

Segundo Calixto Salomão Filho, os efeitos potenciais da prática da integração vertical, quando não possuem o objeto exclusivo de discriminação, estariam relacionados às consequências evidenciadas de condições desfavoráveis dos concorrentes, dada a inviabilidade de presunção de sua intenção. Não obstante, sob o ponto de vista concorrencial, constatar-se-iam duas preocupações principais. A primeira delas, identificada quando uma das partes integrantes detém o poder de mercado, sobrando poucas alternativas aos seus

sociedade controladora, denominada broker, assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes de produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidoras em diferentes mercados nacionais. É uma holding pura, sem participação no capital das controladas” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.p.18.

¹⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *ob. cit.*p. 291-292.

¹⁵¹ Paula Forgioni lembra que as restrições verticais restringem a liberdade de atuação de umas das partes do acordo, sendo que as mais comuns são: a exclusividade, a divisão territorial, restrições sobre preços de revenda e vendas casadas. FORGIONI, Paula. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo:RT, 2007. p. 26.

¹⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *ob. cit.* p.248.

concorrentes para atuar de forma independente de maneira saudável. A segunda consequência é a limitação substancial da concorrência, criando como forma de sobrevivência ou ingresso no mercado para seus concorrentes, a realização de práticas oclusivas.¹⁵³

Conclui, dessa forma, Calixto Salomão Filho:

*Assim, o efeito anticoncorrencial é, aqui, decorrência direta do tipo e da extensão do acordo realizado. Sendo ele durável e extenso o suficiente para fazer presumir que há uma verdadeira integração entre as partes, que, através de um acordo oclusivo, passam a operar em conjunto para discriminar os demais concorrentes, é possível presumir também o potencial incipiente risco de dominação dos mercados.*¹⁵⁴

A interpretação do *outsourcing* de acordo com o direito antitruste recebe mais ênfase quando do as obrigações avençadas pelas partes relacionam-se às operações societárias de compra e venda de ações ou a criação de *joint venture*. No entanto, cumpre observar que acordos aparentemente mais simples podem estar cercados de intenção de vantagens pelas partes contratantes que seriam condenáveis de acordo com a referida disciplina.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo:Malheiros, 2003. p.294.

¹⁵⁴ *Ibid.* p.295.

4. O *OUTSOURCING* INTERNACIONAL – O *OFFSHORE*

4.1 Aspectos gerais

O objetivo deste capítulo é apresentar aspectos jurídicos relevantes, referentes ao *offshore*, bem como as medidas promovidas pelos governos dos principais países em desenvolvimento fornecedores de serviços de *outsourcing* com o objetivo de atrair investimentos e clientes estrangeiros. Merecerá destaque a abordagem sob o ponto de vista do Direito Internacional Privado, no que se refere aos conflitos de leis, no espaço dado aos diferentes regimes jurídicos dos quais as partes de um contrato de *offshore* encontram-se submetidas.

O *offshore* é considerado uma categoria de *outsourcing* em que a transferência total ou parcial de responsabilidade na execução de tarefas envolve uma organização localizada em país estrangeiro, podendo ser parte integrante de sua estrutura societária, como subsidiária ou empresa totalmente independente contratada como prestadora dos serviços.¹⁵⁵ Nesse sentido, enquanto o *outsourcing* encontra-se relacionado à decisão de produzir ou adquirir serviços independente do local onde a atividade será realizada, a prática do *offshore* é específica no que se refere ao lugar onde as tarefas são executadas, independente de serem externas ou internas à estrutura da empresa.¹⁵⁶

A utilização do termo *offshore* possui relação com outras expressões utilizadas para a classificação do *outsourcing* de acordo com a localização do provedor dos serviços. Nesse aspecto, outrossim, consideramos: o *outsourcing offshore*, em que o prestador de serviços encontra-se localizado no mesmo país de seu cliente, e o *outsourcing nearshore*, em que os recursos utilizados pelo provedor para o cumprimento das obrigações encontram-se situados em um país próximo do cliente.¹⁵⁷

¹⁵⁵ DEIXONNE, J-L; QUÉLENNEC C. *Offshore et systèmes d'information*. Lavoisier, 2009. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=35806>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹⁵⁶ VIEIRA, J. C. S. F.; ROHDEN, S. F.; GRAVONSKI, I. *Multinacionais no Brasil Nos Últimos 30 Anos: Uma Visão Dinâmica Da Motivação Na Decisão De Offshore*. XV Simpósio de Administração da Produção Logística e Operações Internacionais. Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em <http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2012/artigos/E2012_T00147_PCN44722.pdf> Acesso em 10 Nov. 2013

¹⁵⁷ MARTINS, Luis Santos. *El Contracto De Outsourcing: Algunas Reflexiones Prácticas*. Madrid: Serie Working Papers IE-Law School, 2013. p. 8.

A referida prática é consequência da inclinação à globalização econômica promovida após a Segunda Grande Guerra, principalmente depois de instauradas medidas de estabilização monetária e incentivo ao comércio internacional pelo Tratado de Bretton-Woods, em 1944 e pelo GATT, em 1948.¹⁵⁸

Os tratados internacionais celebrados na década de 50 buscaram a concretização dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, destacando o papel de peça-chave da empresa na economia de mercado. Merecem destaque o tratado que estabeleceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), em 1951 e o Tratado da Comunidade Europeia (CEE), no ano de 1957.¹⁵⁹ Conforme observado por Maristela Basso:

*O surgimento de organizações internacionais, a queda das barreiras militares entre Estados e a abertura das fronteiras territoriais levaram à afirmação de uma ordem normativa conducente à regulamentação da vida internacional das pessoas, à tentativa de harmonização normativa no campo das regras determinadoras do direito aplicável aos casos multinacionais e daquelas concernentes à jurisdição e competência internacional dos tribunais nacionais.*¹⁶⁰

No entanto, a crise estadunidense deflagrada a partir da década de 70, em razão da Guerra do Vietnã e da consequente crise monetária, agravada pela crise do petróleo, o crescimento da indústria japonesa e a propensão dos países europeus na criação de um bloco econômico de livre-comércio, culminaram na desestabilização do sistema instalado, na década de 40 e no início da operação da OMC em 1995, como órgão de mediação internacional do comércio.¹⁶¹

A aparente motivação para a prática do *offshore* relaciona-se à redução de custos na execução de tarefas, a partir de Países em

¹⁵⁸ CARDOSO, FLAVIO CESAR MOREIRA. *Fatores Determinantes Na Escolha do Brasil Como Exportador De Serviços de Tecnologia da Informação*. 2006. 94f. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2006. p. 18-19. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3798/ACF399.pdf?sequence=1>> Acesso em 15 Dec. 2013.

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p.82-84.

¹⁶⁰ BASSO, Maristela. *Curso De Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009. p.46.

¹⁶¹ Cf.: “O GATT carecia de um mecanismo adequado para resolver disputas e sua jurisprudência era limitada praticamente a produtos manufaturados, não tendo autoridade para tratar de agricultura, serviços, propriedade intelectual e investimentos diretos estrangeiros (IDE).” CARDOSO, FLAVIO CESAR MOREIRA. *ob. cit.* p.18-19.

Desenvolvimento, em benefício de empresas cujas operações principais localizam-se em Países Desenvolvidos, tais como desenvolvimento de aplicações, processos de fabricação de produtos, centrais de atendimento telefônico, suporte técnico e operações administrativas de “*back office*”.

O compartilhamento global dos processos de produção são influenciados: (i) pelo grau de padronização das mercadorias e procedimentos operacionais administrativos; (ii) pelo valor agregado da terceirização ao produto final, (iii) pela facilidade de distribuição e qualidade; (iv) pelo quadro jurídico e, (v) pelo tamanho do mercado local destinatário do *outsourcing*.¹⁶²

Nesse aspecto, verifica-se considerável aumento de complexidade e risco na sua execução do *offshore*, quando comparado ao *outsourcing* doméstico, principalmente no que diz respeito aos fatores de custo como mão-de-obra, infraestrutura, imobiliário e tributação. Além disso, é necessário realizar análise precisa da disponibilidade de mão-de-obra local qualificada, do potencial de mercado local e do Risco País.

Assim, o Risco País é analisado pelos investidores, as empresas provedoras de serviços de *outsourcing* e seus clientes estudam as características culturais, sociais e econômicas dos países, tais como o cenário político, movimentos sociais, segurança, risco regulatório, risco macroeconômico, como a inflação de custos, flutuação da moeda e a liberdade de capital. Outras características também são consideradas como o risco de propriedade intelectual, meio-ambiente e sua questão regulatória, o apoio governamental e empresarial, acessibilidade do local, tais como tempo de viagem, frequência de vôos e o fuso horário. Finalmente, a qualidade da infraestrutura local referente às telecomunicações, TI, imobiliário, transporte, confiabilidade do fornecimento de energia.¹⁶³

¹⁶² GOSWAMI, Arti Grover. *Vertical FDI versus Outsourcing: The Role of Host Country Human Capital*. Development Research Group (DECRG). The Journal of International Trade & Economic Development, 21(4), 2011-06-12. World Bank, Washington, DC: 2013. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13270/rjte10.108009638199.2010.497848.pdf?sequence=3>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

Nessa linha, acrescentamos: “*Le développement et la généralisation du Web ont amené les équipements des entreprises à se banaliser et à se standardiser et avec eux l'accès au système d'information de l'entreprise. Plus besoin de devoir disposer de liaisons spécialisées, de terminaux particuliers, de protocoles spécifiques. Cet accès est possible depuis n'importe où avec un navigateur internet et un accès VPN; il est banalisé et à faible coût.*” DEIXONNE, J-L; QUÉLENNEC C. *Offshore et systèmes d'information*. Lavoisier, 2009. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=35806>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹⁶³ AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 1. Set. 2013.

No que se alude à mão-de-obra, a prática tem incentivado a acentuação do processo de divisão mundial do trabalho por meio da promoção de ganhos sociais em diferentes países, afetando, inevitavelmente, a estrutura social ligada às relações de emprego dos países importadores de serviços. Como resultado, tem-se constatado uma série de pressões protecionistas com o intuito de impedir a alocação de empregos para os países exportadores de serviços.¹⁶⁴

No âmbito do *offshore*, é frequente que as empresas prestadoras de serviço tenham estruturas organizacionais que centralizam suas operações em um único local para o benefício de outros. São os chamados “*Global Delivery Centers*”, normalmente situados em Países Em Desenvolvimento.

De acordo com a ONU, a prática do *offshore* pode ser considerada boa oportunidade de crescimento para países em desenvolvimento, mediante criação de empregos observados os padrões locais. No entanto, as indústrias que recorrem a essa estratégia ainda precisariam aprimorar as condições de trabalho de seus profissionais, tornando-as aprimoradas e socialmente adequadas. Quanto ao BPO, os países que integram o BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) são os destinos mais frequentes desses serviços..¹⁶⁵

Cumprir observar que as tratativas pré-contratuais dependem da forma adotada para a viabilização do *offshore*. Quanto ao *Outsourcing* Externo, o acordo é celebrado, geralmente, pelas empresas matrizes (“*lead parties*”) das partes contratantes por meio de “contratos guarda-chuvas” ou “*master agreements*” que dispõem sobre as condições gerais do relacionamento entre as partes, adotando-se a estrutura de “*adoption agreements*” ou “*local agreements*” para que se atribuam validade e eficácia às obrigações contraídas pelas empresas matrizes para que sejam cumpridas pelas subsidiárias situadas em outros países. (“*local parties*”).

De acordo com essa estrutura, as partes líderes definem como funcionará a gestão dos serviços, bem como a resolução de disputas, legislação aplicável e o escopo de obrigações determinadas para cada contrato local.

¹⁶⁴ MATTOO, A; WUNSCH, S. *Pre-empting Protectionism in Services: The WTO and Outsourcing*. World Bank Policy Research Working Paper 3237. 2004. 766 p. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14438/WPS3237.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹⁶⁵ UN News Centre. *Greater efforts needed to ensure outsourcing creates decent work – UN labour agency* Disponível em <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?realfile/story.asp?NewsID=35315&Cr=labour&Cr1=#.Un-s78NTtjo>> Acesso em 10 Nov. 2013.

Isto posto, depreende-se que o *offshore* deve ser considerado um dos aspectos que lideram o processo de internacionalização da vida e das atividades humanas, culminando em um número substancial de modificações de natureza jurídica que devem ser observadas e resolvidas pelos Estados, entidades regionais e internacionais no plano coletivo. Nesse sentido, considerando as cinco matérias de Direito Internacional Privado tratados sob a concepção francesa – nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, conflito das leis, conflito de jurisdições e os direitos adquiridos na sua dimensão internacional – serão observados brevemente, neste estudo, o conflito de leis e jurisdições.¹⁶⁶

No que se refere ao conflito de leis, cumpre observar que o *offshore* envolve, necessariamente, dois ou mais sistemas jurídicos diferentes, cabendo a análise de seus princípios internos e externos que devem ser discutidos. Desse modo, primeiramente, faz-se necessário análise da matéria sob as duas óticas da disciplina de Direito Internacional Privado, de acordo com a visão de Jacob Dolinger.

Segundo o referido autor, o primeiro enfoque, o unilateralista, possui o intuito de solucionar a questão que indaga “até onde o alcance de aplicação da minha lei?”. Assim, “*procura-se decidir sobre a extensão da norma legal interna da jurisdição nacional de acordo com os interesses governamentais, visando a que a mesma seja aplicada em praticamente todas as hipóteses de conflito*”. A segunda perspectiva, a multilateralista, busca saber qual seria a lei aplicável para as distintas relações jurídicas, identificando seu “centro de gravidade”¹⁶⁷.

A relação jurídica estabelecida nos termos de um contrato de *offshore* envolve as ordenações do lugar a partir do qual os serviços são fornecidos, do local onde os benefícios dos serviços são recebidos e, em muitas vezes a lei aplicável que rege as empresas líderes que estabelecem as obrigações gerais, além da lei e do foro escolhidos pelas partes para solução de qualquer conflito advindo da relação jurídica.

Não obstante a lei aplicável determinada de acordo com o centro de gravidade da relação que deve reger a obrigação principal do contrato, cumpre destacar a existência de

¹⁶⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.19.

¹⁶⁷ DOLINGER, Jacob. *ob. cit.* p.31.

fatores impeditivos de extensão de aplicação de leis estrangeiras, recebendo destaque as questões de ordem pública, às obrigações acessórias pactuadas.¹⁶⁸

Referente à ordem pública internacional, pretende-se evitar que exista desrespeito à busca de harmonia jurídica universal, fluidez do comércio internacional e à segurança das relações jurídicas internacionais. Ademais, visa-se à manutenção do equilíbrio do meio ambiente, controle da criminalidade internacional e paz entre os povos, acima de tudo.¹⁶⁹

Sob o aspecto do *offshore*, cumpre observar que aspectos éticos com relação à concorrência econômica entre as nações e práticas anti-sustentáveis devem ser examinadas. Por conseguinte, aspectos referentes à constatação de benefícios econômicos e sociais por uma nação em detrimento de outra devem ser estudados sob esta ótica, tais como a geração de empregos, recolhimento de tributos, incentivos ao desenvolvimento comercial e industrial etc.

O relacionamento jurídico internacional, conforme já visto, não poderia infringir qualquer direito considerado sob o âmbito da ordem pública interna. Desse modo, não obstante a detecção da lei aplicável às obrigações principais de um contrato, questões sociais relacionadas especificamente aos locais merecem ser consideradas. Convém notar que, na atual conjuntura, aceita-se que cada país tenha sua própria ordem pública, com efeitos domésticos e internacionais, devendo ser respeitada no plano internacional quando da tentativa de aplicação de uma lei alienígena oposta aos fundamentos básicos do sistema jurídico local.¹⁷⁰

Conforme já mencionado, acredita-se que questões inerentes à ordem pública interna interferem, principalmente, na relação de *offshore* no que diz respeito à execução de obrigações acessórias que, em muitos casos, devem ser interpretados sob a legislação, usos e costumes locais. Nesse sentido, cumpre exemplificar aspectos referentes ao recolhimento de tributos, direito do trabalho, questões sociais e antitruste.

¹⁶⁸ Não obstante que questões de ordem pública sejam mencionadas principalmente às obrigações acessórias de um *offshore*, não se deve afastar totalmente a sua importância também em relação ao objeto principal da avença quando sua prática é condenada sob o ponto de vista da ordem pública interna do país. É válida reflexão sob os aspectos da Súmula n 331 do TST sobre terceirização ilícita.

¹⁶⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10ª ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 429.

¹⁷⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Contratos E Obrigações No Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 129.

Dada a importância da ordem pública no *outsourcing* internacional, cabe acrescentar que a atividade de interpretação e identificação de lei aplicável não deve ser utilizada como meio impeditivo da fluência do comércio internacional, como aduz Jacob Dolinger:

*A ordem pública que funciona no direito internacional privado como válvula de segurança poderá ser abusivamente utilizada por aqueles que resistem à aplicação da lei estrangeira por não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional. É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que ao princípio de ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional. Neste espírito muitas convenções internacionais no sentido de que a aplicação da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.*¹⁷¹

Ademais, os resultados esperados pela execução das obrigações contratuais possuem relação com a atividade desempenhada pela empresa cliente no mercado em que atua, podendo ser interpretados sob a perspectiva de várias ordenações jurídicas, dada a presença de operações da empresa em vários países.

Além de significantes tratados e convenções celebrados entre os países com o intuito de fortalecer a segurança jurídica dos contratos internacionais, verificamos que a prática do *offshore* é influenciada por questões de Direito Uniforme, já que há coincidência em alguns países de direitos primários que sofreram as mesmas influências e do Direito Uniformizado (ou direito uniforme dirigido), caracterizado pelo resultado de esforços comuns de dois ou mais Estados com o objetivo de uniformizar instituições jurídicas ou de tornar seu sistema mais seguro e atraente para o comércio internacional.¹⁷²

Constata-se, portanto, o movimento de Países Emergentes na promoção de medidas que assegurem a obrigatoriedade de contratos internacionais, protegendo, ao mesmo tempo, seus interesses internos, além do objetivo da OMC em promover a compatibilização de suas normas com as legislações internas no âmbito do comércio internacional.

Nessa linha, constata José Cretella Neto:

O Preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC afirma que as Partes (no referido Acordo) reconhecem que suas relações na esfera da atividade

¹⁷¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10ª ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.428-429.

¹⁷² DOLINGER, Jacob.*ob.cit.*. p.163

*comercial e econômica devem objetivar a “elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo...”*¹⁷³

3.2 A abordagem dos Países Em Desenvolvimento provedores de *offshore*

3.2.1 Índia

A Índia tornou-se um dos principais destinos do *offshore* a partir da década de 90, quando empresas multinacionais como General Electric, British Airways, American Express e HSBC estabeleceram suas centrais operacionais de “*Back Office*” no país. Essas empresas foram atraídas em razão de uma combinação da cultura empresarial do país, políticas públicas que propiciaram o investimento estrangeiro, a língua inglesa falada, o sistema de ensino e a alta disponibilidade de trabalhadores sujeitos a baixos salários, quando comparados à remuneração paga nos países de origem dessas empresas.¹⁷⁴

A partir de 2000, o estabelecimento das tecnologias, que visaram à estabilização da internet e infraestrutura de telecomunicações, proporcionou a celebração de contratos internacionais envolvendo a Índia. As empresas deste país foram as pioneiras, dentre os demais Países Em Desenvolvimento, a encarar esse novo cenário no que se refere à TI. O trunfo da Índia foi a grande disponibilidade de mão-de-obra jovem, altamente qualificada e interessada em trabalhar no setor de serviços informáticos, atraindo os mercados de TI dos Estados Unidos e Reino Unido, que, na época, estavam enfrentando os desafios do “bug do milênio” e também a bolha “pontocom”.¹⁷⁵

¹⁷³ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. São Paulo: Saraiva, 2012.p.757

¹⁷⁴ MASOOD, Samad. *The Rise of Offshore BPO*. Ovum Summit, 2009. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=31404> Acesso em 10 Nov. 2013.

Relação também com a *New Industrial Policy* promovida pelo Governo em 1991.

¹⁷⁵ Cf. “By 2003, the offshore message was well established among the leading global IT firms, and most were building operations in India alongside those of the local Indian vendors. However, not far behind these IT service players was a raft of local Indian BPO companies that rose to prominence almost on the coat-tails of the

Desde o ano de 2003, além do ITO, as empresas indianas e também as grandes corporações estadunidenses e britânicas passaram a contratar serviços de BPO da Índia. Como resultado, atualmente, os serviços providos pelos indianos de BPO são considerados os mais competitivos e experientes, quando comparados aos serviços prestados por outros Países Em Desenvolvimento.¹⁷⁶ Estima-se que os serviços de BPO, provenientes de outros lugares fora da Índia, representam menos de um terço do mercado da referida prática.¹⁷⁷

No que diz respeito ao sistema jurídico indiano, durante a década de 90, o governo promoveu medidas públicas com o objetivo de atrair as empresas estrangeiras. Tais ações incluem a entrada em vigor da *Foreign Trade (development and regulation) Act*, em 1992, da *Arbitration and Conciliation Act*, em 1996, da *Foreign Exchange Management Act*, em 1999, da *Trademarks Act*, em 1999 e da *Competition Act*, em 2002.¹⁷⁸

Vale acrescentar que, considerando a impressão de incerteza, em razão da demora do andamento dos processos judiciais, incluindo também as disputas comerciais, foram criados tribunais especiais dedicados aos assuntos de matéria tributária (*The National Tax Tribunal*). Cabe acrescentar que o governo também decidiu pelo estabelecimento do *National Company Law Tribunal*, exclusivo para tratar das ações que envolvem direito comercial, contando com um corpo especializado com foco na cultura corporativa e fusões e aquisições, por meio da promulgação de uma nova *Companies Act*, em substituição à lei de 1956.¹⁷⁹

A Nova *Companies Act*, publicada em 30 de agosto de 2013, possui como destaque a exigências referentes às demonstrações financeiras da empresa, adotando padrões contábeis globais e de governança corporativa, a obrigatoriedade de utilizar dois por cento do lucro dos

offshore IT revolution. Indeed, in many cases, Indian offshore BPO has shadowed the IT industry closely ever since.” MILLAR, Roderick. *Doing Business with India, Third Edition*. Global Market Briefings.

2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=28381>>. Acesso em 26 Nov. 2013.

¹⁷⁶ Cf.: “The Indian offshore revolution has propelled the country’s offshore BPO market to reach \$11 billion in 2008. On current projections, the Indian services industry body NASSCOM expects Indian BPO exports to reach between \$30 billion and \$50 billion by 2010, further cementing its position as the dominant offshore BPO delivery location. As a result, the Indian BPO industry – both indigenous and foreign owned – provides some of the most competitive, experienced and operationally advanced BPO service offerings globally. After having been some of the fastest-growing service companies of the last ten years, they are now some of the most active in consolidating and forming the shape of the global market.” MILLAR, Roderick. *ob cit.*

¹⁷⁷ DEIXONNE, J-L; QUÉLENNEC C. *Offshore et systèmes d’information*. Lavoisier, 2009. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=35806>. Acesso em 10 Nov. 2013.

¹⁷⁸ MILLAR, Roderick. *Doing Business with India, Third Edition*. Global Market Briefings. 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=28381>>. Acesso em 26 Nov. 2013.

¹⁷⁹ MILLAR, Roderick Millar. *ob. cit.*

últimos três anos fiscais em iniciativas de responsabilidade social, além do *National Company Law Tribunal* conforme mencionado ¹⁸⁰

3.2.2 China

O desenvolvimento do sistema jurídico da República Popular da China (RPC) tem experimentado algumas fases desde a sua criação em 1949. Originalmente foi adotado o sistema jurídico da União Soviética. Porém, com o conflito sino-soviético na década de 1950 e depois da Revolução Cultural na década de 1960, todos os trabalhos jurídicos tornaram-se suspeitos e o sistema jurídico, até então adotado, entrou em colapso completo. Em 1978, com o início das reformas de Deng Xiaoping, proeminente líder da RPC, surgiu a necessidade de reconstrução de um sistema jurídico. Em 1982, o Congresso Popular Nacional (APN), da RPC, adotou uma nova constituição que enfatizava o Estado de Direito. Desde então, a reconstrução do sistema jurídico da China foi processado como "tentativa e erro", uma vez que regulamentos temporários ou locais foram estabelecidos como os formais e leis para toda a nação. Ocorre que, esse processo de criação de uma infraestrutura jurídica, em forma fragmentada, acarretou situações em que as leis são ausentes, confusas ou contraditórias, levando a decisões judiciais mais valorizadas, quando comparadas às outras jurisdições que adotam o sistema romano. ¹⁸¹

O processo de criação de leis da República Popular da China recebe influências de determinadas origens, como a visão tradicional chinesa sobre o papel da lei, bem como a perspectiva socialista em sua prática. Cabe acrescentar a base germânica que influenciou a República até 1949 e em Taiwan nos dias atuais, além do sistema da common law presente em Hong Kong. Merece destaque também a influência estadunidense no que se refere à propriedade intelectual, serviços bancários e mercado de capitais. ¹⁸²

A partir da década de 90, o governo chinês acelerou suas reformas jurídicas, para satisfazer a necessidade da rápida integração da China com o resto do mundo. Além do

¹⁸⁰ Ministry of Law and Justice – Legislative Department. The Companies Act. Nova Delhi, 2013. Disponível em <<http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/CompaniesAct2013.pdf>> Acesso em 26 Nov. 2013.

¹⁸¹ DONG, Jielin. *China Business Laws and Regulations: The Complete Reference*. Second Edition. Javvin Technologies, 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=23112>>. Acesso em 5 Out. 2013.

¹⁸² DONG, Jielin. *ob. cit.*

estabelecimento de leis e regulamentos e da modernização e profissionalização de seus advogados e juízes, as prisões tornaram-se também as áreas de foco, bem como o esclarecimento das funções de cada órgão que compõe o judiciário. Após as reformas de 1978, em razão da promoção de políticas de abertura econômica, estabeleceram-se leis e regulamentos especiais para regular o tratamento de estrangeiros no país, para além das relações comerciais com outros países, com o objetivo de atrair investimento externo.¹⁸³

A Lei do Comércio Exterior da RPC foi promulgada em 6 de Abril de 2004 e teve como objetivo, por mais contraditório que pareça em seu primeiro artigo, a abertura do país para o mundo, o desenvolvimento do comércio exterior, a manutenção da ordem de comércio exterior, a proteção dos legítimos direitos e interesses dos concessionários de comércio exterior, bem como a promoção o desenvolvimento saudável da economia socialista de mercado.¹⁸⁴

O referido dispositivo jurídico aplica-se ao comércio exterior e à proteção dos aspectos comerciais dos direitos de propriedade intelectual, sendo definido o comércio exterior como a importação e exportação de bens e tecnologias e do comércio internacional de serviços.¹⁸⁵

Percebe-se que há tentativa de promover uma imagem de segurança aos outros países, com o objetivo de afastar a imagem de práticas pejorativas das quais o país é conhecido, sob o ponto de vista comercial e de desrespeito aos direitos humanos. De acordo com a lei, assume-se o compromisso de participação em blocos regionais de comércio e tratados internacionais,

¹⁸³ DONG, Jielin. *China Business Laws and Regulations: The Complete Reference*. Second Edition. Javvin Technologies, 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=23112>>. Acesso em 5 Out. 2013

Cumprir observar que o sistema judicial RPC inclui o Tribunal Popular e o Ministério do Povo. Na China, as decisões judiciais não são considerados fontes oficiais da lei. As decisões dos tribunais superiores e do Tribunal Popular Supremo, no entanto, factualmente respeitado pelos tribunais inferiores e usados como diretrizes quando a disposição da lei é na obscuridade. Os sistemas jurídicos do Hong Kong Região Administrativa Especial (RAE de Hong Kong) e da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) , no entanto, são as exceções ao regime jurídico do PRC . Após as transferências de soberania, Hong Kong e Macau continuam a praticar Inglês Common Law e sistemas jurídicos portugueses, respectivamente , com os tribunais de apelação final. Em outras palavras, Hong Kong e Macau estão fora da jurisdição legal da República Popular da China, exceto em questões constitucionais. As duas leis básicas da RAEHK e RAEM são leis nacionais e não as leis locais aprovados pelo NPC da China. Como tal, há outras leis, decretos , regulamentos administrativos e documentos normativos da HK SAR ea RAE de Macau devem violar suas leis básicas .

¹⁸⁴ China.org.cn. *Foreign Trade Law of the People's Republic of China*. Disponível em <http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/14/content_21917089.htm> Acesso em 1 Jan 2014.

¹⁸⁵ Article 2 *This Law applies to foreign trade and the protection of trade-related aspects of intellectual property rights. For the purposes of this Law, "foreign trade" refers to import and export of goods and technologies and the international trade in services.*

cômoda mesma forma que a exigência de registros específicos fornecidos por autoridade competente, para que empresas chinesas pratiquem o comércio exterior.¹⁸⁶

Quanto ao fornecimento de bens, serviços e tecnologia, cabe acrescentar a possibilidade de mediação estatal para determinados produtos e serviços, segundo listas publicadas pelo próprio Estado, pré-autorizando determinadas empresas a conduzirem suas negociações sem a intervenção estatal para certos produtos e serviços. Além disso, a lei impõe uma lista de restrições prévias para determinadas práticas.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Article 5 The people's Republic of China shall, on the principle of equality and mutual benefit, promote and develop trade relations with other countries and regions, enter into or participate in such regional economic trade agreements as customs union agreement, free trade agreement and participate in regional economic organizations.

Article 6 The People's Republic of China shall, in accordance with the international treaties and agreements to which it is a contracting party or a participating party grant the other contracting parties or participating parties, or on the principle of reciprocity grant the other party most-favored-nation treatment or national treatment in the field of foreign trade. Article 8 For the purposes of this Law, "foreign trade dealers" refers to legal persons, other organizations or individuals that have fulfilled the industrial and commercial registration or other practicing procedures in accordance with laws and engage in foreign trade dealings in compliance with this Law and other relevant laws and administrative regulations.

Article 9 Foreign trade dealers engaged in import and export of goods or technologies shall register with the authority responsible for foreign trade under the State Council or its authorized bodies unless laws, regulations and the authority responsible for foreign trade under the State Council do not so require. The specific measures for registration shall be laid down by the authority responsible for foreign trade under the State Council. Where foreign trade dealers fail to register as required, the Customs authority shall not process the procedures of declaration, examination and release for the imported and exported goods.

Article 10 The international trade in services shall be carried out in compliance with the provisions of this Law and other relevant laws and administrative regulations. The units engaged in foreign contract of construction project or foreign labor cooperation shall be equipped with corresponding eligibility or qualification. The specific measures therefore shall be laid down by the State Council.

¹⁸⁷ Article 11 The State may implement state trading on certain goods. The import and export of the goods subject to state trading shall be operated only by the authorized enterprises unless the state allows the import and export of certain quantities of the goods subject to state trading to be operated by the enterprises without authorization. The lists of the goods subject to state trading and the authorized enterprises shall be determined, adjusted and made public by the authority responsible for foreign trade under the State Council in conjunction with other relevant authorities under the State Council. In the event of importation of the goods subject to state trading without authorization in violation of paragraph 1 of this Article, the Customs shall not grant release.

Article 16 The State may restrict or prohibit the import or export of relevant goods and technologies for the following reasons that: (i) the import or export needs to be restricted or prohibited in order to safeguard the state security, public interests or public morals, (ii) the import or export needs to be restricted or prohibited in order to protect the human health or security, the animals and plants life or health or the environment, (iii) the import or export needs to be restricted or prohibited in order to implement the measures relating to the importations and exportations of gold or silver, (iv) the export needs to be restricted or prohibited in the case of domestic shortage in supply or the effective protection of exhaustible natural resources, (v) the export needs to be restricted in the case of the limited market capacity of the importing country or region, (vi) the export needs to be restricted in the case of the occurrence of serious confusion in the export operation order, (vii) the import needs to be restricted in order to establish or accelerate the establishment of a particular domestic industry, (viii) the restriction on the import of agricultural, animal husbandry or fishery products in any form is necessary, (ix) the import needs to be restricted in order to maintain the State's international financial status and the balance of international payment, (x) the import or export needs to be restricted or prohibited as laws and administrative regulations so provide, (xi) the import or export needs to be restricted or prohibited as the international treaties or agreements to which the state is a contracting party or a participating party so require.

A lei destina um capítulo específico relacionado à proteção dos direitos de propriedade intelectual nas relações de comércio exterior, embora não disponha detalhadamente sobre infrações realizadas em seu território de direitos, cujos titulares estejam localizados em outros países. Atribui-se ao Estado o dever de proporcionar a devida proteção aos bens e serviços segundo leis e regulamentos específicos. No que se refere às mercadorias importadas para o país, o Estado pode tomar medidas de proibição que visem a afastar eventual prejuízo aos direitos de propriedade intelectual e à ordem do comércio exterior.¹⁸⁸

A esse respeito, merece destaque o disposto no artigo 30 da lei que, caso o titular de direito de propriedade intelectual impeça o licenciado desses direitos de contestar sua validade, ou imponha pacotes de licenças obrigatórias, ou incorporando condições “*grant-back*” no contrato de licenciamento, ou cometa qualquer ato caracterizador de concorrência desleal no comércio, o Estado pode tomar todas as medidas necessárias para afastar as consequências dos danos causados. Além disso, o artigo 31 estabelece que qualquer país ou ente estrangeiro que não reconheça os direitos de propriedade intelectual cujos titulares sejam provenientes da RPC, o Estado poderá tomar as medidas cabíveis, observados os tratados internacionais existentes.¹⁸⁹

No que se refere à prestação de serviços:

“Article 26 The State may impose restrictions and prohibitions on the international trade in services for the reasons that: (i) restrictions or prohibitions are needed to safeguard the state security, public interests or public morals, (ii) restrictions or prohibitions are needed to protect the human health or security, the animals and plants life or health or the environment, (iii) restrictions are needed to establish or accelerate the establishment of a particular domestic service industry, (iv) restrictions are needed to maintain the balance of international payment of the state, (v) restrictions or prohibitions are needed as laws and administrative regulations so provide, (vi) restrictions or prohibitions are needed as the international treaties or agreements to which the state is a contracting party or a participating party so require.

Article 27 The State may, in the case of military-related international trade in services, as well as the international trade in services relating to fissionable and fissionable materials or the materials form which they are derived, take any measures as necessary to safeguard the state security. The state may, in the time of war or for the protection of international peace and security, take any measures as necessary in respect of international trade in services”

¹⁸⁸ *Article 29 The State protects trade-related intellectual property rights in accordance with the laws and administrative regulations concerning intellectual property rights. Where any imported goods infringe upon intellectual property rights and impair foreign trade order, the department for foreign trade under the State Council may take such measures as prohibiting, for a specified period of time, the import of the relevant goods produced or sold by the infringer.*

¹⁸⁹ *Article 30 Where the owner of a intellectual property right commits any of the acts, such as preventing the licensee from challenging the validity of the intellectual property right in the licensing contract, imposing mandatory package licensing on the licensee or incorporating exclusive grant-back conditions in the licensing contract, which undermines the order of fair competition in foreign trade, the department for foreign trade under the State Council may take any necessary measures to eliminate the harm done.*

Da modo similar, a referida norma visa à proteção da ordem do comércio exterior sob a perspectiva da concorrência desleal. Segundo o artigo 33, é vedada a venda de mercadorias a preços excessivamente baixos, em conluio com outra pessoa, bem como a publicação de anúncios falsos e prática do suborno comercial. Ademais, observado o artigo 34, nenhum dos seguintes atos pode ser cometido por qualquer ente envolvido com o comércio exterior: (1) forjar ou falsificar marcas, certificados de licenças de origem ou de importação e exportação das mercadorias importadas ou exportadas; (2) obter restituição de tributos de exportação por meios fraudulentos (3) o contrabando; (4) apresentar certificados de invasão, inspeção ou quarentena exigidos por leis e regulamentos administrativos, ou (5) praticar outros atos em violação das disposições das leis e regulamentos administrativos.

Finalmente, verifica-se, também, a proteção contra o *dumping* com relação à prática de preços inferiores ao normal com relação aos produtos estrangeiros em território chinês, bem como produtos chineses exportados, à semelhança da tentativa de se evitar o aumento substancial de quantidades de um determinado produto, impedindo o desenvolvimento da indústria local ou o desfavorecimento de uma operação de exportação e importação, em razão de instalação de medidas restritivas em outro país. Além disso, o Estado poderá usar medidas razoáveis, quando a prestação de serviços, cujo beneficiário seja empresa sediada na RPC, causar danos à economia chinesa.¹⁹⁰

Article 31 If any country or region fails to grant the legal persons, other organizations or individuals from the People's Republic of China national treatment in respect of protection of intellectual property rights, or cannot adequately and effectively protect the intellectual property rights in respect of the goods, technologies or services from the People's Republic of China, the department for foreign trade under the State Council may, in accordance with the provisions of this Law and the relevant laws and administrative regulations, and the international treaties or agreements which the People's Republic of China has signed or acceded to, take any necessary measures in respect of trade with the country or region in question.

¹⁹⁰ *Article 41 Where a product from another country or region is dumped into the domestic market at a price lower than its normal value, thus causing or threatening to cause substantive damage to an established domestic industry, or presenting a substantive impediment to the establishment of a domestic industry, the State may take anti-dumping measures to eliminate or mitigate such damage, threat of damage, or impediment.*

Article 42 Where a product from another country or region is exported to the market of a third country at a price lower than its normal value, thus causing or threatening to cause substantive damage to an established domestic industry, or presenting a substantive impediment to the establishment of a domestic industry, the department for foreign trade under the State Council may, in response to the application submitted by the domestic industry, conduct consultations with the government of that third country and request it to take appropriate measures.

Article 43 Where an imported product to which specific subsidies of any form are directly or indirectly granted by the exporting country or region causes or threatens to cause substantive damage to an established domestic industry, or presents a substantive impediment to the establishment of a domestic industry, the State may take countervailing measures to eliminate or mitigate such damage or threat of damage, or impediment.

Outras leis podem ser mencionadas quando o assunto é o relacionamento da RPC sob a ótica do comércio internacional, que possui efeitos na prática do *outsourcing*, como a Lei de Patentes de 2000, a Lei de Direito Autoral de 2001, a Lei de Marcas de 2001, a Lei de Promoção da transformação científica e tecnológica de 1996, a Lei de Proteção ao programa de computador de 2001, a Lei sobre uniformização dos registros contábeis de 1999, Lei de empresas com capital estrangeiro de 2000, Lei de parcerias internacionais de 1997, Lei sobre direito dos contratos de 1999, entre outras.¹⁹¹

Em suma, o país tem promovido ações legislativas que objetivam a atração de investimentos estrangeiros por meio de mercado de capitais e instalação de subsidiárias de grandes empresas multinacionais. Dessas considerações. Podemos concluir que o *outsourcing* na China recebe destaque em sua ênfase industrial em razão dos baixos custos e despesas envolvidos na execução de procedimentos de produção, desde mão-de-obra, ausência de fiscalização de cumprimento de normas sociais, além da exploração sem controle de recursos naturais.

3.2.3 Brasil

O Brasil tem demonstrado certa agressividade comercial no que se refere à competição com a Índia. Referente ao BPO *Offshore*, o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado pelo governo brasileiro em 2008, considerou o mercado de software e serviços de TI uma estratégia, atribuindo inúmeros incentivos financeiros, com o objetivo de incentivar o

Article 44 Where the substantial increase in the quantities of an imported product causes or threatens to cause serious damage to a domestic producer of like product or a manufacturer of a product directly competitive to the imported one, the State may take the necessary safeguard measures to eliminate or mitigate such damage or threat of damage and, at the same time, provide the industry concerned with the necessary support.

Article 45 Where the increase in the services provided to China by the service supplier of another country or region causes or threatens to cause damage to the domestic industry that provides like or directly competitive services, the State may take the necessary remedies measures to eliminate or mitigate such damage or threat of damage.

Article 46 Where the substantial increase in the quantities of a certain product imported into the domestic market, as a result of the restrictions imposed by a third country on its import, causes or threatens to cause damage to an established domestic industry, or presents a impediment to the establishment of a domestic industry, the State may take the necessary remedies measures to restrict the import of the said product.

¹⁹¹ DONG, Jielin. *China Business Laws and Regulations: The Complete Reference*. Second Edition. Javvin Technologies, 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=23112>>. Acesso em 3 Nov. 2013.

setor de *offshore*. A partir de então, algumas empresas de TI expandiram seus parques, utilizando-se também de créditos especiais oferecidos pelo BNDS.¹⁹²

No que tange à interpretação jurídica dos contratos de *Offshore Outsourcing*, considerando a ausência de tratamento pela jurisprudência nacional no âmbito e definições adotados neste estudo, há certo sentimento de incerteza por parte dos sujeitos que integram negócios jurídicos desta espécie, em razão da complexidade dos instrumentos contratuais, dada a quantidade de termos técnicos e a própria forma como os termos e condições são redigidos, haja vista e influência dos países da *common law* que possuem maior experiência com relação à prática. Além disso, empresas sediadas em países estrangeiros questionam a obrigatoriedade do contrato (“*enforcibility*”), no âmbito de disputas judiciais, considerando a existência de institutos jurídicos próprios do sistema romano que poderiam descaracterizar obrigações avençadas pelas partes e os altos custos atribuídos à legislação trabalhista. Por outro lado, a ordenação jurídica nacional é considerada a mais confiável quando comparado ao de outros países do BRIC, capaz de coibir com eficiência eventual comportamento oportunista de qualquer das partes do contrato.¹⁹³

¹⁹² KSHETRI, NIR. *The Evolution of the Offshore Outsourcing Industry: Brazil versus Other BRIC Economies*. Suma de Negocios, Vol. 3 N° 3: 33-46, Bogotá, 2012. p. 37. Disponível em <<http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/SumaDeNegocios/article/download/1207/740>>. Acesso em 1 Dec. 2013.

¹⁹³ KSHETRI, NIR. *ob.cit.* p.38

4. QUESTÕES ÉTICAS E SOCIAIS DO *OUTSOURCING*

Todos os fatores que impulsionam a empresa para a decisão de realizar o *outsourcing*, de parte de sua estrutura, possuem relação com a redução de custos e despesas geralmente incorridos na execução de determinada atividade, ligados direta ou indiretamente à redução do número de empregados, custos de transação, quando são celebrados acordos de longa duração, busca de especialização e eficiência na redução do intervalo de tempo na execução de atividades etc.

Nota-se que há certa propensão integrante da vontade do cliente, receptor dos serviços de *outsourcing*, em compartilhar os riscos atrelados à sua atividade-fim, perante o mercado com o fornecedor dos serviços. Ocorre que esse compartilhamento de riscos não seria aplicável no modelo tradicional de *outsourcing*, quando existe escopo certo e fechado que deve ser desempenhado pelo prestador dos serviços no âmbito do contrato.

Entretanto, quando o *outsourcing* é estabelecido sob um modelo relacional, o compartilhamento do risco é inerente à prática cooperativa, considerando os princípios de boa-fé e função social do contrato conforme já exposto neste estudo. Evita-se, portanto, até certo ponto, eventual comportamento oportunista por parte do prestador de serviços de *outsourcing*. No entanto, considerando as motivações típicas que levam uma empresa a optar em se tornar cliente dessa prática, inclusive contando com certo compartilhamento de risco de sua atividade no mercado, é possível que se constate que há um comportamento oportunista por parte do receptor dos serviços, quando não são levadas em consideração até que ponto o fornecimento é realizado sob forma saudável, nos termos das leis aplicáveis e padrões éticos de relacionamento com toda a cadeia produtiva relacionada.

Verifica-se, atualmente, a busca cada vez maior da observância da ética no que se refere às relações empresariais, observados princípios de governança corporativa e sustentabilidade exigidos pela sociedade e pela legislação recente em vários países. Além dos aspectos econômicos associados ao aferimento de lucros e prestação de contas aos acionistas, estão sendo exigidas atitudes empresariais relacionadas à conservação do meio-ambiente,

respeito aos direitos humanos, desenvolvimento de atividades filantrópicas etc., caracterizando a chamada Responsabilidade Social Empresarial¹⁹⁴

As questões éticas e sociais são mais preocupantes no que se refere à prática do *offshore* pelas empresas, principalmente quando são utilizados Países Em Desenvolvimento para a prestação dos serviços. Não obstante a adoção de medidas incentivadoras da prática pelos governos locais, ainda é constatado que existem deficiências socioeconômicas que afetam a população e o desenvolvimento econômico das empresas. No entanto, considerando o objetivo de empresas, locais e multinacionais, com operações nesses países, no que diz respeito à aferição de resultados financeiros, conquista e permanência no mercado, praticam-se preços mais baixos, quando comparados àqueles ofertados por outros países, utilizando-se para isso, práticas eticamente não aceitas pela sociedade, incluindo aquelas consideradas não-sustentáveis.¹⁹⁵

Nessa linha, cabe acrescentar o que diz Fabio Konder Comparato, quanto à exploração dessas práticas:

*(...) na origem dessa espécie de deriva social dos continentes encontra-se, justamente, a expansão do sistema capitalista ao mundo todo, a partir da sua matriz europeia. Até o século XIX, como mostraram os estudos de Angus Madison, quase dois terços da produção mundial eram gerados no continente asiático, sendo a Europa Ocidental e a América do Norte responsáveis por menos de um terço do todo. Desde então, porém, ao fazer dos demais continentes a extensão do seu próprio Mercado, o capitalismo europeu neles provocou a destruição não só das formas de produção tradicionais, como também da própria organização social.*¹⁹⁶

Referente à gestão corporativa esperada da empresa, é importante levarmos em consideração a definição de sustentabilidade adotada pelo Instituto Ethos:

Um negócio sustentável e responsável é a atividade econômica orientada para a geração de valor econômico-financeiro, ético, social e ambiental, cujos resultados são compartilhados com os públicos afetados. Sua produção e comercialização são organizadas de modo a reduzir

¹⁹⁴ EGOSCOZÁBA, A.M.;ALVAREZ, J. M. S. *Aspectos Éticos de La Internacionalización Empresarial : Oportunidades Para El Cambio*. XII Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección. Universidad de Jaén. 2004. Disponível em <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XII/Ainhoa_Marin_Egoscozabal_y_otro.pdf>. Acesso em 15 Dec. 2013.

¹⁹⁵ EGOSCOZÁBA, A.M.;ALVAREZ, J. M. S. *ob. cit.*

Os atos não considerados sustentáveis costumam relacionar-se à utilização de menores e adultos sob condição de mão-de-obra escrava ou análoga, manipulação de registros contábeis e demonstrativos financeiros, práticas danosas ao meio-ambiente, prática de preços predatórios, forte dependência etc.

¹⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.p.134.

*continuamente o consumo de bens naturais e de serviços ecossistêmicos, a conferir competitividade e continuidade à própria atividade e a promover e manter o desenvolvimento sustentável da sociedade.*¹⁹⁷

Compreende-se que os princípios voltados à sustentabilidade encontram respaldo nos valores adotados pela empresa, na forma de transparência e governança, considerando que a atividade da empresa representa necessariamente um impacto social no que se refere às famílias de seus empregados, cadeias de fornecimento, clientes, consumidores e o próprio governo. A adoção desses princípios deve estar clara para todos os sujeitos impactados pelo exercício da atividade da empresa no mercado e também devem ser por eles observados.¹⁹⁸

Nesse sentido, refuta-se a prática de preços baixos no contexto do *outsourcing*, sendo que, para sua verificação, é necessário que o fornecedor não exerça o seu dever ético e social com relação à sociedade. Além disso, não é cabível que clientes receptores desses serviços exijam a execução de atividades consideradas inaceitáveis, sob o ponto de vista da sustentabilidade, ou simplesmente ignorem o fato de pagamentos de valores muito baixos quando comparados aos praticados pelo mercado.¹⁹⁹

Entende-se que a Responsabilidade Social Empresarial no contexto da sustentabilidade possui relação com a função social da empresa, sob o ponto de vista jurídico.²⁰⁰ Neste contexto, não seriam consideradas, portanto, como as únicas responsabilidades da empresa, a

¹⁹⁷ Instituto Ethos. *Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis*. Disponível em <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/iniciativas/indicadores/#.UpajzsSsiSp>> Acesso em 1 Jan. 2014.

¹⁹⁸ Instituto Ethos. *Valores, Transparência e Governança*. Disponível em <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.UpaoQMSsiSo>> Acesso em 1 Jan. 2014.

¹⁹⁹ Cf.: “La utilización masiva de dumping con outsourcing está generando un aumento del grado de explotación de los trabajadores, lo que es éticamente reprochable. La competencia únicamente a través de variables monetarias conlleva la deshumanización de las corporaciones empresariales. Sólo el desarrollo de un Estado del Bienestar en términos nekeynesianos puede paliar en parte dicha situación, lo que no siempre es posible en el Tercer mundo en donde se dan los mayores casos de discriminación laboral, al tener un carácter regional, e incluso nacional en ocasiones. De ahí que, para maximizar beneficios sin tener en cuenta el bienestar del factor humano, esté cobrando cada vez una mayor importancia los procesos de I+D+i en las corporaciones, principalmente en las más internacionalizadas, y la formación de equipos humanos dotados con altos niveles de capital intelectual, que permitan acelerar la toma de decisiones en las empresas. Unas corporaciones que compiten en mercados globalizados.” EGOSCOZÁBA, A.M.; ALVAREZ, J. M. S. *Aspectos Éticos de La Internacionalización Empresarial : Oportunidades Para El Cambio*. XII Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección. Universidad de Jaén. 2004. Disponível em <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XII/Ainhua_Marin_Egoscozabal_y_otro.pdf>. Acesso em 15 Dec. 2013.

²⁰⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *A Governança Corporativa E Os Órgãos De Administração* in FINKELSTEIN, Maria Eugenia. R. e PROENÇA, José Marcelo M. (coord) *Gestão e Controle*. São Paulo: Saraiva, 2008.p.102.

obtenção de lucros, o pagamento de tributos, a geração de empregos e melhoria da condição de trabalho de seus empregados.²⁰¹

Aduz Newton De Lucca:

*(...) pode-se dizer que cumprir uma função social implica assumir a plenitude da chamada responsabilidade social, vale dizer, a consciência de que todos nós temos, em maior ou menor grau – como cidadãos, em geral, ou como empresários, em particular –, o indeclinável dever ético de pôr em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os nossos semelhantes.*²⁰²

Cabe acrescentar o que Ainhoa Marin Egoscozábal e José Manuel Sáiz Álvarez da Universidad de Jaén, na Espanha, assinalam sobre o tema:

*Sin embargo, la internacionalización puede brindar grandes oportunidades para reforzar el papel de la empresa como agente impulsor del cambio social, ya sea a través de la búsqueda de ventajas competitivas asociadas a la mejora de la reputación corporativa y por tanto como oportunidad de negocio o bien como consecuencia de una auténtica asunción de ética como parte de la excelencia empresarial.*²⁰³

No âmbito internacional, há significativa tendência sobre questões éticas nas cadeias de produção e nos contratos, tanto que o Estado tem protagonizado o papel na defesa dos aspectos sociais que podem sofrer impacto em razão das cadeias produtivas, bem como das economias de Países Desenvolvidos que perderam força em razão da onda de *outsourcing* internacional que fortaleceu os Países em Desenvolvimento, em detrimento dos locais originais de execução das atividades objeto do *offshore*.²⁰⁴

²⁰¹ DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 327.

²⁰² DE LUCCA, Newton. *ob.cit.*p. 328.

²⁰³ “*Sin embargo, a internacionalização pode proporcionar grandes oportunidades para reforçar o papel das empresas como agentes de mudança social, seja por meio da busca de vantagens competitivas associadas à melhoria da reputação corporativa e, portanto, como uma oportunidade de negócio ou devido a um verdadeiro pressuposto da ética como parte da excelência empresarial*” (tradução nossa). EGOSCOZÁBA, A.M.;ALVAREZ, J. M. S. *Aspectos Éticos de La Internacionalización Empresarial : Oportunidades Para El Cambio*. XII Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección. Universidad de Jaén. 2004. Disponível em <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XII/Ainhoa_Marin_Egoscozabal_y_otro.pdf>. Acesso em 15 Dec. 2013.

²⁰⁴ Cf.: “*In the current state of the world, where dependency and complexity are major factors, managing sustainability problems faced at both the global and the regional level requires shared responsibilities. Among all societal actors, corporations face extended responsibilities, as they are major constructors of global product chains and contributors to global environmental and social concerns. As the impact areas of their activities extend, governance implications become inevitable, leading to a dramatic shift in*

A exemplo disso, no estado da Califórnia, nos Estados Unidos entrou em vigor a Lei de Transparência em Cadeias de Fornecimento em 2012 (*California Transparency in Supply Chains Act*) que tem por objetivo que as empresas, com faturamento anual maior que 100 milhões de dólares estadunidenses, sejam obrigadas a divulgar seus esforços no âmbito de erradicação de tráfico de humanos e escravidão, a partir de sua cadeia de suprimentos.²⁰⁵

Importante ressaltar que o objetivo de tais diplomas é fazer com que o contratante não apenas objetive seus interesses, mediante melhores condições comerciais, mas que verifique, também, como serviços são prestados, observadas as condições de trabalho dos profissionais empregados.

Ora, como vimos, um dos principais motivos para a contratação de *outsourcing* é justamente deixar de lado a preocupação com determinados aspectos, tornando uma série de atividades que antes estavam sob responsabilidade do contratante em relatórios com indicadores de SLA. Ocorre que esse tipo de comportamento do contratante do outsourcing não é considerado mais aceitável.

Os referidos diplomas, bem como discussões éticas e sociais, promovem a repercussão maior sobre a escolha de praticar o *outsourcing*, levando-se em conta o fato de que vários países com economias tradicionalmente fortes (países europeus e Estados Unidos, por exemplo) perderam espaço, empregos e força econômica para Países Em Desenvolvimento.

Aaditya Mattoo e Sacha Wunsch, em um Trabalho Publicado pelo Banco Mundial em 2004, já alertavam sobre a onda protecionista e *anti-outsourcing* vinda de países importadores de serviços:

the balance between private actors and government agencies in international product chains As decisions taken and operations run by corporations may affect a wide range of communities and cultural backgrounds along product chains, their responsibilities extend beyond the culture, social networks and geography of their headquarters. Due to their economic and political influence, specifically high-impact sectors (such as mining, chemicals, automotive industries) are continuously facing expectations to assume stricter responsibilities for their management decisions and activities in developing countries (Sullivan and Frankental, 2002, p. 80). Stakeholders' agendas for corporate responsibility have extended as their perceptions of corporate impacts have widened and their capabilities are developed in time. As the new economy and resource dependencies has enhanced information-sharing around the globe, outreach capabilities of non-governmental organizations (NGOs) and pressure groups have extended and made them a major driver in the wave of change towards social accountability and equity. With the formation of a 'global village', instantaneous media coverage has become extensive, allowing local problems to be listened to and shared at a global level. In this vein, more pressure can be placed on corporations to contribute to environmental resource preservation and social development alongside economic development of regions)." BLEISCHWITZ, Raimund. Corporate Governance of Sustainability: A Co-Evolutionary View on Resource Management. Edward Elgar Publishing. 2007. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=22384>. Acesso em 28 Nov. 2013.

²⁰⁵ State of California. *Senate Bill No. 657*. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/164934.pdf>>. Acesso em 01 Dec. 2013.

*Even though these developments are creating a more efficient global division of labor and bringing significant welfare gains for all countries, they will inevitably affect the structure of employment in a number of importing countries and impose adjustment costs. The result is likely to be protectionist pressures, some signs of which are already visible. It is, therefore, desirable to take pre-emptive action and lock in the current state of openness. Accomplishing this would allow the world to continue to realize the substantial gains from trade, and ensure that adjustment costs are addressed through appropriate domestic policies rather than inferior trade restrictions.*²⁰⁶

Considerando as práticas sustentáveis, no contexto dos princípios de governança corporativa, em um primeiro momento, verificamos que o principal foco dos princípios de governança corporativa é o acionista não controlador, “na condição de beneficiária do fluxo de caixa residual gerado pela companhia”.²⁰⁷ No entanto, acrescenta Mario Engler Pinto Junior:

*(...), qualquer outro interessado que mantenha relações jurídicas com a companhia, ou possa ter o seu legítimo interesse afetado pela condução dos negócios sociais (stakeholders) também é favorecido indiretamente pela correta e eficiente gestão empresarial. Isso significa por que algumas técnicas buscam essencialmente a maximização dos lucros e a geração de valor aos acionistas, enquanto outras abrem mais espaço à preservação do interesse dos stakeholders, ainda que com sacrifício imediato da rentabilidade da companhia. Trata-se do conceito de responsabilidade social corporativa, que pode se inspirar na preocupação com a sustentabilidade no longo prazo (responsabilidade social estratégica), ou no cumprimento da função social da empresa (responsabilidade social altruística).”*²⁰⁸

²⁰⁶ “Mesmo que tais desenvolvimentos estabeleçam divisão mais eficiente do trabalho e, em geral trazendo benefícios sociais significativos para todos os países, inevitavelmente, afetam a estrutura do emprego em um número de países importadores e imposição de custos de ajustamento. O resultado são as prováveis pressões protecionistas, sendo que alguns sinais já são visíveis. Portanto, é aceitável o estabelecimento de uma ação preventiva e bloqueio no estado atual de abertura. O resultado da implementação dessas ações, permitira que o mundo continuasse a perceber os ganhos substanciais do comércio, garantindo que os custos de ajustamento sejam tratados por meio de políticas nacionais adequadas ao invés de de restrições comerciais.” (tradução nossa). MATTOO, A; WUNSCH, S. *Pre-empting Protectionism in Services: The WTO and Outsourcing*. World Bank Policy Research Working Paper 3237. 2004. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14438/WPS3237.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

²⁰⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *A Governança Corporativa E Os Órgãos De Administração* in FINKELSTEIN. Maria Eugenia. R. e PROENÇA, José Marcelo M. (coord) *Gestão e Controle*. São Paulo:Saraiva, 2008, p.79 – 80.

²⁰⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler.*ob. cit.* p.80.

Vale reflexão sobre a necessidade de esclarecimento do conceito de comportamento ético no âmbito empresarial, hoje em dia, com destaque aos relacionamentos jurídicos celebrados em cadeias e diretamente relacionados à prática do *outsourcing*. Utiliza-se a questão da sustentabilidade como ferramenta de *marketing*, de acordo com padrões sociais aceitáveis, como se o comportamento ético fosse tratado de forma a ser um elemento novo aos relacionamentos humanos e empresariais.

Nessa linha, cabe acrescentar a ponderação de Newton De Lucca acerca “dessa novidade”:

*(...) será que, em pleno século XXI, caracterizado pela já referida acrasia ética e no qual a incansável procura do bem e da verdade existente no passado teve como sucedâneo imediato a busca ávida e incontrolada de dinheiro e de poder, poderia fazer algum sentido pensar-se na elaboração de uma teoria geral da ética empresarial?*²⁰⁹

A observância dos aspectos éticos e sociais, tratados erroneamente como novidade, desse ser praticada como elemento de sobrevivência da prática do *outsourcing*, principalmente quando inserido em grandes cadeias de fornecimento. Não há como aceitar que notícias ainda sejam publicadas denunciando a ganância corporativa de determinadas indústrias em prejuízo do valor do ser humano e de uma nação. Nesse aspecto, as práticas sustentáveis devem ser executadas de acordo com seus preceitos teóricos e não somente como ferramenta de marketing comercial, conforme utilizado pelas empresas.

Ainda no que se refere aos aspectos sociais e humanos envolvidos na prática do *outsourcing*, a lei do Estado da Califórnia, que dispõe sobre as cadeias de fornecimento, serve de exemplo de tentativa promovida pelo Estado na fiscalização das atividades desempenhadas

²⁰⁹ DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 23.

De acordo com a visão de Newton De Lucca , cabe acrescentar : “*Uma análise serena de todas as tentativas de estancar a degradação do meio ambiente; de combater o recrudescimento dos particularismos raciais e religiosos; de soerguer as entidades de benemerência e de caridade; de lutar contra a chamada exclusão social; de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; de promover a moralização da vida pública, vilipendiada pela falta de vergonha e pela descompostura ética; de exigir uma deontologia muito mais rigorosa para os detentores dos poderes midiáticos, que tanto terão contribuído para a desagregação dos valores morais tradicionalmente preconizados, quer pela ética religiosa, quer pela ética leiga; de estabelecer um sistema justo de proteção às minorias, sejam elas de que natureza forem; de pugnar pela prevalência incondicional dos direitos humanos; de acreditar, enfim, tudo isso, afinal, não terá ficado num mero e confrangedor exercício de retórica a demonstrar, cada vez mais, a deplorável miséria da condição humana, estampada na abominável exploração do homem pelo homem em lugar da solidariedade e da fraternidade humana, tão solenemente proclamadas nas Constituições de vários países e nas Declarações dos grandes organismos internacionais, e tão melancolicamente sepultadas nos jazigos das boas intenções?*” DE LUCCA, Newton. *ob. cit.* p.23-24.

pelas empresas, observadas também, suas relações com o mercado. Ocorre que, não se espera que o Estado supervisione as atividades das empresas privadas, como realizado nas públicas, mas que atue como ferramenta de proteção do mercado e da sociedade em seu sentido coletivo.

A intervenção estatal foca-se em atividades empresariais relacionadas à realização de investimentos, condições de implantação de empreendimentos, controle da concorrência dos mercados etc. No entanto, as tentativas de regulamentação que possuem relativo êxito podem ser identificadas em países que dispõem de instituições governamentais estruturadas que possuem pessoal qualificado no que se refere à dinâmica dos mercados e noções dos negócios praticados pelas empresas.²¹⁰

Referente à internacionalidade do *outsourcing*, quando inserido em cadeias de produção, verifica-se certa dificuldade em promover a vigilância estatal quando da transferência física de linhas de produção para outros territórios. Tais movimentações atraem a atenção somente casos extremados como rupturas institucionais, declínio econômico, guerras, escândalos sociais etc. Conforme assinalado por José Cretella Neto, “*costumam as empresas transnacionais retirar-se dos países onde operam, especialmente quando dispõem de fábricas, até mesmo em virtude do dano causado à imagem institucional de que desfrutam junto à opinião pública.*”²¹¹

Além disso, nota-se que empresas que realizam rápidas e frequentes modificações na localização de fábricas e operações são passíveis de serem identificadas como oportunistas e menos confiáveis.²¹² Isso deve-se em razão do abalo da estrutura econômica local, com implicações na vida dos profissionais envolvidos na execução de tarefas, no mercado de consumo, relação com outras empresas e na própria reputação econômica do país prejudicado frente ao mercado global.

Cumpram destacar as iniciativas da Organização Mundial do Comércio com o objetivo de compatibilizar as normas da OMC para o comércio internacional e as normas internas dos países membros que versem, principalmente, sobre questões humanitárias e ambientais. Portanto, isso implica que, não obstante o atendimento às normas tributárias e comerciais dos países onde que suas obrigações possuam efeitos, as empresas devem, outrossim, adaptar seus

²¹⁰ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.753.

²¹¹ *Ibid.* p. 753.

²¹² *Ibid.* p.753.

processo de produção às normas sociais e de proteção ambiental.²¹³

²¹³ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.p.757.

5. O *OUTSOURCING* E OS TRIBUNAIS

Este capítulo trata da apresentação de casos práticos de contratos de *outsourcing* celebrados por empresas em alguns países, considerando a abordagem das respectivas cortes e particularidades, em razão dos diferentes ordenações jurídicas e práticas comerciais referente aos problemas encontrados na prestação dos serviços e respectivas consequências no mercado, além da interpretação de eventuais questões passíveis de incomodar a ordem econômica.

Quanto à jurisprudência nacional, nota-se que o tema ainda não foi tratado por nossos tribunais, considerando a acepção aqui adotada. Ocorre que, as grandes corporações que possuem atividades no Brasil, quando verificados conflitos referentes a prestação dos serviços de *outsourcing*, preferem a utilização de meios comerciais para o tratamento dessas questões, por meio do envolvimento de executivos importantes, mantendo o caráter sigiloso da matéria. Além disso, têm-se como opção a utilização de meios alternativos à solução de controvérsias como a mediação e a arbitragem.

5.1 Estado de Indiana VS IBM

*Neither party deserves to win this case. This story represents a 'perfect storm' of misguided government policy and overzealous Corporation ambition. Overall, both parties are to blame and Indiana taxpayers are left as apparent losers*²¹⁴

O Estado de Indiana e a IBM assinaram um contrato de *outsourcing*, em 2006, estabelecendo-se vigência de dez anos e o valor total de 1.3 bilhões de dólares. O objetivo deste

²¹⁴ “Nenhuma das partes merece ganhar este caso. Este, representa uma ‘tempestade perfeita’ envolvendo política governamental equivocada e a ambição e excesso de zelo de uma corporação. No geral, ambas as partes são os culpados e os contribuintes de Indiana são deixados como aparentes perdedores” (tradução nossa) . Introdução da sentença proferida pelo juiz David J. Dreyer em 18/07/2012 - State of Indiana, et al., v. International Business Machines Corporation (Marion Superior Court, Cause No. 49D10-1005-PL-021451).

acordo era a transformação e modernização do sistema de previdência social adotado pelo Estado, incluindo o desenvolvimento de sistemas informáticos e o aprimoramento de procedimentos operacionais internos. Nesse sentido, estabeleceu-se que, o considerado pior sistema de previdência social dos Estados Unidos até então, fosse modificado com o intuito de permitir que os cidadãos de Indiana solicitassem benefícios sociais por meio da internet ou de um *call-center*, que estariam sob a responsabilidade da IBM.²¹⁵

Entretanto, em razão de atrasos verificados nas etapas iniciais do projeto e diversos erros apontados que teriam sido causados pela IBM, o Estado de Indiana rescindiu o contrato, em 2009. O cliente do *outsourcing* alegou o descumprimento de obrigações contratuais fundamentais (“*material breach*”)²¹⁶ no que se referiam à “qualidade e oportunidade”, em razão do descumprimento de objetivos de SLA, com o posterior instauração de com ação judicial, cujo pedido principal envolveu a solicitação do pagamento montante correspondente ao valor total do contrato como indenização sob a alegação de “*liquidated damages*”.²¹⁷

Ocorre que a decisão mostrou que houve erro no que se referia à intenção do governo local em transferir o risco da operação do sistema de previdência social, uma vez que se decidiu pela implantação de um “experimento teórico e não testado”, por meio da alocação de agentes especializados nos trâmites internos com o uso de computadores e chamadas telefônicas para atendimento remoto aos usuários (“*remote eligibility*”) do sistema previdência em sua completude. O mau planejamento do ente público e seus reais objetivos por trás de sua opção pelo *outsourcing* representou exemplo de utilização indevida do dinheiro dos contribuintes do Estado de Indiana, embora a “quebra da confiança do interesse público” não fosse considerada

²¹⁵ KRISS, Robert; SCHAFFNER, Derek. *Material Breach In Outsourcing Agreements* in Business & Technology Sourcing Review. Mayer Brown. Issue 18, 2012 . 24 p. Disponível em <<http://www.mayerbrown.com/Material-Breach-in-Outsourcing-Contracts-12-18-2012/>> Acesso em 1. Dec. 2013.p. 24.

²¹⁶ Cf.: “*Material Breach in contract law a breach that is substantial and operates to excuse further performance by the aggrieved party. A material breach destroys the value of the contract and gives rise to an action for breach of contract.*” GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. 5th ed, Barron’s, 2003.p. 60.

²¹⁷ Marion Superior Court, Cause No. 49D10-1005-PL-021451). p. 2.

“*Liquidated Damages na amount stipulated in the contract which the parties agree to as a reasonable estimation of the damages owing to one in the event of a breach by the other. In order for such a provision to be enforceable as a measure of damages, the liquidated damages provision must constitute a reasonable forecast of the damages likely to actually result from the breach.*” GIFIS, Steven H. *ob cit* p. 128. Ocorre que a interpretação deste instituto pelo Estado de Indiana é um pouco diferente. Segundo a decisão, “*in Indiana, the liquidated damages provisions are appropriately used where: (i) the calculation o actual damages would be difficult or impossible; and (ii) the amount stipulated in the provisions is not unreasonable. Indiana Law permits liquidated damages only when the proscribed sum ‘fairly compensates for the breach’*” Marion Superior Court, Cause No. 49D10-1005-PL-021451). p. 60.

na decisão, “*it is just about the money between the parties, much of which is already spent by the State*”.²¹⁸

Neste “*case law*”, não foi questionado, em nenhum momento, a boa-fé das partes no que se referia ao cumprimento das obrigações avençadas, especialmente o “*hard work*” desempenhado pelos empregados de ambas as partes. A alegação de descumprimento do contrato pelo instituto do “*material breach*” não foi aceita pela corte, uma vez que os “dissabores” ocorridos durante a execução do contrato estavam atrelados, outrossim, à inconsistência no desempenho das atividades pelo próprio cliente, resultando, , em efeitos insatisfatórios causados por ambas as partes. Além disso, os descumprimentos das obrigações pela IBM não afetaram o “coração do contrato”, não caracterizada a evocação do instituto legal da “*common law*”.²¹⁹

O pleito pelo pagamento do montante correspondente ao valor do contrato a título de “*liquidated damages*” não foi acatado pelo juiz, uma vez que a lei do Estado de Indiana estabelece que seu pagamento compense, de alguma forma, a violação da obrigação contratual. Considerando a dificuldade no cálculo dos danos causados a todos os envolvidos na relação jurídica e a ausência do “*material breach*” alegado pela acusação, a decisão superior foi a condenação, pelo pagamento de 52 milhões de dólares pela IBM ao Estado de Indiana pelas falhas na prestação do serviço.²²⁰

5.2 AstraZeneca Uk VS IBM

²¹⁸ “ (a decisão) refere-se apenas sobre o montante discutido entre as partes, muito do que já havia sido gasto pelo Estado (de Indiana)” (tradução nossa)

“The largely undisputed evidence shows that the Governor , the Family and Social Services Administration (FFSA) and various State of Indiana (“State”) officials set out to fix Indiana’s poorly –performing welfare system by inserting an untested theorical experimented, and substitute personnal caseworkers with computers and phone calls (‘remote eligibility’). This is now admitted by error , and there is nothing in this case , or the Court ‘s power that can be done to correct it , or remedy the lost taxpayer Money or personnal suffering of needy Hoosiers. All that can be done in this case is to take the first step at setting the final numbers among so many millions already spent”

²¹⁹ Marion Superior Court, Cause No. 49D10-1005-PL-021451).p. 2.

²²⁰ OVERBY, Stephanie. *IBM Beats Indiana in Outsourcing Case no One ‘Deserves to Win’*. CIO Magazine, 2012. Disponível em <http://www.cio.com/article/712259/IBM_Beats_Indiana_in_Outsourcing_Case_No_One_Deserves_to_Win_?page=1&taxonomyId=3187> Acesso em 1 Dec 2013.

O caso refere-se ao contrato “guarda-chuva” (“*master agreement*”) firmado na Inglaterra pela subsidiária da IBM ali localizada e a AstraZeneca em Julho de 2007, cujo objetivo era a prestação de serviços *outsourcing* de forma global. Para tantos, acordos locais (“*adoption agreements*”) entre as susidiárias de ambas as empresas foram formalizados em vários países, com o objetivo de resguardar o cumprimento das obrigações locais. A AstraZeneca ingressou com ação, em 2011, com o objetivo de obrigar a IBM a cumprir as obrigações complementares de transferência de conhecimento e plano de desmobilização referentes à rescisão do contrato por iniciativa da Astra Zeneca.²²¹

Em suma, a decisão da *England and Wales High Court* supriu o lapso de consenso entre as partes no que se referia às obrigações de colaboração quando da desmobilização do *outsourcing* de TI e Processos para que outro fornecedor assumisse a responsabilidade perante a AstraZeneca. Dada a complexidade dos serviços e até o que deveria ser interpretado do termo “*infrastructure*”, os prazos de notificação para rescisão do acordo foram parcialmente obedecidos pela empresa cliente, acarretando na não-execução de parte das atividades de “assistência na transferência” pela IBM sob a alegação do não cumprimento de obrigações da AstraZeneca relacionadas à mobilização e promover a disponibilizado do novo fornecedor para que o conhecimento sobre a operação sob o *outsourcing* fosse transferido.

De acordo com o contrato em disputa, os serviços de assistência na transferência em sua totalidade seriam prestados pela IBM mediante pagamento de valor fixo, bem como a apresentação do plano de saída e desmobilização pela AstraZeneca (“*Exit Plan*”) observados os prazos formalizados. Ocorre que, considerando a inobservância dos prazos, a IBM declinou da prestação de tais atividades adicionais, deixando o cliente sem opção.²²²

A decisão estabeleceu que a IBM deveria prestar os serviços de assistência na transferência em sua totalidade mediante contraprestação, uma vez que foram constatadas diversas tentativas da AstraZeneca de renegociar os prazos, considerando a dificuldade em lidar com dois fornecedores e a preocupação na continuidade das atividades objeto do *outsourcing*.

²²¹ England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions Astrazeneca UK Ltd v International Business Machines Corporation [2011] EWHC 306 (TCC) (22 November 2011). Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2011/306.html>> Acesso em 20 Nov. 2013.

²²² *AstraZeneca UK Limited v International Business Machines Corporation*. Out-Law.com. Disponível em <<http://www.out-law.com/en/topics/tmt--sourcing/computer-law-reports1/astrazeneca-uk-limited-v-international-business-machines-corporation-/>>. Acesso em 20 Nov 2013

Contudo, o planejamento precário relacionado à troca de fornecedores foi constatado pela decisão.²²³

²²³ England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions Astrazeneca UK Ltd v International Business Machines Corporation [2011] EWHC 306 (TCC) (22 November 2011). Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2011/306.html>> Acesso em 20 Nov. 2013.

5.3 IBM e Fiat

O *outsourcing* de TI e Processos celebrado entre a IBM Itália e a subsidiária Business Solutions da FIAT, em maio de 2001, culminando na criação da *Joint Venture* “*Global Value Services*” (GVS) na Itália e em outras subsidiárias ao redor do mundo, foi analisada sob o ponto de vista da lei antitruste europeia, dado que o contrato foi interpretado sob o ponto de vista dos acordos verticais.²²⁴

Ocorre que a formação da *joint venture* fez parte de uma operação de *outsourcing*, em que a Fiat estabeleceu parceria estratégica com a IBM Itália, com vista a racionalizar seus gastos de TI, mas também para expandir sua atividade por meio da *Joint Venture* no que se referia à prestação de serviços de TI. A lógica por trás da operação era a criação de uma única entidade econômica, composta por três entidades jurídicas separadas, com regras diferentes de gestão.

A GVS foi concebida para ser entidade responsável pelo fornecimento de vários serviços para a Fiat e outras empresas. Acrescenta-se o fato de que a Comissão Europeia constatou, na ocasião, que cada uma das três entidades jurídicas diferentes, não atuavam no

²²⁴ Commission of The European Communities. Case COMP/M.2478 . *IBM Italia/Business Solutions/JV*. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2478_en.pdf> . Acesso em 1 Jan. 2014.

Importante atribuição de destaque ao “Vertical Assessment”: “36. *The Fiat group currently satisfies [a substantial portion] of its requirements for IT services .captively.. The remainder of its requirements is sourced from third parties and services (...) The remainder of its requirements is sourced from third parties and accounts for less than [1]% and [0-5]% of total European and Italian demand, respectively.*

37. *The Fiat group and the Joint Venture will then enter into some contractual arrangements. In particular the Joint Venture will enter into a seven-year IT services agreement requiring the Fiat group to purchase from the Joint Venture approximately two-thirds of its current total IT services requirements. In addition, the Joint Venture will benefit from a right of first refusal regarding the remainder of Fiats IT services requirements. However, Fiats share of demand for IT services, including its current captive demand, represents less than [<1]% and [0-5]% of total European and Italian demand, respectively.*

38. *In terms of IT management services, Fiat share of demand (including its current captive demand) has been estimated by the parties as being approximately [5-10]% of the total Italian merchant demand for IT management services in 1999 and also for 2000.*

39. *Also bearing in mind the potential expansion of the market due to new outsourcing customers in the coming years, the transaction will therefore not foreclose competing suppliers of IT services to an extent that could be expected to have a appreciable adverse effect on competition in IT services and IT management services in the EEA or in a substantial part of it.*

The undertakings concerned have a combined aggregate worldwide turnover of more than EUR 5 billion1. IBM has world-wide turnover of [EUR 95.667 million in 2000] and FIAT has world-wide turnover of [EUR 57.555 million in 2000]. IBM and FIAT have a Community-wide turnover in excess of EUR 250 million and do not achieve more than two-thirds of their aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State. The notified operation therefore has a Community dimension.”

mercado como uma força comercial autônoma, mas, necessariamente, agiriam em conjunto. Nesse sentido, a Comissão Europeia não se opôs à operação.

Em 2005, o controle da GVS foi totalmente adquirido pela IBM. No entanto, os Serviços de *outsourcing* continuaram a ser prestados à Fiat e não houve oposição da Comissão Europeia com relação à operação.²²⁵

5.4 Hewlett-Packard (HP) VS British Sky Broadcasting

O caso relaciona-se ao contrato assinado pela British Sky Broadcasting (BSY) e Eletronic Data Systems (EDS), em 2000, cujo objeto envolvia a transferência da responsabilidade pelo sistema de serviços a clientes e seu valor era de 48 milhões de libras esterlinas. O contrato foi resolvido em 2002 pela BSY sob a alegação de “desempenho lamentável pela EDS, além da acusação de declarações falsas, descumprimento contratual e negligência na prestação dos serviços.”²²⁶

A BSY ingressou com ação na justiça londrina com o pedido de indenização de 200 milhões de libras esterlinas pelos danos causados, considerando também os custos associados à busca de um novo provedor de serviços.²²⁷ A decisão não reconheceu a acusação de declarações falsas e negligência, embora tenha confirmado danos causados em razão do descumprimento contratual, considerando a substituição da EDS pela PricewaterhouseCoopers.

5.5 Electronic Data Systems (EDS) VS Xerox

Em 1994, a Xerox contratou os serviços de *outsourcing* da EDS pelo valor de dois bilhões de dólares estadunidenses para o gerenciamento de seus sistemas legados

²²⁵ Comission of The European Communities. *Case No. COMP/M.3844 . IBM ITALIA / GLOBAL VALUE* Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3844_20050628_20310_en.pdf>. Acesso em 1 Jan. 2014.

²²⁶ OVERBY, Stephanie. *IT Outsourcing : Landmark Ruling Against HP's ED' Gives Customers New Power*. CIO Magazine, 2010. Disponível em <http://www.cio.com/article/538063/IT_Outsourcing_Landmark_Ruling_Against_HP_s_EDS_Gives_Customer_s_New_Power> Acesso em 20 Dec. 2013.

Cumpra observar que a EDS foi adquirida pela HP, em 2008.

²²⁷ High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court. Royal Court of Justice, London , 2010 EWHC 86 (TCC) Case No: HT-06-311

informáticos, instalados em *mainframes*, relacionados ao faturamento, comissionamento de vendas, telecomunicações e suporte aos usuários de computadores pelo prazo de cinco anos. De acordo com contrato, foram transferidos dois mil empregados da Xerox para a EDS que desempenhavam as atividades das operações de maneira eficiente. Naquela ocasião, a Xerox, também reconhecida empresa de TI, alegou que não estaria substituindo seu departamento de TI que estaria defasado ou simplesmente utilizar menos custos, mas sim para atribuir foco no desenvolvimento de novos sistemas e estratégias. Contudo, nessa época, a estratégia de negócios da EDS era adoção de um modelo de remuneração fixa pelos serviços de *outsourcing*, não oferecendo a prestação de serviços adicionais, descaracterizando o aspecto flexível já tipo dos contratos dessa prática daquele tempo, produzindo margens de lucros superiores, o que não ocorreu. Por conseguinte, a Xerox viu-se obrigada a assumir a responsabilidade pelos serviços adicionais ao escopo do contrato.²²⁸

Durante o segundo semestre de 1998, a Xerox deixou de honrar os pagamentos devidos à EDS alegando insuficiência na prestação dos serviços, acarretando no ingresso de ação na corte de Nova Iorque pela EDS, em 1999, para cobrança dos valores pendentes, bem como alterações unilaterais por parte da Xerox do escopo originalmente contratado. Quando Xerox teve condições de reorganizar suas operações de vendas e *marketing* no final de 1998, o sistema de faturamento caiu em desordem, e os esforços da área de vendas foram desviados para as tarefas administrativas que estavam sob responsabilidade da EDS. As partes chegaram a um acordo no que se tangia à disputa visando à realização de parcerias futuras.²²⁹

5.6 Carlston VS IBM

Trata-se de um caso recente e sem decisão final em que a Carlston alega que a IBM teria incorrido no descumprimento de obrigações de ofício e confiança (“*fiduciary duties*”) e “*material breach*” no contexto do contrato de *outsourcing* de operações de IT celebrado pelas partes e um adendo celebrado em outubro de 2006 que teria sido resultado da manifestação de vontade das partes de que as obrigações da IBM com relação aos serviços de *outsourcing* originalmente acordados estavam quitadas. Ocorre que a Carlston alega a nulidade do referido

²²⁸ STRASSMANN, Paul. *The Xerox Tragedy*. Computer Word Magazine. 2000. Disponível em <<http://www.strassmann.com/pubs/cw/xerox.shtml>> Acesso em 5 Jan 2014.

²²⁹ EDS and Xerox Settle £2bn Court Battle. Computer Weekly Magazine. Disponível em <<http://www.computerweekly.com/news/2240043362/EDS-and-Xerox-settle-2bn-court-battle>> Acesso em 5 Jan 2014.

adendo, já que o intuito seria o de realizar a compensação com relação aos atrasos ocorridos nos serviços de implantação do sistema de ERP que também integravam o escopo do contrato, sendo atribuída à IBM a continuação da prestação dos serviços de *outsourcing*. Contudo, o argumento da Carlston já foi rejeitado pela corte, uma vez que fez parte do acordo, estabelecido no referido adendo, concessão de crédito no valor de 4.5 milhões de dólares estadunidenses em favor da Carlston em razão dos pagamentos realizados antecipadamente referentes ao serviço de *outsourcing*.²³⁰

As partes apresentaram a forma com o adendo teria sido negociado e formalizado, sob a alegação de alterações ocorridas de “última hora”, bem como a possibilidade de várias interpretações dada à ambiguidade de seu texto. Sob esse tema, somado a outros dissabores alegados, levantou-se a questão sobre eventual quebra do dever de ofício e confiança (“*breach of fiduciary duties*”) da IBM. A decisão assinala: “*Under Minnesota law, “a fiduciary relationship exists ‘when confidence is reposed on one side and there is resulting superiority and influence on the other; and the relation and duties involved in it need not be legal, but may be moral, social, domestic, or merely personal’.*”²³¹

O dever de ofício e confiança seria requerido quando existe a obrigatoriedade de atuação de um agente em benefício de outro em todos os assuntos e interesses ligados à relação. Contudo, a prática jurídica em Minnesota estabeleceu que somente um número restrito de relações seriam consideradas “*fiduciary relationships*”, com o relacionamentos entre advogado e cliente, parcerias de negócios, diretores e a empresa e o casamento.²³²

A Carlston refere-se ao contrato celebrado com a IBM como sendo um “*de facto fiduciary relationship*”, em que haveria a obrigação de ofício e confiança como aspecto implícito ao contrato. No entanto, a corte de Minnesota exige a existência de “circunstancias especiais” para aplicar o instituto de forma análoga aos contratos celebrados entre empresários. Tais circunstancias estariam relacionadas à existência de disparidade substancial

²³⁰ United States District Court . District of Minnesota. Carlson, Inc vs International Business Machines Corporation. Case No. 10-CV-3410 (JNE/TNL). Disponível em <<http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/minnesota/mndce/0:2010cv03410/115380/422/0.pdf>> Acesso em 5 Jan 2014.

²³¹ “De acordo com a lei de Minnesota, existe uma relação de confiança quando a confiança é depositada em um dos lados, não havendo superioridade e influência sobre o outro. A relação e deveres envolvidos nela não precisam ser jurídicos, mas podem ser morais, sociais, domésticas, ou meramente pessoais”. (tradução livre) “*Fiduciary is a person having a [legal] duty, created by his undertaking, to act primarily for the benefit of another in matters connected with his undertaking; in the nature of a position of trust or holding confidence*”. GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. 5th ed, Barron’s, 2003. p.203 .

²³² “*Minnesota courts impose this duty – ‘the highest standard of duty implied by law’ – sparingly. indeed, only a small number of relationships have been found to be per se fiduciary relationships, including trustee-beneficiary, attorney-client, business partnerships, director-corporation, officer-corporation and husband-wife*”

de experiência e conhecimento entre as partes atrelado à falta de acesso à informação e recursos ligados ao escopo do contrato, embora os aspectos de confiança e boa-fé são pertinentes a qualquer contrato de longa duração celebrados entre empresas atualmente.²³³

A decisão descaracteriza a adoção do referido instituto ao contrato de *outsourcing*, uma vez que foram estabelecidas obrigações de cumprimento de políticas e padrões da própria Carlston durante a prestação dos serviços pela IBM, o fornecimento de documentação técnica pela Carlston, bem como critérios objetivos de aceitação e conclusão dos serviços.²³⁴

Por fim, a alegação de vulnerabilidade com relação à forte dependência causada pelo relacionamento e pelo profundo conhecimento técnico da IBM sobre o modo de serviços, acarretando em desequilíbrio contratual foi igualmente rejeitada pela corte, sob o argumento de que o contrato estabelece procedimentos necessários ao planejamento do cliente quando das inúmeras hipóteses de rescisão e resolução contratual, bem como o direito de realização de auditorias sobre documentos, deixando transparente a forma como o objeto do contrato era provido.²³⁵

²³³ *Where the parties' arrangement is not of a type that has been designated a per se fiduciary relationship, the general rule in Minnesota is that it may be found to constitute a de facto fiduciary relationship only where certain "special circumstances" are present (...) Such "special circumstances" may be found where there is a wide disparity of experience and knowledge between the parties, uneven access to information and resources, invited confidences, and the surrender of financial control. (...) In contrast to these "special circumstances," Minnesota courts have been explicit that "reliance on a professional, . . . a certain degree of trust and a duty of good faith" among parties to a business arrangement are merely characteristic of an "ordinary business relationship."* Carlson, Inc vs International Business Machines Corporation. Case No. 10-CV-3410 (JNE/TNL)

²³⁴ *"Carlson does not dispute that its business arrangement with IBM was one negotiated at arms-length by two highly sophisticated corporate entities, and it cites no precedent where a de facto fiduciary relationship, or even a triable issue, has been found on facts parallel to these. The Court thus concludes that Carlson cannot establish that its outsourcing arrangement with IBM was the type of relationship to which Minnesota affords special consideration and upon which it imposes the heightened duties of a fiduciary relationship. IBM was a contracting party, not a fiduciary."* Carlson, Inc vs International Business Machines Corporation. Case No. 10-CV-3410 (JNE/TNL)

²³⁵ *"In addition, while Carlson claims that IBM had vastly superior knowledge and access to information regarding the services it was performing, the MSA reserved for Carlson the right to audit IBM's performance and challenge its pricing and delivery of services. Finally, while Carlson claims that it was left hamstrung and vulnerable because of IBM's exclusive control over the "lifeblood" of its business, the MSA reveals that Carlson entered this important contractual relationship with its eyes wide open. The MSA accounted for the eventuality that deficient performance or abandonment by IBM could – and probably would – cause disruption to Carlson's operations, and provided robust protections against it. Under these protection provisions, Carlson was entitled to terminate the MSA for material breach, MSA § 20.1(a), and to receive "Termination Assistance Services" from IBM for a period of up to 12 months from the notice of termination in order to transition the services smoothly from IBM back to Carlson, MSA § 4.4. IBM's right to terminate the MSA, on the other hand, was restricted to a scenario in which Carlson refused to pay "undisputed amounts properly due and owing to IBM" after two notices. MSA § 20.1(b). If IBM terminated the MSA for any other reason, or if it even threatened to cease performing any of its obligations, including Termination Assistance Services, Carlson was entitled to obtain an injunction ordering IBM to continue performing as required by the MSA. MSA § 19.1(f)." Carlson, Inc vs International Business Machines Corporation. Case No. 10-CV-3410 (JNE/TNL)*

6. CONCLUSÃO

A importância do estudo das possíveis formas de *outsourcing* ganha força diante da quantidade de implicações econômicas, sociais e jurídicas passíveis de serem encontradas quando da celebração de acordo com este fim por duas ou mais empresas. Nesse aspecto, cumpre observar a evolução do modelo a partir de uma abordagem mais simples, cujas características aproximam-se dos contratos descontínuos, em que os interesses das partes contratantes possuem motivações somente nas próprias vantagens e resultados esperados, para perspectiva relacional com caráter cooperativo e de compartilhamento de benefícios pelos agentes que integram a relação jurídica.

Isto posto, entende-se que modelo originário de *outsourcing* coincide com o advento da comunicação informatizada como fenômeno econômico e social durante os anos 80. Conforme aludido por Pierre Levy, é possível constatar “*redes mundiais de universitários e pesquisadores, redes empresariais, correios eletrônicos, correios eletrônicos, ‘comunidades virtuais’ se desenvolvendo sobre uma base local, acesso direto a bases de dados etc.*”²³⁶

O referido autor ainda reflete que se espera certo deslocamento das atividades industriais para os serviços por meio da terceirização:

*Com efeito, o mundo dos serviços é cada vez mais invadido por objetos técnicos. Ele ‘se industrializa’: distribuidores automáticos, servidores telemáticos, softwares de ensino, sistemas especialistas etc. Os industriais concebem cada vez mais sua atividade como serviço.*²³⁷

Entendemos que a adaptação ao modelo relacional tenha sido o fator de sobrevivência da referida prática, uma vez que foram contestados seus motivos originariamente ofertados como sendo as grandes vantagens do *outsourcing*, em razão de aspectos sociais e éticos que envolvem o enfraquecimento da utilização de mão-de-obra e outros recursos dos Países Desenvolvidos, em contrapartida, do fortalecimento das economias dos Países Em

²³⁶ LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2011. p.12 .

²³⁷ *Ibid.* p.19-20.

Desenvolvimento, omitindo, no entanto, a exploração sem limites do fator humano e de recursos naturais desses locais, no caso do *offshore*.

Conforme possível verificar até aqui, constata-se que o modelo de *outsourcing* pode variar dependendo dos fatores essenciais à sua execução, como a atividade-fim da empresa contratante e o grau de especialização do provedor de serviços. Por conseguinte, não é possível delimitar lista taxativa de obrigações típicas do contrato de *outsourcing* para ambas as partes e indicar com precisão as consequências relacionadas com seu descumprimento sob o aspecto da responsabilidade civil, em razão das diferentes interpretações da prática e também dos diversos sistemas jurídicos envolvidos.

O *outsourcing* contribui para o aprimoramento de tarefas cotidianas executadas por máquinas, programas de computador e pessoas relacionados aos processos produtivos e à TI, apresentando como resultado, a qualidade de mercadorias e serviços ofertados ao público final. Nesse sentido, a prática é também apontada como responsável pela diminuição cada vez maior da exclusão digital, possibilitando a viabilidade de utilização de tecnologia de ponta em várias regiões ao redor do globo e também com a integração da tecnologia à sociedade.

A visão originária do modelo de *outsourcing* possui relação com a intenção de diminuir o valor do homem e de sua importância única inserida nos processos produtivos e redes contratuais, sendo monetizado o seu valor. Nessa linha, acrescenta Fábio Konder Comparato:

*No ambiente capitalista, contrariamente a luminosa lição de Kant, os homens têm preço e não dignidade. No extremo limite, como foi visto não poucas vezes na História moderna, muitos seres humanos nem preço têm: perdem até mesmo a sua condição desprezível de mercadoria. São pesos mortos para a organização econômica capitalista, e o seu desaparecimento em massa produz benefícios evidentes ao funcionamento do Sistema. Fato decisivo de que a tecnologia, como fator de produção, foi apropriada como capital empresarial, e dirigida, em consequência, não ao atendimento das necessidades vitais do ser humano, mas de modo preponderante, senão exclusive, ao aumento exponencial dos lucros.*²³⁸

Reconhecido esse fato, espera-se que a integração tecnológica evolua, assim como o modelo de *outsourcing* e também os aspectos de responsabilidade social corporativa tanto defendidos na atual conjuntura, adquirindo o intuito de valorizar o homem pelos seus valores

²³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p8.

e conhecimento e sua contribuição à sociedade e não como ferramenta de exploração econômica, desconsiderando os aspectos éticos mínimos necessários ao seu tratamento.

A maior parte da literatura sobre contratos de *outsourcing* leva em consideração necessidades pontuais que se encontram em evidência no mundo corporativo, sem muito aprofundamento. Tratam-se de manuais no estilo de “*10 dicas que você precisa saber sobre outsourcing*” ou “*modelos de cláusula de contratos de outsourcing*” e divulgados praticamente como são publicados livros sobre dietas alimentares e guias de autoajuda.

A discussão sobre o tema é inesgotável no que diz respeito aos inúmeros aspectos correlatos, uma vez que o referido negócio jurídico liga-se às diversas consequências experimentadas à estrutura social e econômica que o cercam. Ademais, dada às variações e combinações possíveis de escopo do contrato, torna-se praticamente impossível delimitar sua tipicidade, sendo objeto específico de norma reguladora ou tratado internacional.

Contudo, é possível promover a regulação, não apenas no âmbito do *outsourcing*, dos efeitos à sociedade, bem como obrigações entendidas como acessórias, que, quando não observadas com cuidado, promovem prejuízos, exclusão social e diminuição do valor do ser humano frente à máquina econômica em busca de lucro.

O objeto deste estudo deve ser compreendido no âmbito da divisão social do trabalho preconizada por Durkheim. Entende-se que essa divisão é necessária para a formação da sociedade e sua manutenção em equilíbrio, proporcionando a criação de um sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de modo durável.²³⁹

Nesse contexto, desfruta de mesmo valor, a busca pela flexibilidade nas relações humanas, tal como a mesma tendência é constatada nas estruturas hierárquicas empresariais. Contudo, por mais que exista pretensão de desapego às origens, persiste a consciência humana voltada à moral. Esta, relaciona-se como o indivíduo toma consciência de sua dependência com a sociedade, sendo dela as foras que o retêm e o contêm.²⁴⁰

²³⁹ CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo Fernandes. *Introdução Ao Pensamento Sociológico*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Eldorado, 1983.p.80.

²⁴⁰ Cf. “À medida que avançamos na evolução, os laços que ligam o indivíduo a sua família, à terra natal, às tradições legadas pelo passado, aos usos coletivos do grupo amortece. Mais móvel, ele troca mais facilmente de meio, deica os seus, para ir viver noutros lugares uma vida mais autônoma, ganhando ele mesmo suas próprias ideias e seus sentimentos. Sem dúvida, toda consciência comum não desaparece por causa disto; restará sempre, pelo menos, o culto da pessoa, da dignidade individual da qual acamamos de falar e que, desde logo, é o único centro de ligação de tantos espíritos.” *ibid.* p. 81

O movimento de desverticalização “mundial” foi praticado de modo irresponsável, a princípio, momento em que persistia a vontade de manifestação das obtenção de vantagens e dinheiro acima de tudo, não importando a maneira ou os impactos à sociedade ao redor. Na atual conjuntura, técnicas sustentáveis são observadas pelos vários setores da economia, com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento harmônico, já tratado por Durkheim.

O desenvolvimento harmônico é desejável, embora não seja realizável em sua completude, indica que:

“não devemos nos dedicar todos a um mesmo gênero de vida; temos funções diferentes a preencher, segundo nossas aptidões, e necessário que nos coloquemos em harmonia com a que nos cabe. (...) Sem dúvida, essa especialização não exclui um certo fundo comum e, conseqüentemente, um certo equilíbrio das funções tanto orgânicas como psíquicas, sem o qual a saúde do indivíduo estaria comprometida, ao mesmo tempo que a coesão”.

241

Dessas considerações, em suma, procurou-se, no presente estudo, o tratamento aprofundado e doutrinário sobre a prática sobre seus principais aspectos, atribuindo destaque, de certo modo, ao tratamento pela ordenação jurídica nacional, vez que o tema ainda é tratado como novidade pelos operadores do direito aqui domiciliados, carecendo também de jurisprudência nacional até o momento.

²⁴¹ CASTRO. Ana Maria de; DIAS, Edmundo Fernandes. *Introdução Ao Pensamento Sociológico*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Eldorado, 1983.p.81.

REFERÊNCIAS

AMANT, Kirk St. *Understanding IT Outsourcing. A Perspective for Managers and Decision Makers: IT Outsourcing: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*. IGI Global, 2010. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=32888>>. Acesso em 9. Jul. 2013.

ARENDT, HANNAH. *A Condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama Do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AstraZeneca UK Limited v International Business Machines Corporation. Out-Law.com. Disponível em <<http://www.out-law.com/en/topics/tmt--sourcing/computer-law-reports1/astrazeneca-uk-limited-v-international-business-machines-corporation-/>>. Acesso em 20 Nov. 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio*. In Revista dos Tribunais, volume 832. São Paulo: RT, 2005.

BASSO, Maristela. *Curso De Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BENJAMIN, A. H. V; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BLEISCHWITZ, Raimund. *Corporate Governance of Sustainability: A Co-Evolutionary View on Resource Management*. Edward Elgar Publishing. 2007. Disponível em <http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=22384>. Acesso em 28 Nov. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução Do Conceito De Contrato: Do Clássico Ao Atual*. In HIRONAKA, Giselda M. F. N; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BRAGG, Steven M. *Outsourcing: A Guide to...Selecting the Correct Business Unit...Negotiating the Contract...Maintaining Control of the Process*. Second Edition. John

Wiley & Sons, 2006. Disponível em
<http://common.books24x7.com/book/id_13990/book.asp> . Acesso em 9 Jul. 2013.

BURNETT, Rachel. *Outsourcing IT The Legal Aspects: Planning, Contracting, Managing and the Law*. 2 ed. Gower, 2009.

CARDOSO, FLAVIO CESAR MOREIRA. *Fatores Determinantes Na Escolha do Brasil Como Exportador De Serviços de Tecnologia da Informação*. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 2006. 18-19 p. Disponível em
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3798/ACF399.pdf?sequence=1>> Acesso em 15 Dec. 2013.

CASTRO. Ana Maria de; DIAS, Edmundo Fernandes. *Introdução Ao Pensamento Sociológico*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Eldorado, 1983.

China.org.cn. *Foreign Trade Law of the People's Republic of China*. Disponível em
<http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/201102/14/content_21917089.htm> . Acesso em 1 Jan 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O Princípio Constitucional Da Legalidade E A Exploração De Atividade Empresarial* In DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Princípios de Direito Comercial: Com Anotações ao Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Normas de Interpretação Contratual no Brasil – Tratado de la Interpretacion del Contrato em America Latina*. COAGUILA, C. A. S (coord.) . Editora Juridica Grije, 2007.

DEIXONNE, J-L; QUÉLENNEC C. *Offshore et systèmes d'information*. Lavoisier, 2009. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=35806>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

DIATHESOPOULOS, Michael. *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*. Cambridge University. Munich Personal RePEc Archive Paper No. 24028. 2010. Disponível em <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/24028/1/MPRA_paper_24028.pdf> Acesso em 15 Dec. 2013.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Contratos E Obrigações No Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10ª ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DONG, Jielin. *China Business Laws and Regulations: The Complete Reference, Second Edition*. Javvin Technologies, 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=23112>>. Acesso em 3 Nov. 2013.

EDS and Xerox Settle £2bn Court Battle. Computer Weekly Magazine. Disponível em <<http://www.computerweekly.com/news/2240043362/EDS-and-Xerox-settle-2bn-court-battle>> Acesso em 5 Jan 2014.

Egoscozába , A.M.;ALVAREZ, J. M. S. *Aspectos Éticos de La Internacionalización Emprearial : Oportunidades Para El Cambio*. XII Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección. Universidad de Jaén. 2004. Disponível em <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XII/Ainhua_Marin_Egoscozabal_y_otro.pdf>. Acesso em 15 Dec. 2013.

FERNANDES, W; RODRIGUEZ, C.F. *Aspectos Contratuais da “Aliança” Em Empreendimentos de Infraestrutura*. In: W. FERNANDES (coord.). *Contratos de Organização Da Atividade Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORGIONI, Paula. *A Evolução Do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013. FORGIONI, Paula. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: RT, 2007

_____. *Teoria Geral Dos Contratos Empresariais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Interpretação Dos Negócios Empresariais* In FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos E Princípios Dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. 5th ed, Barron's, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOSWAMI, Arti Grover .*Vertical FDI versus Outsourcing: The Role of Host Country Human Capital*. Development Research Group (DECRG). The Journal of International Trade & Economic Development, 21(4), 2011-06-12. World Bank, Washington, DC: 2013. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13270/rjte10.108009638199.2010.497848.pdf?sequence=3>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

HALVEY, J. K; MELBY, B. M. *Business Process Outsourcing: Process, Strategies, and Contracts*. Second Edition. John Wiley & Sons, 2007. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=20407>>. Acesso em 7 Jul. 2013.

Instituto Ethos. *Indicadores Ethos para Negócios Sustentáveis e Responsáveis*. Disponível em <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/iniciativas/indicadores/#.UpajzsSsiSp>> Acesso em 1 Jan. 2014.

Instituto Ethos. *Valores, Transparência e Governança*. Disponível em <<http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.UpaoQMSsiSo>> Acesso em 1 Jan. 2014.

KEPPLER, R.; JONES O. W. *Outsourcing Information Technology, Systems & Services*. Prentice Hall, 1998.

KRISS, Robert; SCHAFFNER, Derek. *Material Breach In Outsourcing Agreements*. In Business & Technology Sourcing Review. Mayer Brown. Issue 18, 2012 . Disponível em <<http://www.mayerbrown.com/Material-Breach-in-Outsourcing-Contracts-12-18-2012/>> Acesso em 1 Dec. 2013.

KSHETRI, NIR. *The Evolution of the Offshore Outsourcing Industry: Brazil versus Other BRIC Economies*. Suma de Negocios, Vol. 3 N° 3: 33-46, Bogotá , 2012. Disponível em <<http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/SumaDeNegocios/article/download/1207/740>>. Acesso em 1 Dec. 2013.

LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz. *Teoria Geral Das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípios Contratuais*. In FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos E Princípios Dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal.

_____ *Tratado de Los Contratos, Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais E a Defesa Do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia – Edição Compacta* (tradução de Allan Vidigal Hastings), São Paulo, Thompson, 2005.

MARTINS, Luis Santos. *El Contracto De Outsourcing: Algunas Reflexiones Prácticas*. Madrid: Serie Working Papers IE-Law School, 2013.

MASOOD, Samad. *The Rise of Offshore BPO*. Ovum Summit, 2009. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=31404>> Acesso em 10 Nov. 2013.

MATTOO, A; WUNSCH, S. *Pre-empting Protectionism in Services: The WTO and Outsourcing*. World Bank Policy Research Working Paper 3237. 2004. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14438/WPS3237.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 Nov. 2013.

MCLEOD, W. Bentley. *Complexity And Contract, Department of Economics and The Law School - University of South California*. 2001 . Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.200.6357&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 17.11.2013.

MILLAR, Roderick Millar. *Doing Business with India, Third Edition*. Global Market Briefings. 2008. Disponível em <<http://common.books24x7.com/toc.aspx?bookid=28381>> . Acesso em 26 Nov. 2013.

Ministry of Law and Justice – Legislative Department. *The Companies Act*. Nova Delhi, 2013. Disponível em <<http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/CompaniesAct2013.pdf>> Acesso em 26 Nov. 2013.

MORCOS, Jean-Louis. *Sous-Traitance Internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de cas en provenance du réseau SPX/BSTP*. Vienne: Organisation Des Nations Unies Pour Le Développement Industriel , 2004. 1 p . Disponível em: <http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf>. Acesso em 14. Dec.2013.

MORENO, Daniel Echaiz. *El Contrato De Outsourcing*. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. 765 p. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/122/art/art6.pdf>> Acesso em 15 Dec. 2013.

NORTH, Douglass C. *Institutions And Productivity in History*. Washington University, St. Louis . Disponível em <<http://128.118.178.162/eps/eh/papers/9411/9411003.pdf>> Acesso em 20 Nov. 2013.

OVERBY, Stephanie . *IBM Beats Indiana in Outsourcing Case no One 'Deserves to Win'*. CIO Magazine, 2012. Disponível em <http://www.cio.com/article/712259/IBM_Beats_Indiana_in-Outsourcing_Case_No_One_Deserves_to_Win_?page=1&taxonomyId=3187> Acesso em 1 Dec 2013.

_____. *IT Outsourcing : Landmark Ruling Against HP's ED' Gives Customers New Power.* CIO Magazine, 2010. Disponível em <http://www.cio.com/article/538063/IT_Outsourcing_Landmark_Ruling_Against_HP_s_ED_S_Gives_Customers_New_Power> Acesso em 20 Dec. 2013.

PERRAUDIN, C; PETIT, H; THÈVENOT, N; TINEL,B; VALENTIN, J. *Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques*. Centre d'études de l'emploi. Université Paris I. Paris : 2009. Disponível em <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/97/02/PDF/117-dependance_interentreprises_inegalites_emploi_hypotheses_theoriques_empirique.pdf>. Acesso em 15 Dec.2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *A Governança Corporativa E Os Órgãos De Administração* in FINKELSTEIN. Maria Eugenia. R. e PROENÇA, José Marcelo M. (coord) *Gestão e Controle*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *A função social do contrato*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

SAAD, Alfredo C. *Terceirização de Serviços de TI*. Rio de Janeiro: Brasport, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAUZE, Damien; THÈVENENT, Nadine; VALENTIN, J. *Relations de travail et dynamiques des arbitrages des firmes vis-à-vis des dispositifs juridiques : quelles substitutions ? Le recours aux CDD et à la sous-traitance en France 1984-2000*. Ministère de l'emploi et de la solidarité -. Mission Animation De La Recherche. Gestion De l'emploi de la main-d'oeuvre et droit du travail. Rapport Final, 2006.

California Transparency in Supply Chains Act of 2010. Senate Bill No. 657 . Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/164934.pdf> >. Acesso em 01 Dec. 2013.

SIDOU, J. M. Othon. *Revisão Judicial Dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

STRASSMANN, Paul. *The Xerox Tragedy*. Computer Word Magazine. 2000. Disponível em <<http://www.strassmann.com/pubs/cw/xerox.shtml>> Acesso em 5 Jan 2014.

TINEL, B; PERRAUDIN, C; Thèvenot,N; Valentin J. *La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail* . Actuel Marx premier semestre. Centre d'économie de la Sorbonne (CES), 2007. 2 p. Disponível em <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/26/63/68/PDF/Actuel_Marx_n_41_1sem_2007.pdf > . Acesso em 24 Nov. 2013.

UN News Centre. *Greater efforts needed to ensure outsourcing creates decent work*. UN labour agency Disponível em <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?realfile/story.asp?NewsID=35315&Cr=labour&Cr1=#.Un-s78NTtjo>> Acesso em 10 Nov. 2013.

United Nations Commission on International Trade Law. *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Nova Iorque: 1988 . Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf>. Acesso em 15 Maio 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos De Fornecimento De Tecnologia E De Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Serviços Técnicos*. In SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (coord). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, J. C. S. F; ROHDEN, S. F. ; GRAVONSKI, I . *Multinacionais no Brasil Nos Últimos 30 Anos: Uma Visão Dinâmica Da Motivação Na Decisão De Offshore*. XV Simpósio de Administração da Produção Logística e Operações Internacionais. Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em

<http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2012/artigos/E2012_T00147_PCN44722.pdf > Acesso em 10 Nov. 2013.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito Das Obrigações E Teoria Geral Dos Contratos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Jurisprudência e Casos Práticos

RESP 1195642/RJ - CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO.FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

Marion Superior Court, Cause No. 49D10-1005-PL-021451. State of Indiana Vs International Business Machines Corporation.

England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions Astrazeneca UK Ltd v International Business Machines Corporation [2011] EWHC 306 (TCC) (22 November 2011). Disponível em

<<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2011/306.html> > Acesso em 20 Nov. 2013.

Comission of The European Communities. *Case No. COMP/M.3844 . IBM ITALIA / GLOBAL VALUE* Disponível em
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3844_20050628_20310_en.pdf >. Acesso em 1 Jan. 2014.

Comission of The European Communities. *Case COMP/M.2478 . IBM Italia/Business Solutions/JV*. Disponível em
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2478_en.pdf> . Acesso em 1 Jan. 2014

High Court of Justice Queen's Bench Division Tecnology and Construction Court. Royal Court of Justice, London , 2010 EWHC 86 (TCC) Case No: HT-06-311.

United States District Court . District of Minnesota.Carlson, Inc vs International Business Machines Corporation. Case No. 10-CV-3410 (JNE/TNL). Disponível em
<<http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/minnesota/mndce/0:2010cv03410/115380/422/0.pdf>> Acesso em 5 Jan 2014.

GLOSSÁRIO

Para os efeitos deste estudo, aplicam-se os seguintes termos, abreviaturas e definições.

AO – Sigla de Application *Outsourcing*, utilizada para referenciar o *outsourcing* de aplicações ou sistemas legados.

APN – Congresso Popular Nacional da República Popular da China.

BNDS – Banco Nacional do Desenvolvimento.

BPO – Sigla de Business Process *Outsourcing*, utilizada para referenciar o *outsourcing* de procedimentos internos de uma empresa.

BTO – Sigla de Business Transformation *Outsourcing*.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CPD – Sigla de Central de Processamento de Dados, tradução de Data Processing Center, utilizada para referenciar um ambiente físico dedicado aos equipamentos de informática de uma empresa e sua gestão.

CRM – Sigla de Customer Relationship Management.

EDS – Eletronic Data Systems Corporation. ERP – Enterprise Resource Planning. Trata-se de um programa de computador responsável por integrar todas as áreas de uma empresa, como planejamento de produção, estoque, finanças, recursos humanos, faturamento, pagamentos, entregas etc.

Fase ou Período de Operação – Período do *outsourcing* caracterizado pela exigência das obrigações principais avençadas pelas partes do contrato.

Fase ou Período de Transição – Período inicial do *outsourcing*, quando ainda não há a exigência das obrigações pactuadas propriamente ditas.

GATS – Acordo Geral sobre comércio de serviços, do inglês, General Agreement on trade in services.

GVS – Global Value Solutions. Join Venture criada entre FIAT e IBM para prestação de serviços de *outsourcing* de TI.

HP – *Hewlett-Packard Corporation*

IBM – *International Business Machines Corporation*

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano. Trata-se de uma medição realizada pela ONU para avaliação dos países no que tange à saúde, educação e renda.

Insourcing - significa a decisão da empresa em optar pelo término do *outsourcing*, promovendo o retorno das atividades que estão sob responsabilidade de um terceiro.

ITO – Sigla de *Information Technology Infrastructure Outsourcing*.

KPO – Sigla de *Knowledge Process Outsourcing*.

Mainframe – Computador de grande porte e alta capacidade de processamento.

MIPS – Milhões de Instruções por Segundo. Medida utilizada para processamento de dados.

Nível Base – do inglês “baseline”, serve para identificar a mensuração do escopo do contrato de *outsourcing*.

Offshore – Trata-se do *outsourcing* internacional.

ONU – Organização das Nações Unidas.

Outsourcing de Gestão – Trata-se da delegação da responsabilidade de gerenciamento e tomada de decisões de uma empresa.

Outsourcing Externo – Trata-se do *outsourcing* para uma empresa fornecedora sem qualquer relação acionária com a empresa cliente.

Outsourcing Interno – Trata-se do *outsourcing* para uma subsidiária ou filial de um grupo societário.

Outsourcing Parcial – Trata-se da transferência parcial de atividades de um departamento ou uma linha de produção de uma empresa.

Outsourcing Total – Trata-se da transferência integral de todas as atividades de um departamento ou uma linha de produção de uma empresa.

Países Desenvolvidos. Trata-se de definição adotada pela ONU para países cujos indicadores IDH, PIB e renda per capita possuem valores altos em comparação com outros países do globo.

Países Em Desenvolvimento ou Países Com Economias Emergentes. São países que se encontram em desenvolvimento econômico, considerados com PIB baixo ou médio quando comparados a outros países.

PC – Personal Computer ou Computador Pessoal.

PIB – Produto Interno Bruto.

Programa sob Encomenda. Programa de Computador desenvolvido exclusivamente para uma empresa ou usuário.

Retro-Sourcing – Trata-se da estratégia de uma empresa em optar por um *outsourcing* cíclico, promovendo a inovação dos procedimentos internos.

Risco País - Risco-país é um conceito que busca expressar de forma objetiva o risco de crédito a que investidores estão submetidos quando investem nos títulos públicos daquele país.

RPC – República Popular da China.

Servidor – Computador dedicado a oferecer uma função à uma rede de computadores.

SLA – Sigla de Service Level Agreement ou Acordo de Nível de Serviços.

SLO – Sigla de Service Level objective ou Níveis de Serviço Iniciais.

Software de Prateleira – Trata-se do programa de computador comercializado no mercado da mesma forma, sem qualquer alteração a um cliente ou consumidor específico.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TI – Tecnologia da Informação.

Transição Reversa – Quando do término do *outsourcing*, as partes convencionam como as atividades desempenhadas pelo fornecedor serão encerradas e transferidas para o próprio cliente ou outro fornecedor.

TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.