

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE

CURSO DE DIREITO

**TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E SUAS
PRECARIZAÇÕES**

IVONALDO HENRIQUE DE SOUZA

NATAL

2017

IVONALDO HENRIQUE DE SOUZA

**TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E SUAS
PRECARIZAÇÕES**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito obrigatório à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador Professor Ms. Marcelo Roberto Silva dos Santos

NATAL

2017

IVONALDO HENRIQUE DE SOUZA

**TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E SUAS
PRECARIZAÇÕES**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito obrigatório à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em, 30/05/2017.

Banca Examinadora

Marcelo Roberto Silva dos Santos – Professor Ms. Orientador

Carlos Sérgio Gurgel da Silva – Professor Ms. Membro Titular

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior – Professor Dr. Membro Titular

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais José Henrique de Souza e Maria Joselita da Conceição de Souza, meus exemplos de vida e espelho de caráter.

AGRADECIMENTO

Primeiramente a Deus, por caminhar sempre ao meu lado e tornar este sonho realidade. Por me dar a força necessária para vencer todos os obstáculos da vida. Por me fazer crer que nada é impossível.

À minha esposa e aos meus filhos, pela paciência e compreensão.

Aos meus queridos amigos, pela companhia em todos esses anos.

Aos Mestres, em especial ao meu orientador Professor Ms. Marcelo Roberto Silva dos Santos, por todo o conhecimento adquirido.

EPÍGRAFE

***“A persistência é o caminho do
êxito”***

(Charles Chaplin)

RESUMO

Com o intento de tratar de alguns aspectos mais relevantes ao tema, procurar-se-á, no decorrer desta pesquisa, mostrar que o processo da terceirização, da forma como foi criada e inserida no Brasil, trouxe apenas vantagens aos empregadores, diminuindo de maneira geral seus custos. No entanto, quanto à classe dos empregados, o que se compreende, cada vez mais, é a precarização das condições gerais de trabalho. O referido estudo de pesquisa divide-se em duas partes. Na primeira será feita uma abordagem geral do assunto terceirização, mostrando seu histórico e sua disseminação no mercado de trabalho brasileiro. Na segunda parte será voltado para a terceirização no setor público, procurando avaliar os aspectos negativos para os trabalhadores, cujos direitos são cada vez mais precarizados, na medida em que as empresas terceirizadas não cumprem suas obrigações trabalhistas e a responsabilidade da Administração Pública é limitada em função de entendimento sumulado pelo TST, através do enunciado 331.

Palavras chaves: Terceirização; Serviço Público; Precarização; Súmula nº 331.

ABSTRACT

In an attempt to deal with some aspects more relevant to the topic, it will be sought, in the course of this research, to show that the process of outsourcing, as it was created and inserted in Brazil, brought only advantages to employers, their costs. However, as far as the class of the employees is concerned, what is understood, more and more, is the precariousness of the general conditions of work. This research study is divided into two parts. In the first, a general approach will be made to the topic of outsourcing, showing its history and its dissemination in the Brazilian labor market. The second part will focus on outsourcing in the public sector, seeking to assess the negative aspects for workers, whose rights are increasingly precarious, insofar as outsourced companies do not fulfill their labor obligations and the responsibility of Public Administration is limited in function of understanding summed up by TST, through utterance 331.

Keywords: Outsourcing; Public service; Precariousness; Summary 331.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO – NOÇÕES GERAIS.....	12
	2.1 Histórico.....	12
	2.2 Conceituação.....	14
	2.3 Os primórdios da terceirização no Brasil.....	16
	2.4 Evolução legislativa e jurisprudencial.....	17
	2.5 Terceirização lícita e ilícita.....	25
3	TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO.....	27
	3.1 Administração Pública.....	28
	3.2 Serviço Público.....	31
	3.3 Terceirização e a concessão dos serviços públicos.....	33
	3.4 Responsabilidade do tomador de serviço pelas verbas trabalhistas.....	37
4	DELINEAMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO ATUALMENTE.....	50
	4.1 Aprovação do Projeto Lei 4302/1988 da Terceirização.....	52
5	CONCLUSÃO.....	63
6	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho abordaremos o fenômeno da terceirização de mão de obra em nosso país e suas precarizações. A escolha do tema está embasada nas mudanças econômicas ocorridas nas últimas décadas, o que têm levado as empresas a procurarem formas de serem mais competitivas no mercado.

A globalização e os avanços tecnológicos, que proporcionam uma dinâmica muito maior nos mercados, determinam a necessidade de adequação daquelas empresas que querem continuar lucrativas. Uma das formas encontradas é tornar-se especialista em seu ramo de atuação, ser o melhor naquilo que é a sua atividade principal. Portanto, deixando para outras empresas as atividades que não sejam a sua atividade-fim.

Então, uma vez especializadas, transferem as tarefas de menor importância para serem levadas a termo por empresas “terceirizadas”, conseguindo, dessa maneira, uma redução no seu custo de produção, tornando-se mais competitiva. Tal delegação de tarefas veio a ser denominada, no meio empresarial e jus trabalhista, pelo neologismo que é o vocábulo “terceirização”.

No primeiro capítulo do trabalho, abordaremos o fenômeno da terceirização de uma forma mais ampla, falaremos sobre seu histórico, seus conceitos e sua disseminação no mercado de trabalho brasileiro.

No segundo capítulo, delimitaremos o estudo da terceirização ao serviço público, falaremos da administração pública, serviço público, concessão e a responsabilidade do tomador de serviços. Enfatizaremos que a terceirização no setor público, enquanto tomadora de serviços, tem tido um papel ativo como agente precarizante, na medida em que não atua adequadamente na fiscalização das obrigações das empresas fornecedora de mão de obra, o que pode se inferir pela quantidade de ações que sofre por responsabilidade subsidiária na justiça do Trabalho.

A terceirização é hoje um fator relevante na sociedade brasileira quando se fala em mão de obra e, em vista disso, no terceiro e último capítulo,

trataremos de analisar o delineamento do processo da terceirização atualmente.

Diante de toda discussão que envolve as problemáticas da terceirização, o tema se faz bastante relevante no âmbito pessoal, social e acadêmico.

Há uma relevância Pessoal, pela necessidade de analisarmos e compreendermos melhor as controvérsias relacionadas com o direito fundamental do trabalhador nos serviços terceirizados.

Há relevância Social, porque buscaremos mostrar no contexto geral que a relação socioeconômica choca-se com a realidade jus trabalhista. Ou seja, em que pese ser a ordem econômica enfatizada, há o lado social, a terceirização retira o status bilateral e insere um terceiro na relação jus trabalhista, esbarrando em restrições básicas da dignidade do trabalhador, partindo desse modelo, a terceirização alcança a modalidade excetiva de contratação de força de trabalho.

E há relevância Acadêmica e Profissional, porque abordaremos um assunto polêmico, bastante debatido no âmbito socioeconômico, político e jurídico, contribuindo com informações consideráveis e atuais a respeito da problemática que envolve o tema, auxiliando na formação de novas idéias.

Nesse contexto, levantaremos a seguinte questão: A Administração Pública deve ou não ser responsabilizada subsidiariamente e de forma automática, pelos inadimplementos referentes às obrigações trabalhistas, decorrentes das contratações por empresa interposta, visto que há divergências doutrinárias sobre a matéria, enfocando a duvidosa constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei 8.666, motivadas por decisões jurisprudenciais do TST, consoante a Súmula 331, IV e V. Ou seja, diante dessa situação, o TST, através do enunciado 331 sumulou que o ente público só deve ser responsabilizado pelo inadimplemento das obrigações de caráter trabalhista, se houver a comprovação da sua conduta culposa, não lhes cabendo a condição automática, isso tem acarretado diversos problemas para o trabalhador terceirizado.

2 FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO – NOÇÕES GERAIS

Inicialmente, com o fim de tornar o presente trabalho ainda mais claro e de fácil compreensão, cumpre-nos traçar alguns comentários de um modo geral acerca do histórico da terceirização, relatando sua origem, seus conceitos, introdução no mercado brasileiro, suas bases legislativas e jurisprudenciais, assim como sua relação com o direito do trabalho. Isso se faz necessário para que possamos nos aprofundar melhor no objetivo desta obra que é de analisar a terceirização no serviço público e seus efeitos precarizantes.

2.1 Histórico

Lisot¹ relata que foi com a ascensão da burguesia e do liberalismo econômico, impulsionado pela primeira Revolução Industrial, que o trabalhador (o artesão), o qual, até então, detinha os conhecimentos técnicos para execução da atividade laboral, de cunho eminentemente manual, foi substituído pela atividade industrial, onde o conhecimento intelectual do artesão já não tem valor algum frente ao mecanicismo infalível da tecnologia. Nesse novo cenário, de uma sociedade impulsionada pela industrialização crescente, surgem os primeiros esboços de um capitalismo competitivo, onde o que importa é produzir cada vez mais, buscando paralelamente uma redução de custos como forma de ganhar em competitividade.

Nos relatos bibliográficos de Feliciano² é considerado como princípio da terceirização a Segunda Guerra Mundial, que em razão do aumento da produtividade na indústria de armamentos, para suprir a demanda, acabou encontrando como solução "remodelar a forma de produção, transferindo atividades não essenciais a outras empresas". Partindo deste ponto, tem-se como um dos primeiros registros de delegação de atividades meio, ou secundárias, a terceiros.

¹ LISOT, Maria Helena. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, nº 8. Porto Alegre: HS, 2014. p. 8;

² FELICIO apud DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.81

Em sua obra, descreve Delgado³, que o fenômeno somente cresceu com o final da guerra. Os países vitoriosos tiveram um potencial aumento em seu poder econômico, quando então surgiram modos de produção que são conhecidos como taylorista “propondo a minuciosa separação de tarefas e sua conseqüente rotinização no processo laborativo interno à empresa, reduzindo a necessidade sofisticada de especialização do trabalho, transformando-o em seqüência de atos basicamente simples. A partir daí, esta gerência científica do trabalho multiplicava a produtividade laborativa, viabilizando a explosão da produção massiva característica do sistema capitalista.” E “o fordismo, ao lado de implementar as proposições tayloristas, produz inovações no estratagema de gestão da forma de trabalho e do próprio empreendimento empresarial, dando origem a um modelo de grande influência nas décadas seguintes no ocidente desenvolvido”. Entretanto, tais sistemas de produção começaram a se tornar inviáveis na década de 70, quando se instaurou a crise econômica no ocidente, onde ocorreram impactos, não só no modo de produção capitalista, mas, também, nos próprios trabalhadores com a mitigação de seus direitos. Mas, é inegável que os métodos taylorista e fordista contribuíram em muito para os conceitos atuais de empregador e empregado, já que, por serem verticalizados, deixam evidente a subordinação.

Na visão de Delgado⁴, esses sistemas foram superados pelo toyotismo, que é um modo de produção com especialização mais flexível e mais eficiente no quesito de atendimento das múltiplas demandas do mercado segmentado, vez que a automatização fordista não se mostrava tão eficaz.

Para Carelli⁵, diante deste fato, o toyotismo passou a exigir do empregado uma multifuncionalidade, podendo atuar com certa autonomia e poder de iniciativa na forma de realização do trabalho, tornando, assim, a empresa em uma hierarquia horizontalizada e que prioriza suas atividades-fim, fomentando a prestação da atividade-meio por outras empresas. Com o foco no objeto fim e no suprimento da demanda, esse sistema mais horizontal

³DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.p.46.

⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.p.46;

⁵CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 43-44.

acabou deixando menos nítidas as definições clássicas de empregador e empregado. O trabalhador ganhou determinada autonomia e houve uma flexibilização da aplicação da legislação trabalhista, que, na época, era vista como entrave ao crescimento econômico e à livre iniciativa privada, abrindo margem à terceirização como a solução para a consolidação do toyotismo, como meio de produção mais eficaz.

A terceirização surge então como um fenômeno econômico. Ou seja, em função do cenário da economia mundial, com a globalização e os avanços da tecnologia, surgiu a necessidade de adequação administrativa de empresas que buscavam, através da redução de custos, uma maior competitividade para sobreviver no mercado global. O objetivo era fazer com que as equipes de trabalho, agora reduzidas, em comparação com o status anterior, se dedicassem à tarefa essencial atinente ao negócio da empresa, repassando para terceiros a execução de tarefas acessórias. Outro ganho importante para as empresas que adotam a terceirização é a redução dos encargos trabalhistas e previdenciários.

Araújo⁶ cita que: “a terceirização apareceu ao longo do tempo em diferentes modalidades de contratação no mercado de trabalho, tais como a subcontratação, o trabalho temporário, trabalho por empreitada, cooperativas de mão de obra e empresas de terceirização propriamente ditas”.

Portanto, a terceirização surge de uma relação trilateral envolvendo o trabalhador, o tomador de serviços e o prestador de serviços, mas, com diferenças importantes na forma da subordinação, na responsabilidade pela administração, etc.

2.2 Conceituação

A terceirização é um fenômeno recente em termos jurídicos, tanto que até agora não foi definida em lei, embora muitos casos concretos, a ela relacionados, terminem indo a juízo levados principalmente pelos empregados terceirizados na busca por seus direitos. Sua conceituação passa pela forma

⁶ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho** – I. São Paulo: Ltr, 2014. p. 405;

prática como vem sendo utilizada no campo empresarial, havendo na doutrina diversos conceitos.

A princípio, para Castro⁷, cumpre observar que a terceirização trabalhista “recebe outras denominações, tais como focalização, horizontalização, outsourcing, externalização de atividades, parceria, contrato de fornecimento, subcontratação, entre outras”. É necessário, porém, fazer uma ressalva em relação ao termo subcontratação, pois de acordo com o autor, este somente deverá ser utilizado “para definir situações em que a terceirização revestiu-se de ilicitudes”.

Para Martins⁸ o conceito de terceirização consiste na “possibilidade de contratar para realização de atividades que não constituem objeto principal da empresa”.

Por sua vez, Delgado⁹ diz que “para o direito do trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente”.

No contexto de Nascimento¹⁰ não há um conceito legal de terceirização. Na linguagem da administração empresarial ganhou corpo a palavra “terceirização” para designar o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição. Para alguns, melhor seria “terceirização” na medida em que sustentam que o que se aprecia é a valorização do setor terciário da economia.

Segundo Martins¹¹, percebe-se que essa forma de flexibilização da relação de emprego se relaciona à “possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem o objetivo principal da empresa”. Com isso, a empresa beneficiária poderá delegar à empresa prestadora de

⁷CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 78;

⁸MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2014. p.10;

⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013. p. 436;

¹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 37 ed., 2012, Editora Ltr.p. 43.

¹¹MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 22;

serviço a realização de atividades que não correspondem às suas atividades primárias.

Giosa¹² apresenta três conceitos de terceirização, os quais expressam a mesma idéia, a saber:

1º) “É a tendência de transferir para terceiros, atividades que não fazem parte do negócio principal da empresa”; 2º) “É uma tendência moderna que consiste na concentração de esforços nas atividades essenciais, delegando a terceiros as complementares”; 3º) “É um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros – com os quais se estabelece uma relação de parceria – ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua”.

A terceirização é uma relação triangular envolvendo a empresa tomadora de serviços, a empresa prestadora e o trabalhador terceirizado, porém, apesar de se tratar de uma relação trilateral, o aspecto formal, ou seja, o contrato de trabalho propriamente dito, continua sendo uma relação bilateral entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços.

2.3 Os primórdios da terceirização no Brasil

Martins¹³ relata que a terceirização no Brasil surgiu tardiamente, comparando-se com a Europa, Ásia e EUA, que teve início por volta de 1950, pela indústria automobilística, na época terceirizava a fabricação de componentes dos veículos, realizando posteriormente a montagem final. Também descreve que no campo do Direito do Trabalho o fenômeno da terceirização passou a ter dimensão representativa a partir da década de 1970.

De acordo com Delgado¹⁴, a terceirização assumiu clareza estrutural no país apenas a partir da década de 1970. Segundo o autor, quando a CLT foi elaborada (1940), o fenômeno não tinha a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia atenção especial.

¹²GIOSA, Lívio Antônio. **Terceirização: Uma Abordagem Estratégica**. 5 ed., São Paulo: Pioneira, 1997. p. 13;

¹³MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 2;

¹⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

Fernandes¹⁵ citou que a intermediação de mão-de-obra não era regularizada até meados da década de 1960, quando, pelos Decretos lei nº 1.212 e nº 1.216, nasce à possibilidade da contratação de serviços de segurança bancária. De acordo com o autor esse cenário propiciou a Terceirização no Brasil, que ganha força no final dos anos 80, com as montadoras, empresas ligadas a indústria automobilística. Com a instalação das indústrias automobilísticas, ocorre a desverticalização da linha de produção, mas, sem qualquer óbice do Direito do Trabalho, pois o serviço era prestado diretamente aos fornecedores de tais indústrias, ficando o prestador de serviço vinculado apenas ao seu verdadeiro empregador, no caso o fornecedor de peças.

De acordo com Silva¹⁶ a terceirização foi a alternativa recomendada pelas empresas para restringir seus custos e investir nas suas atividades principais, garantindo-lhes maior competitividade no mercado.

2.4 Evolução legislativa e jurisprudencial

Castro¹⁷ relata que no Brasil a terceirização encontra seus primeiros sinais de existência nos Decretos-leis 1.212 e 1.216, de 1966 (que autorizam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas na relação de trabalho); no Decreto 62.756, de 1968 (que regulamenta o funcionamento de agências de colocação ou intermediação da mão-de-obra); no Decreto-lei 1.034, de 1969 (que determina medidas de segurança para o funcionamento de empresas de segurança bancária).

Porém, cita Delgado¹⁸ que nessa mesma década foi promulgado o Decreto-lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal Brasileira, regulando a terceirização em âmbito público. Esse Decreto-Lei, no §7º do Artigo 10, deixa claro que “o próprio Estado adotou o sistema terceirizado, enfatizando a prática da descentralização administrativa

¹⁵FERNANDES, Jacoby. **Responsabilidade Fiscal**, 2ª ed. Ed. Brasília: Brasília Jurídica Ltda, 2002;

¹⁶SILVA, Ciro Pereira da. **Terceirização Responsável: Modernidade e Modismo**. São Paulo: 1997.

¹⁷CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75-76;

¹⁸DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.p.128;

no tocante à operacionalização de tarefas meramente executivas”. Por outro lado, houve a omissão quanto à previsão de quais atividades seriam passíveis de transferência às empresas prestadoras de serviços.

Sendo assim, no início da década seguinte, objetivando definir quais as atividades poderiam ser transferidas para as empresas interpostas, foi promulgada a lei nº 5.645, onde o autor percebe “que não há autorização legal para a execução de processos de terceirização de serviços relacionados à atividade-fim da administração pública”.

Porém, na economia privada, paralelamente, foram editadas normas que tratavam da terceirização, em virtude de alterações significativas no modelo de produção, o que levou o mercado privado a estimular novas práticas de contratação da força de trabalho e de gerência nas empresas.

Seguindo esse contexto, em 1974, foi publicada a Lei nº 6.019, que disciplina o trabalho temporário. Viana¹⁹ relata que se passando nove anos, foi promulgada a Lei nº 7.102/83, “estabelecendo normas para a constituição e funcionamento de empresas particulares terceirizadas de vigilância no segmento bancário da economia”. Porém, em 1994, de acordo com Delgado²⁰, surge uma nova Lei nº 8.863, introduzindo novas modificações e criando a possibilidade de prestação de serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, além de residências e empresas públicas.

No ano de 1997, surge o Decreto nº 2.271, com o objetivo de impossibilitar o desvirtuamento das contratações de serviços realizadas pela Administração Pública, disciplinando o seu objeto no § 1º do Art. 1º:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, serão, de preferência, objeto de execução direta.

¹⁹VIANA, Márcio Túlio. **Velhos e Novos Enfoques sobre o Trabalho Temporário**. Revista Tribunal Regional do Trabalho. Belo Horizonte, nº 57, Jul-Dez/1997.

²⁰DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.p.135;

Observa Delgado²¹ que ficou explícito a existência de muitas modificações legislativas, com o intento de implementar a terceirização no Brasil, fazendo com que a jurisprudência interferisse na questão, na tentativa de sistematizar e projetar repercussões na prática terceirizante no país.

Com essa atitude, em 1986, foi aprovada a edição do Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte redação:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Analisando esse contexto, Carelli²² observa que não houve, em nenhum momento, no enunciado a proibição à verdadeira terceirização, e sim à interposição de empresas com vistas a evitar o vínculo empregatício.

Martins²³ ressalta que a interpretação do Enunciado 256 do TST, foi considerada bastante restrita e estava sendo ampliada pela doutrina e pela jurisprudência.

Atestando esse entendimento, Delgado e Henrique²⁴ observam: “a jurisprudência pecou pela generalidade, como se todas as empresas prestadoras de serviços fossem ilegais; de outra feita, foi muito restrita, ao excepcionarem apenas os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância. Existindo outros casos em que se mostrava necessária a terceirização, decorrente, por exemplo, da especialização da mão-de-obra, a contratação por empresa interposta não haveria de ser considerada ilegal. Há de se verificar cada caso, como no caso da limpeza. Nesse caso, interessa ao tomador apenas a prestação do serviço, não podendo, de imediato, imputar-lhe o vínculo de emprego. A fraude deve ser comprovada”.

²¹DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.p.135;

²²CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

²³MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005.p. 189;

²⁴HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.102-103;

Na mesma linha de raciocínio, Ramos²⁵ destaca em sua obra: “autores como Pedro Vidal Neto, Marly Cardone e Octavio Bueno Magano acentuaram a impropriedade da jurisprudência então assentada, dado que no âmbito das relações privadas o que prevalece é a possibilidade de se fazer tudo que não é vedado pelo ordenamento jurídico. Admitindo o direito o contrato entre empresas, nada justificaria a posição adotada pelo TST contra a terceirização, especialmente porque a Constituição Federal garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal)”.

Delgado²⁶ cita ser oportuno ponderar que posteriormente à Súmula nº. 256 veio a Súmula nº. 257. Aprovada pela Resolução Administrativa nº. 5, do TST, em 1986, ela vem negar a equiparação do vigilante ao bancário, contendo a seguinte redação: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Daí porque não se pode igualar a figura do vigilante ao bancário, visto que as obrigações atribuídas a um é completamente diferente da outra. Enquanto que o primeiro realiza atividade-meio, o segundo realiza atividade-fim da empresa, atividade essa repetitiva, extenuante, razão pela qual o legislador teve por bem reduzir sua jornada de trabalho”.

Em virtude de tamanhos descontentamentos e críticas, surge a necessidades de revisar a Súmula nº 256, seu cancelamento deu-se pela Resolução nº 121 do TST, de 19 de novembro de 2003, a qual teve como fruto a edição da Súmula n. 331 do TST (de 17.12.1993, DJU de 4.1.1994).

A primeira edição da Súmula nº. 331 do TST apresentou-se com a seguinte redação:

Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da

²⁵RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.p. 61-62;

²⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed., 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2007. p 103.

administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Delgado²⁷ também salientou que com o surgimento da Súmula nº. 331, parte de algumas críticas recebidas pela Súmula nº. 256 perderam funcionalidade, pois houve a incorporação das hipóteses de terceirização de conservação e limpeza e atividade-meio (Lei n. 5.645/70 e Decreto-lei nº. 200/67) e o reconhecimento, inclusive, da vedação constitucional pertinente à contratação de servidores sem a realização de concurso público. Entretanto, em meados do ano de 2000, o inciso IV recebeu nova redação, no intuito de esclarecer que a responsabilidade subsidiária ali destacada abrangia também “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” (Resolução 96, de 11.9.2000, TST).

Porém, nos dias 27, 30 e 31 de maio de 2011, foi divulgada nova redação do mesmo item IV e foram inseridos dois novos incisos à Súmula nº. 331 do TST, passando, a presente súmula, a conter a seguinte forma:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a 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

²⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed., 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2007. p 440.

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 evidenciado 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.

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Desse artigo, depreende-se que, aos magistrados, cabe o desenvolvimento do direito no caso de haver lacuna na legislação, na tentativa de alcançar a decisão mais favorável ao caso concreto.

Diante da falta de legislação que tutele o assunto em tela, procuramos solução com a interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, principalmente nos princípios contidos em nossa Constituição e na CTL.

Os princípios são considerados como estrutura jurídica, que tem como finalidade viabilizar a aplicação das normas nos casos concretos. Os mesmos possuem grande relevância no ordenamento jurídico por serem considerados como norteadores do direito e possuírem características informadoras, interpretativas e normativas no direito.

No direito do trabalho, o artigo 8º da CLT traz uma função essencial aos princípios, dispondo que os mesmos deverão ser aplicados em caso de omissão legal ou contratual, in verbis:

Art. 8º - “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Parágrafo único. “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Sendo assim, o direito do trabalho, como direito autônomo que é, possui princípios próprios que constituem fundamentos específicos do ordenamento jurídico trabalhista, não se confundindo com outros ramos do direito.

Martinez²⁸ cita que um dos princípios basilares do trabalho é o princípio da proteção, uma vez que o empregado encontra-se em uma posição de vulnerabilidade perante o empregador. O propósito de tal princípio é “contrabalancear as relações materialmente desequilibradas”.

Segundo Calvo²⁹ “o direito do trabalho sempre criticou a terceirização sem limites, defendendo que a intermediação de mão de obra ligada à atividade fim da empresa deve ser obtida pela via comum, que é o contrato de emprego, pois não se pode admitir o aluguel de mão de obra”.

Entretanto, com a finalidade de se adequar a globalização e as necessidades do mercado, a terceirização passou a ser admitida em algumas hipóteses, mas com restrições.

Goés³⁰ interpreta a terceirização como um fenômeno econômico e social, que aos poucos foi crescendo em importância. Acredita ser uma solução de cunho administrativo para as empresas que desde o seu surgimento não levam em conta o impacto que causaria nos trabalhadores. Apareceu como uma grande resolução para a continuidade do crescimento econômico em um mundo de relações globalizadas, onde “no emaranhado de interesses locais e globais, o capitalismo neoliberal financeiro, especulativo e consumista incentiva a competição mercadológica empresarial e interestatal, mediante a indução ao consenso sobre a necessidade de flexibilizar ou desregular as relações contratuais laborais”.

Descreve ainda que este movimento da economia global pela flexibilização das relações trabalhistas, como seria de se esperar, contagiou o empresariado brasileiro, pela possibilidade de incremento nos lucros e redução dos custos, como também para poderem competir, principalmente no mercado internacional cada vez mais competitivo.

Ferraz³¹ comenta que com esse cenário, a flexibilização das relações trabalhistas se impôs no mercado de trabalho trazendo para o trabalhador uma nova situação, onde as normas protetivas das relações laborais já não lhes proporcionam uma tutela de direitos efetiva, na medida em que são ameaçados

²⁸MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo (SP): Saraiva 2010.p.79;

²⁹CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo (SP): Saraiva 2013.p.91-92.

³⁰GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de Serviço no Âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 60;

³¹FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr,2006.p.19;

os direitos trabalhistas até então já consolidados. A flexibilização das relações é a “adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”.

Delgado³² explica que apesar de seu crescimento dentro do cenário nacional, não tem havido por parte do legislador a atenção que o assunto mereceria no sentido da edição de uma normatização. Isto implica que ao longo dos anos a terceirização “tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo que é em grande parte algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país”.

Reforça-se, nessa questão, o fato de que não se tem no ordenamento pátrio uma legislação adequada para regular as relações trabalhistas decorrentes da terceirização. De fato a terceirização tem avançado de forma marginalizada em relação à normatividade heterônoma estatal, em um processo de convivência informal, convivendo fora do direito do Trabalho, de forma alheia à ordem jurídica vigente.

Araújo³³ descreve que as normas aplicáveis à terceirização se localizam de forma esparsa, em distintas hierarquias normativas, como normas constitucionais, infraconstitucionais e regulamentos. Os diversos modelos de terceirização (empreitadas, prestação de serviços, contrato por obra certa, cooperativas, terceirização no serviço público e condomínios) foram sendo contemplados por diferentes institutos jurídicos com a finalidade de compatibilizá-los juridicamente ao ordenamento pátrio.

Têm-se assim diversos dispositivos e diplomas legislativos os quais se aplicam à terceirização, conforme segue:

a) no Código Civil, nos artigos 610 a 626, tem-se regulamentação da empreitada; b) no art. 455 da CLT que trata da responsabilidade do empreiteiro; c) a prestação de serviço está prevista nos artigos 593 a 609 do Código Civil; d) a Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, regula o trabalho temporário, que também é objeto do Decreto nº 73.841/74, além de instruções normativas do Ministério do Trabalho; e) a Lei nº 7.102, de 20 de junho de

³²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013.p 439.

³³ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho** – I. São Paulo: LTr, 2014. p. 405-406.

1983, com suas alterações posteriores, define normas para a constituição e funcionamento das empresas particulares prestadoras de serviços de vigilância e transporte de valores; f) a terceirização para o serviço público (descentralização administrativa) está prevista no Decreto lei nº 200/67; g) as cooperativas de trabalho têm regulamentação, com artigos na Constituição Federal (art. 5º, XVIII, que fala da necessidade de autorização prévia para funcionamento; o art. 146, III, “c”, que trata das normas tributárias adequadas; art. 174, §§ 2º, 3º e 4º, que trata do estímulo ao cooperativismo; art. 187 VI que trata de cooperativismo e política agrária; art. 192, III, que trata das cooperativas de créditos), no Código Civil (que trata o assunto sob o nome de sociedade cooperativa nos artigos de 1.093 a 1.096), na Lei nº 5.764/71 (que trata do Regime Jurídico geral das cooperativas) e em algumas leis esparsas, como a Lei nº 8.949/94 (que traz a alteração do parágrafo único do art. 442 da CLT que trata da inexistência de vínculo de emprego), a Lei nº 9.711/98 (que trata das alíquotas do INSS) e a Lei nº 9.867/99 (que trata das cooperativas sociais).

Informa Delgado³⁴ que desde a década de 1970 a jurisprudência tem se defrontado com o assunto da terceirização de mão de obra. Portanto, o fato de haver uma lacuna legislativa em torno do tema, fez com que na prática acontecesse uma intensa atividade hermenêutica pela jurisprudência, buscando internalizar ao universo jurídico do país a figura, então já bastante presente na vida socioeconômica do país, que era a terceirização.

2.5 Terceirização Lícita e Ilícita

Martins³⁵ define a terceirização lícita como sendo aquela que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, distanciando-se da relação de emprego comum. A ilícita, por sua vez, é aquela que visa à mera intermediação de mão de obra, ensejando fraudes àqueles direitos.

³⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013.p. 47;

³⁵MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.p. 57;

Para Delgado³⁶ as hipóteses de terceirização lícita são excetivas, uma vez que, a forma de contratação de trabalho, no Brasil, está contida na fórmula empregatícia clássica. Dentro desta órbita, importa ressaltar a súmula 331 do TST que trata de dois pontos importantes: as situações tipo das terceirizações lícitas e a ausência de pessoalidade e subordinação diretas.

As situações tipo das terceirizações lícitas constituem quatro grupos:

01. Situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário: trata de situações de substituição de pessoal regular ou permanente da empresa tomadora que decorre do fato de uma necessidade transitória ou no caso de uma necessidade gerada pelo aumento extraordinário da demanda de serviço dessa empresa. Tais hipóteses estão expressas na Lei 6.019/74, que estabelece também outros elementos para a caracterização de trabalho temporário.

02. Atividade de vigilância: a súmula 331 abrangeu, além do segmento bancário exposto pela súmula 256, a todos, inclusive as pessoas naturais, que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas no uso do instituto da terceirização, sendo alterada a Lei 7.102/83 que dispunha somente sobre os bancos.

O vigilante pertence a uma categoria diferenciada sendo submetido às regras próprias, tanto à formação e treinamento da força de trabalho, quanto à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial. O vigia é submetido às regras específicas da categoria ditadas pela atividade do empregador, ou seja, não possui especialização e se vincula ao empregador.

03. Atividade de conservação e limpeza: apesar da súmula 256 não contemplar tal categoria à terceirização, a Lei 5.645/70 referia-se de forma semelhante a tal situação.

04. Serviços especializados ligados à atividade meio do tomador: não são atividades elencadas de forma expressa, contudo trata-se de atividades que não estão ligadas a atividade-fim do empregador, mas, a atividade-meio da empresa.

A terceirização lícita deve ser entendida como parceria, cooperação entre o prestador de serviços e o tomador desses serviços. As partes

³⁶DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013.p 447.

envolvidas são verdadeiros parceiros comerciais, que têm inter-relação e coparticipação para atingir um fim comum: produção de bens e serviços para o mercado. Seria o caso, então, de se falar em “parceirização”, desde que o parceiro seja pessoa idônea financeiramente e não existam os elementos tipificadores da relação de emprego. Não se confunde, portanto, a verdadeira terceirização com a intermediação ilícita de mão-de-obra.

As fraudes sempre existiram e continuarão a existir, o que se proíbe é a intermediação ilícita da mão-de-obra, como o é o merchandage, a exploração do homem pelo próprio homem, com o objetivo de fraudar os direitos do trabalhador.

Depreende-se da Súmula 331 do TST que a terceirização será ilícita em duas hipóteses: a) quando houver contratação de serviços compreendidos nas atividades fim da tomadora, executando-se o novo entendimento do TST no sentido de permitir, conforme o caso concreto, a delegação de atividade fim se executada fora do estabelecimento daquele; b) quando, em qualquer das hipóteses, a terceirização pode ser realizada de forma lícita, com exceção do trabalho temporário, existir pessoalidade e subordinação direta do trabalho terceirizado à empresa tomadora do serviço (Súmula 331, III). Em qualquer outra situação, sequer se cogitará de relação de trabalho terceirizado.

Ressalta Delgado³⁷ que, no que se refere ao trabalho temporário, à lei autoriza a integração total do obreiro na dinâmica empresarial da tomadora de serviços, mas, por período limitado. É, assim, a única situação de terceirização em que é permitida a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador perante a empresa tomadora de serviços.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Nesta segunda etapa adentramos no objetivo específico do trabalho. Será mostrado como funciona a terceirização no serviço público, analisando de uma forma mais detalhada a precarização do trabalho, a proteção jurisprudencial, a culpa e a responsabilidade do Estado e as obrigações de sua fiscalização.

³⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 2009; p.419.

3.1 Administração Pública

Na Administração Pública a função de traçar objetivos e executá-los compete ao Estado, cabendo ao mesmo sempre buscar a satisfação do interesse público. Para Moraes³⁸ “a administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas ao qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.

Na concepção de Marçal Filho³⁹, a expressão Administração Pública pode ser interpretada em três sentidos:

“Numa acepção subjetiva, Administração Pública é o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa”.

“Em sentido objetivo, Administração Pública é o conjunto de bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa”.

“Sob um enfoque funcional, a Administração Pública é uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais”.

Assim, ao falarmos em Administração Pública, estamos nos referindo aos entes e sujeitos que exercem as funções administrativas, seja no Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, em todas as órbitas federativas. Ainda cumpre mencionar que a Constituição Federal faz uma distinção entre a administração pública direta e indireta. A primeira tem como titulares da função administrativa a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, também chamados de pessoas políticas. Já a segunda, permite ao titular da competência administrativa, atribuída pelo texto constitucional, transferi-la para outro sujeito de direito, meramente administrativo, mediante decisão infraconstitucional.

A criação da administração indireta se deu com base no princípio da eficiência administrativa e se justificou na verificação de que a acumulação de

³⁸MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009.p. 323;

³⁹FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**.7 ed., Belo Horizonte: Fórum: 2011.p.231-239.

todas as competências, no âmbito do ente político, gerava dificuldades insuperáveis na gestão pública. A tomada de decisões e a sua execução tornavam-se extremamente lentas e difíceis.

Dessa forma, temos que a competência administrativa é, em um primeiro momento, concentrada e centralizada, uma vez que a Constituição a atribui às pessoas políticas (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Porém, ante a impossibilidade de se desempenhar todas as funções administrativas, as quais são, em princípio, direcionadas ao Chefe do Poder Executivo, se fizeram necessárias a desconcentração e a descentralização das mesmas.

A desconcentração, segundo Chimenti, Capez, Rosa e Santos⁴⁰, “corresponde à divisão interna de competência (repartição entre órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica)”. Já a descentralização, “corresponde à atribuição de competência para outra pessoa jurídica”.

De acordo com Neto e Cavalcante⁴¹ “a prestação dos serviços público pode ser centralizada, descentralizada ou desconcentrada e, a sua execução, direta ou indireta”.

Foi inicialmente com a edição do Decreto-Lei nº. 200/1967 que se permitiu a Administração Pública a transferência para terceiro da execução de tarefas que não fossem relacionadas à sua atividade fim.

Tal permissão veio expressa na disposição do artigo 10, § 7º do referido decreto, vejamos sua redação:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...] §7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

De acordo com o que diz Marçal Filho⁴² “a terceirização envolve uma modalidade de execução indireta do objeto necessário visando à satisfação de

⁴⁰CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**.3 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.p.193.

⁴¹NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho** 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 1351;

⁴²FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed., BH: Fórum:2011, p. 794.

necessidades administrativas”. Assim, segue o autor, “o Estado permanece como titular da atividade, ainda que o seu desempenho seja realizado por uma empresa privada”.

A terceirização no âmbito da Administração Pública segue os mesmos requisitos da realizada no setor privado, ou seja, para que tal contratação seja considerada lícita, deve ocorrer na atividade-meio e inexistir relação de pessoalidade e subordinação para com o trabalhador da empresa prestadora.

As atividades-meio, passíveis de terceirização, estão disciplinadas, não só no § 7º, do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/1967, mas, também, no artigo 1º, §1º do Decreto Federal nº 2.271/97, o qual abrange as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O autor cita, também, que há ainda algumas considerações relevantes acerca da terceirização na administração pública, conforme segue:

A Justiça do Trabalho consagrou a orientação de que caberia promover a terceirização apenas de atividade-meio, sem que fossem cabíveis aquelas das atividades-fim. Esse entendimento passou a ser invocado para estabelecer limites para os contratos administrativos de prestação de serviços.

Rigorosamente, essa orientação não tem qualquer vínculo com a contratação pela administração pública de terceiros para prestar-lhe serviços. Se a Administração contrata sujeito privado para serviços de limpeza, isso não configura uma terceirização. A terceirização pressupõe a existência de uma subcontratação, em que o sujeito contratado para executar um objeto promove contratação de outrem para executar esse objeto. Ora, somente se poderia aludir à terceirização se um particular fosse contratado para executar certo objeto e avençasse um subcontrato com terceiro para a execução dele.

Quando a administração contrata particular para prestar-lhe serviços não se configura nenhuma espécie de terceirização.

Se um contrato de terceirização for caracterizado como ilícito, ou seja, se deixou ele de respeitar as limitações impostas pela legislação (atividade-meio e inexistência de pessoalidade e subordinação), tem-se o reconhecimento do vínculo empregatício direto entre o trabalhador, contratado a princípio pela prestadora de serviços, e a empresa tomadora.

Verifica-se que em se tratando da administração pública, tal regra não se aplica, uma vez que a redação do inciso II, da Súmula 331 do TST, apoiada no artigo 37, II, da Constituição Federal, que impossibilita a investidura em cargo e emprego público sem a aprovação em concurso, veda o reconhecimento do vínculo empregatício com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.

A solução, na opinião de Delgado⁴³, em um primeiro momento foi de manter a vedação constitucional do reconhecimento do vínculo empregatício direto com a administração pública, visto que não se poderia negar validade e eficácia à norma maior. Porém, a fim de que não fosse ignorada a prática da terceirização ilícita, permitindo que esta se propagasse com a segurança da impunidade, passou-se a assegurar ao trabalhador, ilicitamente terceirizado, o pagamento de todas as verbas trabalhistas legais e normativas referentes à função exercida.

A obrigação da responsabilidade do ente estatal pelas verbas trabalhistas, advindas do contrato de terceirização, será descrito em outro tópico, tendo em vista as recentes modificações da Súmula nº 331 do TST, bem como do posicionamento adotado pela jurisprudência.

3.2 Serviço Público

O serviço público está subordinado ao interesse coletivo, isto é, um interesse maior que o interesse individual de cada cidadão. Assim, a Administração Pública, através de critérios jurídicos, técnicos e econômicos, define quais os serviços deverão ser públicos ou de utilidade pública, e ainda se estes serviços serão prestados diretamente pela estrutura oficial ou se serão delegados a terceiros. Os serviços públicos, propriamente ditos, são aqueles prestados diretamente à comunidade pela Administração depois de definida a sua essencialidade e necessidade. Alguns são privativos do Poder Público, ou seja, só a Administração Pública deve prestá-los. Por exemplo, a preservação da saúde pública e os serviços de polícia. Outros serviços públicos, que a Administração Pública reconheça a sua conveniência para a coletividade, nas

⁴³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 466.

condições regulamentadas e sob o seu controle, podem ser realizados por terceiros. Por exemplo, o transporte coletivo, a energia elétrica, o serviço de telecomunicações e o fornecimento de água, etc.

O conceito sobre Serviço Público também não encontra unanimidade, havendo na doutrina diversos conceitos. Na definição proposta por Melo⁴⁴ cita que é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinado à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituídos em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo”. Esse conceito refere-se aos serviços que são utilizados pela comunidade de forma geral. Entretanto, têm-se também os serviços que são úteis mesmo sem serem diretamente fruíveis pelos administrados singularmente.

Meirelles⁴⁵ propõe um conceito compacto, porém, simultaneamente amplo e abrangente, descreve que “os serviços públicos, são aqueles prestados pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

Sabemos ser inegável que a Administração Pública presta um importante serviço à população, tal serviço, do ponto de vista econômico, não busca lucratividade, na medida em que não se trata de atividade geradora de riquezas, o ente público ao realizar sua função administrativa o faz simplesmente na busca do atendimento do interesse público. Sua finalidade precípua é atender às necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde e outros.

Na percepção de Figueiredo⁴⁶, tais conceituações torna evidente que o rol de atividades inerentes à administração pública, as quais seriam merecedoras do rótulo de atividade-fim, é certamente bastante amplo.

⁴⁴MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 620;

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995 p. 294;

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

A delimitação do que vem a ser atividade-meio na administração pública não é uma tarefa de fácil execução. Isto porque o serviço público tem aspectos que lhe são peculiares, com diferenças marcantes em relação às empresas de iniciativa privada. A começar pela natureza da sua existência. Diferentemente de empresa privada, a administração pública, em qualquer esfera de governo, não visa lucro, não têm acionistas preocupados com o desempenho financeiro e mercadológico.

Por outro lado, é de se notar, na busca do atendimento das necessidades da população, para cada atividade de prestação de serviço público que atinge o cidadão, há também um número elevado de atividades acessórias que, embora não atendendo a população diretamente, fazem parte de uma cadeia de eventos que levarão ao atendimento daquela necessidade. Entretanto, de acordo com o autor, a terceirização no serviço público de modo geral, não é realizada de forma adequada. Problemas estruturais fazem com que a terceirização não represente a garantia na execução adequada do serviço.

Barros⁴⁷ cita que “não acreditamos que possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais”. Esse raciocínio, com certeza, vale também para o serviço público. Embora possa parecer como solução administrativa, muitas vezes terceirizar significa ter um serviço inadequado, ainda que a preços aparentemente vantajosos, pelo fato de não haver vínculo empregatício com os trabalhadores. Outro ponto que traz uma desvantagem importante na terceirização do serviço público é o fato de que a administração pública não consegue, na maioria das vezes, realizar de forma adequada a fiscalização das tarefas executadas pelos prestadores de serviços.

3.3 Terceirização e a concessão dos serviços públicos

É de grande importância fazer alguns comentários em relação à diferença entre terceirização e concessão de serviços públicos por se tratarem de formas de contratação semelhantes, com a finalidade de se verificar quando e porque cada uma delas deve ser utilizada pela administração pública.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 424;

Di Pietro⁴⁸, a concessão de serviço público é: “O contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Marçal Filho⁴⁹ complementa o conceito, no sentido de que a concessão comum de serviço público é: “Um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas, sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento”.

A concessão de serviços esta disciplinada na Constituição Federal em seus artigos 21, inciso XI e XII, 25, § 2º e 175. Vejamos a redação de cada um destes dispositivos constitucionais.

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro-energéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

⁴⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 294;

⁴⁹FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum: 2011, p. 714.

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Além da disciplina constitucional, a concessão também será regida pela Lei nº. 8987/95, bem como pelas demais normas legais pertinentes, como, por exemplo, a Lei de Licitações (nº 8.666/93) e a Lei nº 11.079/04, que dispõe sobre as parcerias público-privadas.

A concessão de serviço público, de acordo com Di Pietro⁵⁰, somente poderá se dar nos serviços de titularidade do Estado, sendo que este, ao transferir a execução da atividade, permanece como titular, podendo alterar as cláusulas e rescindir o contrato por motivo de interesse público.

Para que se realize um contrato de concessão é imprescindível a instauração de um procedimento licitatório, na modalidade concorrência, não sendo autorizada a contratação direta. A redação do artigo 175 da Constituição Federal inviabilizou que esta forma de contratação pudesse ser utilizada nos casos de dispensa de licitação, visto que não fez qualquer ressalva quanto ao artigo 37, XXI do mesmo diploma legal. Entretanto, admite a exceção de que, se comprovada impossibilidade de competição, o procedimento poderá ser dispensado.

O texto legal trata da concessão dos serviços públicos juntamente com a permissão. Nesta modalidade a administração pública também transfere a execução do serviço público, porém, o faz de forma unilateral e precária, ou seja, passível de ser desfeita a qualquer momento e sem a necessidade de indenização.

Ante as características do contrato de permissão, o autor entende que este instituto não se mostra adequado quando da prestação de serviço público, pois sendo “um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; dificilmente alguém se interessará, sem ter garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro”.

⁵⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 302.

No que tange a terceirização na administração pública, conforme já mencionado, esta consiste para Ramos⁵¹ na “transferência para a entidade privada, por meio de contrato de prestação de serviço ou de fornecimento de bens, de execução de atividade que não constitua o núcleo substancial do Estado, conservando ao terceirizante a gestão estratégica e operacional da atividade contratada”.

Observa-se que, tanto na terceirização, quanto na concessão de serviço público, a administração transfere para um terceiro a execução de determinada atividade estatal, seja de uma parte específica, seja na sua integralidade. No entanto, na concessão há a transferência da gestão operacional do serviço, o qual será prestado em nome da própria concessionária, sendo esta, em regra, remunerada diretamente pelos usuários. Já na terceirização, a empresa contratada, apenas e tão somente, irá executar a atividade, sem que haja a transferência da gestão operacional, permanecendo a mesma com a administração pública, que irá realizar o pagamento do serviço prestado por meio do contrato firmado. Note-se que na terceirização inexistente qualquer relação contratual entre a empresa contratada e o usuário do serviço público.

Zymler⁵² traz as principais diferenças entre esses dois institutos:

- a) pelo objeto – a concessão e a permissão visam ao complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, enquanto que a terceirização destina-se à determinada atividade que não é essencial ao Estado e que ele exerce apenas acessoriamente ou como instrumento para a consecução de sua atividade-fim;
- b) pela forma de remuneração – a empresa prestadora dos serviços é inteiramente remunerada pela Administração Pública, enquanto que as concessionárias e as permissionárias, em regra, são remuneradas pelos usuários dos serviços;
- c) pelas prerrogativas públicas concedidas as concessionárias e permissionárias detêm algumas prerrogativas do Poder Público, como o poder de cobrar tarifas, instituir servidões etc., o que não ocorre com a terceirização;
- d) pela possibilidade de intervenção – o Estado tem o poder de intervir na empresa concessionária ou permissionária, dentro dos limites legais, o que não ocorre em relação a empresa terceirizada;
- e) pelo tipo de usuário – na terceirização, o usuário do serviço é, em regra, a própria Administração Pública. Já na concessão e permissão os usuários são os cidadãos.

⁵¹RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.p.158;

⁵²ZYMLER, Benjamin. **Contratação Indireta de Mão de Obra Versus Terceirização**. Revista do Tribunal de Contas da União. vol. 29. nº. 75. Brasília, jan/mar. 1998. p.45.

Embora tais institutos, em um primeiro momento, pareçam semelhantes, suas diferenças, conforme demonstrado, podem ser traçadas com clareza, afastando-se, assim, qualquer confusão quanto à modalidade de contratação a ser realizada pelo Estado.

3.4 Responsabilidade do tomador de serviço pelas verbas trabalhistas

Barros⁵³ cita que para muitos a terceirização é uma forma de contratação vantajosa, visto que com ela a empresa tomadora de serviço consegue diminuir seu espaço físico, seu gasto com materiais, bem como seu custo fixo com encargos trabalhista e previdenciário, podendo, assim, repassar esta redução ao preço final do produto ou serviço. Adotando esta modalidade de contratação, a empresa tomadora também poderá se dedicar exclusivamente à sua atividade principal, o que resultará em uma melhor qualidade do produto ou do serviço a ser prestado.

Com a constante utilização da terceirização, novas empresas fornecedoras de mão-de-obra se formam e, conseqüentemente, novos postos de trabalho são criados, gerando assim, uma maior arrecadação de impostos nesta área. Quanto aos trabalhadores contratados, estes benefícios não podem ser relacionados com tanta facilidade, uma vez que os prejuízos gerados se sobrepõem às vantagens oferecidas.

Neste ponto, é de grande valia mencionar a crítica realizada por Viana, Delgado e Amorim⁵⁴ em um artigo de revista, onde os autores entendem que o intermediário “não utiliza a força de trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é o próprio trabalhador, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na transação. Em outras palavras, o mercador de homens os emprega tal como o fabricante usa seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro”.

⁵³BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed., Ver e Ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 454.

⁵⁴VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Revista LTr, Ano 75**, nº 03, mar. 2011. São Paulo: LTr. p.284;

Diante disso, Neto e Cavalcante⁵⁵, tem-se que a terceirização, embora vantajosa para as empresas envolvidas nesta relação trilateral, tende a contribuir para a violação dos direitos do trabalhador, abrindo mão de garantias como a promoção, a fixação na empresa e as vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos, se submetendo a uma relação incerta.

Com a finalidade de minimizar os abusos e evitar prejuízos aos envolvidos na relação contratual, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho traçou algumas limitações à prática da terceirização.

Conforme já mencionado, para que a terceirização seja lícita é necessário que o serviço contratado esteja ligado à atividade-meio da empresa tomadora, bem como que não haja pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador e a empresa tomadora.

Além de estabelecer os critérios para a utilização da terceirização e as consequências geradas por sua prática ilícita, a referida Súmula também tratou dos casos em que o empregador, empresa prestadora dos serviços, não cumprem com suas obrigações trabalhistas junto ao trabalhador, diferenciando aqui as consequências de acordo com o ocupante da posição de tomador do serviço.

Quando no contrato de terceirização a administração pública figura como tomadora de serviço, a questão da responsabilidade pelas verbas trabalhistas se mostra um pouco mais complexa, tendo em vista que também envolve normas de direito administrativo, que, como já mencionado, é regido por princípios constitucionais específicos.

Inicialmente, a responsabilidade atribuída à administração pública, pela inadimplência da empresa prestadora de serviços, era a mesma imposta às entidades privadas, encontrando-se expressamente regulamentada no item IV da Súmula nº 331 do TST, que assim previa:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica em responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

⁵⁵NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho** 4ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 1410.

Ocorre que à época em que a redação da referida súmula foi elaborada, já se encontrava em vigência o § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações⁵⁶, que excluía das entidades públicas a responsabilidade pela inadimplência de seus contratados. Vejamos os exatos termos do dispositivo legal:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A partir deste momento, surgiu a grande dúvida acerca da real responsabilidade da administração pública pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviço, visto que a súmula impunha tal obrigação e a legislação ordinária a retirava.

Antes do estudo das modificações realizadas na redação da referida súmula, é válido citar o entendimento das correntes doutrinárias acerca da mencionada contradição do texto sumulado e do texto legal.

De acordo com o artigo publicado por Viana, Delgado e Amorim⁵⁷, na primeira corrente “defende a tese de responsabilidade subsidiária do Estado, quanto ao pagamento das verbas trabalhistas dos contratados, no caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços”. Esse, inclusive, é o entendimento da Súmula n. 331, IV, do TST;

A segunda corrente defende a tese de litisconsórcio necessário entre o Estado e a empresa contratada, sendo a responsabilidade do Estado extracontratual e a da empresa contratual;

A terceira corrente nega qualquer responsabilidade ao Estado, com fundamento no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

Para Delgado⁵⁸ a primeira e a terceira corrente são as que possuem maior relevância na discussão sobre o tema. Sendo que aquela se justifica na impossibilidade de se dar tamanho privilégio anti-social ao Estado, suprimindo dos trabalhadores direitos garantidos pela Constituição Federal.

⁵⁶VADE MECUM, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p 1500;

⁵⁷VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Revista LTr, Ano 75**, nº 03, mar. 2011. São Paulo: LTr. p.290.

⁵⁸DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012;

A fim de criticar a terceira corrente, Barros⁵⁹, posicionando-se favoravelmente a aplicação da primeira tese, aduz que: “admitir a isenção contida nessa norma, implica conceder à administração pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV)”.

Os autores Neto e Cavalcante⁶⁰, acerca ainda da terceira corrente, mencionam que a mesma se fundamenta no princípio da estrita legalidade, não podendo a administração pública ser tida como responsável por nenhum ato praticado pela empresa vencedora do processo licitatório. Até porque a atribuição de fiscalização e cumprimento das normas trabalhistas é de competência do Ministério Público do Trabalho e órgãos integrantes do Ministério do Trabalho, como as delegacias regionais do trabalho.

Não obstante, as opiniões divergentes exaradas nas duas referidas teses já gerassem grande dúvida nos operadores do direito, o entendimento criado por parte da doutrina no sentido de que a responsabilidade da administração pública é objetiva, fez com que a discussão se prolongasse ainda mais.

A responsabilidade objetiva ampara-se no artigo 37, § 6º da Constituição Federal⁶¹, que determina: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Neste sentido, seria afastada a necessidade de ser comprovada a culpa do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, considerando que seria sempre presumida, bastando apenas o nexo de causalidade entre o ato prejudicial e a administração.

Em contrapartida, há quem entenda que o não reconhecimento da responsabilidade objetiva, enseja, necessariamente, a aplicação da

⁵⁹BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed., Ver e Ampl. São Paulo: LTr, 2009. p.539;

⁶⁰NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessa. **Direito do Trabalho** 4ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 1411.

⁶¹VADE MECUM, 13 ed., São Paulo: Saraiva 2012. p 23;

responsabilidade subjetiva, com a verificação de culpa, seja ela in elegendo ou in vigilando.

Corroborando com este entendimento, Delgado⁶² discorre que:

Assim, mesmo se não acolhida à aplicação da regra da responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização trabalhista, é irrefutável a incidência da responsabilidade subjetiva dos entes estatais que realizam terceirização de serviços, se verificada sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Responsabilidade subjetiva por culpa in vigilando, [...], atingindo qualquer pessoa jurídica, inclusive o Estado e seus entes – como não poderia deixar de acontecer em ordem jurídica que se afirma civilizada.

Diante de todas estas dúvidas que dificultavam o entendimento sobre o tema, o Governador do Distrito Federal levou a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, em que buscou o reconhecimento da constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei de Licitações. Foi nesta oportunidade que a Corte Superior pode se manifestar a cerca de cada um dos pontos conflitantes acima mencionados.

A referida ação de constitucionalidade teve como relator o Ministro Cezar Peluso⁶³, e restou assim ementada:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração.

Impossibilidade jurídica. Conseqüência proibida pelo art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

A fim de reconhecer a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, que de acordo com o autor da ação estava sofrendo “ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo”, se fez necessária uma abordagem geral quanto à responsabilidade

⁶²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 468;

⁶³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP&docID=627165>>. Acesso em: 16 mar. 2017. p.1

da Administração Pública nos contratos de terceirização, e por isso, importante a análise do voto de cada um dos julgadores.

O Ministro Relator, Cezar Peluso, se posicionou pelo não conhecimento da ação, entendendo que o autor deixou de demonstrar à efetiva e relevante controvérsia jurídica, aduzindo em seu voto que: “À petição inicial, limitou-se a juntar cópias de três decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, em que não foi posta em xeque a constitucionalidade do preceito objeto desta demanda”. Aqui, o relator afastou a necessidade de se declarar a constitucionalidade da norma que sequer foi tida por inconstitucional.

Na seqüência, o Ministro Marco Aurélio⁶⁴ entendeu pelo julgamento da ação. Em seu voto, sustentou que o Tribunal Superior do Trabalho, sem instaurar um incidente de inconstitucionalidade, vinha driblando e deixando de observar o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93, tendo a jurisprudência daquele tribunal adotado um posicionamento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe sobre a solidariedade, e no artigo 37, §6º da Constituição Federal, que impõe às pessoas de direito público a responsabilidade pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Neste proceder, o referido Ministro concluiu que:

“A entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária -, ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços. Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao §6º do artigo 37 da Constituição Federal, que ele não tem, decididamente não tem”.

A Ministra Carmen Lúcia⁶⁵ abordou o tema de forma mais ampla, colocando em discussão diversos pontos controversos.

Primeiramente, opinou pelo conhecimento da ação direta de constitucionalidade, sob o fundamento de que:

“O processamento de inúmeras Reclamações neste Supremo Tribunal, fundadas na premissa de que o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da redação atual da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho importou em declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, evidencia a configuração da controvérsia que põe em risco a presunção de constitucionalidade dessa norma”.

⁶⁴I SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP&docID=627165>>. Acesso em: 16 mar. 2017. p. 51.

⁶⁵Ibidem. p.31.

Quanto ao mérito, sustentou que o disposto no §1º do artigo 71 da Lei de Licitações (8.666/93) não viola o princípio da responsabilidade do Estado, vez que apenas disciplina a relação entre a Administração e seu contratado.

Assim, não se pode admitir que haja a transferência de responsabilidade, decorrente do contrato de trabalho, ao ente público.

Por outro lado, entendeu a Ministra que é dever da Administração Pública exigir o cumprimento das condições jurídicas, técnicas, econômico-financeiras e fiscais e, ainda, fiscalizar a sua execução. Porém, deixando o Poder Público de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas, a responsabilidade subsidiária pelo eventual pagamento não será automática, pois, “não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular”. Segundo ela, um posicionamento contrário geraria prejuízo à Administração, uma vez que teria que arcar com os custos do contrato firmado e ainda com as obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada.

Mencionou ainda, em sede de discussão acerca dos fundamentos utilizados no incidente de uniformização de jurisprudência, que a afirmativa de que a responsabilidade da Administração Pública é objetiva, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal, é “rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição, porque o artigo 37, §6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual”.

Já o Ministro Ayres Brito⁶⁶, que também entendia pelo não conhecimento da ação, no mérito se limitou a dizer que a Constituição Federal trata de apenas três formas de contratação de mão de obra, sendo elas: concurso público, nomeação para cargo em comissão e trabalho temporário, por prazo determinado, para atender as necessidades excepcionais. Ou seja, afirma que a terceirização sequer foi admitida pela Lei Maior, sendo utilizada para servir “não à empresa contratada, à terceirizada, mas o tomador do serviço que é a Administração” e por isso, ante a aceitação jurídica do instituto, nada mais justo do que aceitar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que,

⁶⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP&docID=627165>>. Acesso em: 16 mar. 2017. p. 44;

nas palavras do Ministro, “é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa”.

Enfim, o Ministro Ricardo Lewandowski⁶⁷ levantou a questão a cerca da necessidade de se verificar a culpa da Administração Pública quando da fiscalização dos contratos firmados, uma vez que há:

“Empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a *culpa in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93”.

Na mesma linha discorreu o Ministro Cezar Peluso⁶⁸:

“A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei”.

Já ao ver da Ministra Carmen Lúcia⁶⁹, reafirma seu posicionamento, entendendo que a exigência de fiscalização quebra a estrutura da Administração Pública, visto que ao licitar e contratar a empresa prestadora de serviço, já lhe transfere a responsabilidade por tais obrigações. Assim, ao ter que assumir novamente as obrigações que foram contratualmente repassadas, se torna ineficaz o trâmite licitatório, pois a Administração sempre correrá o risco de pagar pela segunda vez.

Diante desta situação aduziu que:

“Alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal”.

Na tentativa de encontrar a melhor solução, o Ministro Gilmar Mendes⁷⁰ ponderou que:

“Os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município,

⁶⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP&docID=627165>>. Acesso em: 16 mar. 2017. p. 45;

⁶⁸Ibidem. p.46;

⁶⁹Ibidem. p.45;

⁷⁰Ibidem. p.46;

que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a idéia da súmula, para que haja esta culpa in vigilando, fundamental. Deste modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS”.

Com relação ao debate relatado acima, Delgado⁷¹ cita que os Ministros entenderam por declarar a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666/93, porém, sem eliminar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando verificada a culpa in vigilando, relativa ao descumprimento das obrigações trabalhistas do contrato de terceirização.

O Tribunal Superior do Trabalho, a fim de adequar a redação da Súmula 331 à decisão do Supremo Tribunal Federal, acrescentou, em 2011, um novo inciso à mesma, direcionando o antigo item IV apenas e tão somente às entidades privadas.

Vejamos como ficou a nova e atual redação⁷²:

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 nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 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.

⁷¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 468;

⁷²VADE MECUM, 13 ed., São Paulo: Saraiva 2012. p 1538.

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

A vista disto, com o esclarecimento da questão dada pela Corte máxima de Justiça do País, foi expedido que a Administração Pública somente será responsabilizada nos casos em que restar configurada sua culpa in vigilando, e não a mera presunção da mesma, ou seja, quando houver a má fiscalização das obrigações legais, afastando, assim, a transferência automática da responsabilidade, visto que restou expresso que o mero inadimplemento não a torna responsável.

Embora a súmula tenha esclarecido que a comprovada ausência de fiscalização levará a responsabilização do ente público pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviço, os cuidados a serem tomados no momento da licitação, quanto à fiscalização dos direitos trabalhistas, já encontravam regulamentação na Instrução Normativa nº 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Declara o artigo 19-A, da referida instrução normativa⁷³:

Art. 19- A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;
- b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
- c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
- d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e
- e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na

⁷³INSTRUÇÕES NORMATIVAS, Disponível em:

<<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=273>>. Acesso em: 23 mar. 2017.p. 45.

fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

O que se percebe da instrução normativa, na visão de Viana, Delgado e Amorim⁷⁴, é que a Administração Pública possui todas as condições de fiscalizar o devido cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, evitando, assim, a sua condenação na Justiça do Trabalho pelo pagamento das verbas não adimplidas, visto que poderá reunir inúmeras provas de que observou o seu dever de fiscalização.

Ressalta-se ainda, que quando se fala em fiscalização, não está se admitindo que a Administração Pública faça uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos empregatícios, exige-se, sim, que a Administração se envolva nesta rotina da empresa contratada, a fim de que não haja qualquer supressão de direitos.

Estabelecido o nexo causal entre a inadimplência da Administração Pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa in eligendo ou in vigilando da Administração, com sua conseqüente responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos.

Averigua-se que a Administração Pública, quando da contratação de serviços terceirizados, é responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços por ela contratada, devendo, entretanto, fazer parte da relação processual, a fim de que lhe seja oportunizado a comprovação da efetiva fiscalização, o que se demonstrado, a eximirá de qualquer responsabilidade.

Cabe salientar que todo o exposto descrito acima se refere à terceirização lícita, ou seja, aquela que respeitou os limites impostos pela

⁷⁴VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Revista LTr**, Ano 75, nº 03, mar. 2011. São Paulo: LTr. p. 259.

mesma Súmula 331. Pois, quando tratamos da terceirização ilícita, a responsabilidade da Administração Pública continua a gerar dúvidas.

Diante de uma irregularidade no contrato de terceirização firmado pela Administração Pública, seja porque se fez presente a personalidade e a subordinação, seja porque envolveu uma atividade-fim, os efeitos são bem distintos dos gerados à entidade privada.

Nessa situação, diferentemente do que ocorre quando a tomadora de serviço é uma entidade privada, não se pode reconhecer o vínculo empregatício direto com a Administração Pública.

Na opinião de Delgado⁷⁵ este fato ocorre conforme se tratou no capítulo referente à Administração Pública (acesso e investidura em cargos, funções e empregos públicos), o artigo 37, II, da Constituição Federal estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”, tendo o §2º, do mesmo diploma legal, sido claro ao mencionar que a inobservância deste requisito (concurso público) implica em nulidade do ato e punição da autoridade responsável. “Por tais razões, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situação de terceirização ilícita”.

Esta proibição constitucional foi respeitada pela Súmula 331 do TST, que em seu item II, estabeleceu que: “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”.

Portanto, Delgado⁷⁶ repara que não é esta questão que vem gerando dúvidas a cerca da terceirização ilícita praticada pela Administração Pública, mas, sim, os demais efeitos decorrentes deste contrato, os quais não foram abordados pela referida súmula.

Analisa o autor o que não restou esclarecido se a Administração Pública, mesmo após ter celebrado um contrato irregular, possui alguma responsabilidade pelas verbas trabalhistas decorrentes da contratação dos empregados que lhe prestaram o serviço.

⁷⁵DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 455;

⁷⁶Ibidem. p. 456.

A respeito do tema o magistrado cita que existem três diferentes posicionamentos, quais sejam:

Em um primeiro pólo extremado, sustenta-se que, à medida que a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício (em virtude da vedação constitucional), não teria também aptidão para produzir qualquer diferença jus trabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado.

Observe-se que aqui não se trata de negar comunicação remuneratória à terceirização lícita. Trata-se, ao revés, de negar comunicação remuneratória à prática trabalhista ilícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada – o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição quer evitar o resultado final perverso alcançado pela primeira vertente. Mas, situa-se no pólo extremado oposto, suplantando texto constitucional expresso vedatório de vínculo empregatício sem concurso público.

Tal vertente sustenta que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora dos serviços). Desse modo, considera que a presente situação figurada não foge à situação-padrão de nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns ao ramo jus trabalhistas: convalidam-se todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em conseqüência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira corrente adota caminho hermenêutico que se coloca em linha eqüidistante às duas vertentes polares acima descritas. Reconhece a presente linha interpretativa que a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa de vínculo empregatício sem concurso público (ajustando-se assim, também, ao texto da Súmula 331, II do TST). Mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Em contrapartida padece da falha de fazer absoluta tabula rasa do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.

Entende-se que, independentemente da ausência de vínculo empregatício, os trabalhadores, irregularmente contratados, têm direito às mesmas verbas trabalhistas que os trabalhadores contratados pelo tomador de serviço, desde que se verifique a igualdade de função.

Tal posicionamento é explicado por Delgado⁷⁷ da seguinte forma:

“A resposta está na garantia da observância da isonomia, do núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suportaria assegurar-se ao

⁷⁷DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 457-458;

trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas, aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador de serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional”.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, não foi diferente ao publicar a Orientação Jurisprudencial (SDI - I) nº 383⁷⁸. Vejamos sua redação:

383. “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Em face destes comentários, o que se pode verificar é que independentemente de quem seja o empregador, ou até mesmo de que regime jurídico pertença o tomador de serviço, a Justiça do Trabalho tem procurado amparar a parte hipossuficiente da relação trabalhista, respeitando os limites impostos pela Constituição Federal, porém evitando que contratos mascarados sejam utilizados em prejuízos daqueles que cumprem integralmente sua obrigação contratual, que neste caso é o trabalhador.

4 DELINEAMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO ATUALMENTE

Na visão de Delgado⁷⁹ é inegável que a terceirização é uma das formas de flexibilização das relações trabalhistas que em vários países já demonstrou ser fator de desenvolvimento econômico indiscutível. Mas, algum cuidado se impõe. Assim como não pode desconhecer os benefícios que a terceirização trouxe, também não se pode deixar de considerar os prejuízos decorrentes de sua aplicação, especialmente no que diz respeito aos trabalhadores. Se por um lado ela propicia a criação de maior número de emprego, também é verdade que os níveis salariais são nivelados por baixo. Além de outros pontos

⁷⁸ VADE MECUM, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p 1564.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013. p. 471;

negativos, tais como: serviços e produtos com qualidade inferior, impactos ambientais, licitações fraudadas, evasão fiscal pela não arrecadação de tributos, incremento das demandas trabalhistas, aumento do número de demandas previdenciárias e o Estado atuando como um dos agentes precarizantes das relações trabalhistas, entre outros.

De acordo com Paulo e Alexandrino⁸⁰ “são muitos os argumentos contrários à terceirização, quase sempre no sentido de que ela viola o núcleo central do contrato de trabalho regido pela CLT, implicando redução dos direitos do empregado quanto a promoções, salários, fixação na empresa e outras vantagens decorrentes de acordo ou convenção coletiva. Além disso, é muito mais seguro para o trabalhador ser empregado de uma grande empresa do que de pequenas empresas de duvidosa idoneidade econômica”.

A falta de regulamentação dessa importante matéria pelo legislador pátrio tem acarretado um desmensurado e desordenado crescimento das atividades “terceirizadas” utilizadas pelas empresas. Podemos afirmar que esse setor da economia - das empresas prestadoras de serviços “terceirizados” - de tal forma agigantou-se que, em algumas empresas, encontramos muito mais trabalhadores contratados nessa modalidade de triangulação, atuando nas diversas atividades (senão em todas as que se dedica a empresa!), do que empregados próprios, nominalmente assim contratados.

De sorte que há em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4330/04, o qual foi apresentado pelo Deputado Federal Sandro Mabel, que em sua justificativa mencionou: “A terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que tem maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna possui de concentrar-se em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço”.

O PL 4330, ainda segundo o Deputado, foi pautado no Projeto de Lei nº 4.302, de 1998, que durante cinco anos esperou por votação na Câmara dos Deputados, mas teve que ser retirado de pauta a pedido do Poder Executivo. Entretanto, voltou à votação em abril de 2015, sendo aprovado pelo Plenário da Câmara Federal por 324 votos contra 137. Essa aprovação gerou no país

⁸⁰PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 78-79.

inúmeros protestos, que tiveram apoio de líderes sindicais, da CUT, políticos e membros do Poder Judiciário. Ao ver do Deputado Sandro Mabel, na época em que foi apresentado o projeto, o Brasil estava atrasado cerca de 20 anos, devido a não legalização deste tipo de relação empregatícia, e ignorando-a não estaria protegendo o trabalhador de possíveis abusos, mas, sim, deixando ainda mais fragilizados aqueles que já trabalhavam sob esse regime.

No âmbito do serviço público a proposta do projeto de lei autoriza a administração pública a contratar terceirizados para qualquer atividade exercida dentro dos órgãos da administração direta e indireta, excetuando-se apenas aquelas funções entendidas como sendo exclusiva de Estados, como a fiscalização e a regulamentação.

4.1 Aprovação do Projeto Lei 4302/1988 da Terceirização

No dia 22 de março de 2017, a Câmara dos Deputados aprovou a lei que libera o trabalho terceirizado em todas as atividades das empresas e várias atividades do Estado. Por 231 votos a favor, 188 contra e oito abstenções, a base aliada do Governo Michel Temer conseguiu ressuscitar o texto, proposto há 19 anos pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) e já aprovado no Senado.

A referida ação teve como relator o Deputado Laércio Oliveira⁸¹, onde assim declara:

PROJETO DE LEI Nº 4.302-E DE 1998 Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, o parágrafo único do art. 11 e o art. 12 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.” (NR)

“Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

⁸¹Redação Final/Projeto de Lei 4302/1988, Disponível em:<<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 04 Abr. 2017.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.”(NR)

“Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.” (NR)

“Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei.” (NR)

“Art. 6º São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada);
- d) (revogada);
- e) (revogada);
- f) (revogada);

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;

II - prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;

III - prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Parágrafo único. (Revogado). (NR)

“Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:

- I - qualificação das partes;
- II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;
- III - prazo da prestação de serviços;
- IV - valor da prestação de serviços;
- V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante, garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades meio e atividades—fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”(NR)

“Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

§ 3º O prazo previsto neste artigo poderá ser alterado mediante acordo ou convenção coletiva.

§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência, previsto no parágrafo único do

art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

”(NR)

“Art. 11..... Parágrafo único. Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.”(NR)

“Art. 12. São assegurados ao trabalhador temporário, durante o período em que estiver à disposição da empresa tomadora de serviços, os seguintes direitos, a serem cumpridos pela empresa de trabalho temporário:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada);
- d) (revogada);
- e) (revogada);
- f) (revogada);
- g) (revogada);
- h) (revogada);

I - salário equivalente ao percebido pelos empregados que trabalham na mesma função ou cargo da tomadora; II - jornada de trabalho equivalente à dos empregados que trabalham na mesma função ou cargo da tomadora;

II - jornada de trabalho equivalente à dos empregados que trabalham na mesma função ou cargo da tomadora;

III - proteção previdenciária e contra acidentes do trabalho a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º O contrato de trabalho poderá prever, para os empregados temporários contratados por até trinta dias, sistema de pagamento direto das parcelas relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), das férias proporcionais e do décimo terceiro salário proporcional.”(NR)

Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 4º-A, 4º-B, 5º- A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C:

“Art. 4º-A Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

“Art. 4º-B São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados — capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados — capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados — capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados — capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados — capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

“Art. 5º-A Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante, garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

“Art. 5º-B O contrato de prestação de serviços conterá:

- I - qualificação das partes;
- II - especificação do serviço a ser prestado;
- III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- IV - valor.”

“Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. “A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

“Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

“Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Sala das Sessões, em 22 de março de 2017.

O Presidente da República, Michel Temer⁸², sancionou no dia 31 de Março de 2017 a Lei 13.429, referente a PL 4302/88, decretada pelo

⁸²Lei nº 13.429/2017/Presidência da República. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 de Abr. 2017;

Congresso Nacional, alterando os dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, conforme citado no tópico anterior.

Na opinião de Garcia⁸³ “a terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra, a qual, em regra, é vedada pelo sistema jurídico, uma vez que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, o que seria contrário ao seu valor social e à dignidade da pessoa humana”. Logo, a terceirização se distingue do trabalho temporário, pois enquanto aquela diz respeito à prestação de determinados serviços por empresa especializada, neste há o fornecimento de mão de obra à tomadora por meio de empresa interposta (ou seja, pela empresa de trabalho temporário), nas hipóteses excepcionalmente admitidas pelo sistema jurídico.

Analisando a nova Lei Garcia⁸⁴ observa que, de acordo com o autor, a Lei 13.429/2017 não restringe a sua incidência à esfera privada, podendo dar margem ao entendimento de que as suas previsões sobre terceirização podem ser aplicadas, em tese, também à administração pública, desde que sejam observadas as disposições específicas a respeito, como a exigência de licitação na contratação de serviços.

O art. 4º-A da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, passa a prever que empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante “serviços determinados e específicos”.

A empresa prestadora de serviços a terceiros, assim, não pode ser pessoa física, nem mesmo um empresário individual, devendo ser necessariamente pessoa jurídica.

A expressão “serviços determinados e específicos” revela que a terceirização só é admitida quanto a serviços delimitados previamente e especificados.

⁸³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 416;

⁸⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Revista **Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2017, 7h32:<
<http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>> Acesso em 05 de Jun. 2017.

Vale dizer, a empresa prestadora de serviço não pode prestar serviços genéricos, não se admitindo a terceirização, pela empresa contratante (tomadora), de atividades sem especificação.

A menção a “serviços determinados e específicos”, de certa forma, faz lembrar a previsão da CLT a respeito dos contratos de trabalho a prazo determinado.

Efetivamente, o art. 443, § 1º, da CLT dispõe que se considera como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

No contrato de trabalho a prazo determinado o empregador contrata o empregado diretamente, inclusive para realizar atividades inerentes à sua atividade empresarial.

Com isso, torna-se possível o entendimento de que a terceirização, desde que seja de serviços delimitados e especificados, pode dizer respeito às atividades essenciais da contratante, ou seja, integrantes de seu objetivo social.

Em outras palavras, com a Lei 13.429/2017, para certa corrente, permite-se concluir que a chamada atividade-fim da empresa tomadora pode ser terceirizada para uma empresa prestadora especializada, respeitando-se a exigência de que os serviços sejam determinados e específicos.

A questão, entretanto, certamente apresentará controvérsias, sabendo-se que a jurisprudência, em regra, admite a terceirização apenas de serviços de vigilância, de conservação, limpeza e de atividades-meio da empresa tomadora, sendo assim consideradas aquelas acessórias, de suporte ou periféricas à atividade principal.

Nesse sentido, segundo a Súmula 331 item III, do TST: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

Como argumento contrário à possibilidade de se terceirizar também a atividade-fim da empresa contratante, pode-se alegar que a Lei 6.019/1974, modificada pela 13.429/2017, ao dispor sobre o trabalho temporário, é

expressa ao prever que o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços (art. 9º, § 3º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Diversamente, no caso de empresa prestadora de serviço, essa autorização mais ampla não consta expressamente, permitindo a interpretação de que a terceirização continua admitida apenas nos casos de atividades-meio da empresa contratante (tomadora).

Além disso, pode-se asseverar que a terceirização não deve ser admitida em qualquer atividade da empresa contratante, justamente por ser exceção ao sistema, ao modificar o padrão jurídico bilateral da relação de emprego.

Como se pode notar, a questão ainda dependerá de sedimentação na doutrina e de uniformização na jurisprudência.

A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços (art. 4º-A, § 1º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Logo, a empresa prestadora de serviços, como empregadora, mantém contrato de trabalho com os seus empregados, mas estes laboram na empresa tomadora (contratante).

O poder de direção, assim, deve ser exercido pela empresa prestadora de serviços em face de seus empregados, embora estes laborem na empresa contratante (tomadora). Desse modo, os referidos empregados são juridicamente subordinados à empresa prestadora de serviços e não à tomadora. A remuneração dos empregados terceirizados também é devida pela empresa prestadora de serviço, por ser a empregadora.

Caso haja subordinação direta dos empregados terceirizados à empresa contratante, a terceirização deverá ser considerada ilícita, gerando o vínculo de emprego diretamente com a tomadora (exceto no caso da administração pública, em razão da exigência de aprovação prévia em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição da República), na forma do art. 9º da CLT.

Nessa hipótese específica de terceirização ilícita, a empresa tomadora deve ser considerada a verdadeira empregadora e a empresa prestadora de serviços responde de forma solidária pelos créditos trabalhistas, por ter participado da fraude, com fundamento no art. 942 do Código Civil.

É importante ainda o registro de que passa a ser expressamente permitida à chamada quarteirização, em que a empresa prestadora de serviços subcontrata outras empresas para a realização dos serviços contratados pela empresa tomadora.

Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (art. 4º-A, § 2º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Essa ausência de vínculo de emprego entre a empresa tomadora e os empregados da empresa prestadora de serviços, evidentemente, pressupõe que a terceirização tenha sido feita em consonância com as exigências legais.

O art. 4º-B da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, estabelece os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros.

Em conformidade com o art. 5º-A da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

A empresa contratante (tomadora), diversamente da empresa prestadora de serviços, pode ser pessoa física ou jurídica.

Se a empresa prestadora apenas pode prestar serviços previamente delimitados e especificados, é possível dizer que estes devem ser serviços especializados, ainda que venha a prevalecer o entendimento de que podem fazer parte da atividade principal ou do objetivo social da empresa contratante (tomadora).

É vedada à contratante (tomadora) a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

Além disso, os serviços contratados podem ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

É responsabilidade da contratante (tomadora) garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, § 3º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Logo, se o empregado terceirizado prestar serviço no estabelecimento da empresa tomadora, esta responde pela higidez do meio ambiente de trabalho, inclusive em casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Segundo o art. 5º-A, § 4º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017, a contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

A previsão, assim, tem caráter meramente facultativo, diversamente da determinação cogente relativa ao trabalho temporário (art. 9º, § 2º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

A empresa contratante (ou seja, tomadora) é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias devem observar o disposto no art. 31 da Lei 8.212/1991 (art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Trata-se do entendimento que já prevalecia nas hipóteses de terceirização lícita, como se observa na Súmula 331, item IV, do TST.

O contrato de prestação de serviços deve conter: qualificação das partes; especificação do serviço a ser prestado; prazo para realização do serviço, quando for o caso; valor (art. 5º-B da Lei 6.019/1974, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

Não há previsão quanto à necessidade de serem respeitadas, no caso de terceirização, as convenções e acordos coletivos de trabalho, aplicáveis à empresa contratante (tomadora), também para os empregados da empresa prestadora de serviços.

O enquadramento sindical do empregado, em regra, decorre do setor da atividade econômica preponderante do empregador (art. 581, §§ 1º e 2º, da

CLT). No caso da terceirização lícita, o empregador do empregado terceirizado é a empresa prestadora de serviço, sendo esta a sua atividade econômica.

Logo, é possível concluir que o empregado da empresa prestadora de serviço não integra a categoria profissional da empresa contratante (tomadora), mas sim a categoria dos empregados de empresas de prestação de serviços.

Com isso, em tese, não se aplicam os direitos decorrentes das normas coletivas (por exemplo, piso da categoria) dos empregados da empresa tomadora (contratante) aos empregados das prestadoras dos serviços, gerando possível tratamento não isonômico entre trabalhadores terceirizados e contratados diretamente pela tomadora, ainda que inseridos no mesmo setor e contexto de atividade.

Esse e outros fatores podem gerar precarização das relações de trabalho, enfraquecimento das relações sindicais e sensível redução do nível remuneratório dos empregados terceirizados.

Ainda assim, se a empresa contratante (tomadora) tiver empregados próprios (contratados diretamente) e empregados terceirizados (contratados pela empresa prestadora) exercendo as mesmas funções, em idênticas condições, tendo em vista a incidência do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição da República), é possível sustentar a aplicação do mesmo patamar remuneratório e de outros direitos trabalhistas a ambos os tipos de empregados, sob pena de se caracterizar injusto tratamento discriminatório entre trabalhadores, o que não é admitido pelo sistema jurídico (art. 3º, inciso IV, art. 5º, inciso XLI, e art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal de 1988).

O descumprimento do disposto na Lei 6.019/1974 sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa (art. 19-A, acrescentado pela Lei 13.429/2017). A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT, que dispõe sobre processo de multas administrativas aplicadas pela inspeção do trabalho (arts. 626 a 642).

Em conformidade com o art. 19-B, acrescentado pela Lei 13.429/2017, o disposto na Lei 6.019/1974 não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela CLT.

A respeito do tema, a Lei 7.102/1983 dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, bem como dá outras providências.

Por fim, os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos da Lei 6.019/1974 (art. 19-C, acrescentado pela Lei 13.429/2017).

5 CONCLUSÃO

A terceirização é um fenômeno mundial e inevitável, resultado do processo de globalização do qual País algum pode escapar. Há, contudo, que se evitar a precarização da relação que envolva o trabalhador, de forma que lhe sejam asseguradas condições dignas de subsistência própria e da família.

O papel do Estado é cuidar para que prevaleçam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como previsto na nossa Constituição Federal, combatendo abusos que possam afetar a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

O entendimento jurisprudencial que prevalece relativo à terceirização, especificamente à promovida pelos entes de direito público, quer seja da administração pública direta ou indireta, é de que somente é possível naquilo que se refere à atividade meio, e mesmo assim desde que não haja subordinação dos terceirizados ao tomador dos serviços que, em todos os casos, deve fiscalizar o cumprimento, pela empresa prestadora de serviços, das obrigações relativas aos direitos dos empregados terceirizados. Assim, o Estado tem de dar o exemplo e zelar para que nas contratações que venha a promover não comprometa tais princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

Há de pensar-se em providências para a solução deste problema, inclusive através da produção legislativa, de modo que o Estado possa manter relação de natureza administrativa estável. Assim, como estratégias conclusivas após as reflexões acima e no que tange às relações de trabalho indispensáveis para o atendimento das necessidades dos entes de direito público, podemos relacionar os seguintes pontos:

Em primeiro lugar, deve-se cuidar para que as contratações terceirizadas se restrinjam sempre àquilo que diz respeito à atividade meio do organismo contratante, ante a impossibilidade de contratações para a execução de serviços relacionados à atividade fim, de modo a evitar-se a nulidade das respectivas contratações e a conseqüente responsabilidade solidária do ente público e dos administradores.

Em segundo, e mesmo no que se refere às contratações de prestação e serviços ligados à atividade meio, o contratante deve manter constante fiscalização da contratação, desde o início e até o seu final, inclusive precavendo-se, através de medidas contratuais estabelecidas, contra possíveis e eventuais inadimplementos após a rescisão contratual e que tenham a ver com o contrato de prestação de serviços com o ente de direito público.

Desta forma, os referidos contratos de prestação de serviços devem estabelecer cláusulas de fiscalização da contratação, inclusive, e principalmente, quanto aos direitos e obrigações de natureza trabalhistas, impondo à empresa prestadora de serviços a obrigação de comprovar, mensalmente, o efetivo pagamento e recolhimento dos direitos dos trabalhadores empregados na contratação, cuja relação dos envolvidos no ajuste deve ser do conhecimento do ente contratante.

Deve-se prever, ainda, nestas contratações, cláusula de retenção de valores para a garantia do pagamento da integralidade das verbas rescisórias devidas por ocasião das rescisões contratuais dos trabalhadores postos à disposição do ente contratante na prestação de serviços ajustada, principalmente quando reconhecido pela empresa contratada, no início da contratação, que o recrutamento dos trabalhadores se deu para o cumprimento do contrato de prestação de serviços anteriormente firmado.

Tais providências, que efetivamente venham a comprovar o exercício da fiscalização do contrato de prestação de serviços, são fundamentais para evitar a responsabilidade subsidiária do ente de direito público, a que se refere a Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, além da proteção aos direitos dos trabalhadores terceirizados, os quais são e estão sistematicamente sendo precarizados.

Compreende-se, então, que o ente estatal ao formalizar o contrato de prestação de serviços, avoca os riscos inerentes a essa contratação, dentre eles o de uma inesperada e futura inadimplência por parte da empresa prestadora perante seus empregados. A aceitação do risco nada mais é do que uma contrapartida dos benefícios resultantes da prática terceirizante e acarreta no dever de responder, independentemente de culpa do tomador.

Entretanto, como em toda sociedade, as transformações estão sempre acontecendo, e no judiciário também acontece o mesmo. Desta maneira, está

surgindo um novo olhar a respeito da obrigação da Administração Pública e da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, surgindo à vontade de afastamento da culpa presumida ou responsabilidade objetiva da Administração.

Entendemos que se essa aspiração se concretizar agravará, ainda mais, a parte frágil da vinculação contratual, que é o trabalhador, desrespeitando o princípio da sua proteção, portanto, indo de encontro aos direitos fundamentais, considerados pela Constituição como um dos pilares para o Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 424;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed., Ver e Ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 336;

CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo (SP): Saraiva 2013;

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2006;

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas Atípicas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004;

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000;

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004;

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTr,

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed., São Paulo: LTr, 2013;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2009;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2007;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999;

FELICIO apud DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004;

FERNANDES, Jacoby. **Responsabilidade Fiscal**; 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 2002;

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34;

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7ed., Belo Horizonte: Fórum:2011;

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 416;

GIOSA, Lívio Antônio. **Terceirização: Uma Abordagem Estratégica**. 5 ed., São Paulo: Pioneira, 1997;

GÓES, Winnicius Pereira de. **A Terceirização de Serviço no Âmbito da Administração Pública**. Porto Alegre: Nuria Fabris;

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004;

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo (SP): Saraiva 2010;

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2014;

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009;

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1997;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294;

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 620;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 37 ed., Editora Ltr, 2012;

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, **Direito do Trabalho**. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001;

SILVA, Ciro Pereira da. **A Terceirização Responsável: Modernidade e Modismo**. São Paulo: 1997;

VADE MECUM, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Revista LTr**, Ano 75, nº 03, mar. 2011. São Paulo: LTr;

ZYMLER, Benjamin. **Contratação Indireta de Mão de Obra Versus Terceirização**. Revista do Tribunal de Contas da União. vol. 29. nº. 75. Brasília, jan/mar. 1998;

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Revista **Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2017, 7h32:< <http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>> Acesso em 05 de Jun. 2017;

INSTRUÇÕES NORMATIVAS, Disponível em:<<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=273>> Acesso em: 23 Mar.2017;

LEI Nº 13.429/2017/PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 de Abr. 2017;

REDAÇÃO FINAL/PROJETO DE LEI 4302/1988, Disponível em:<<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 04 Abr. 2017;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Disponível
em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?docTP&docID=627165>>. Acesso
em: 16 Mar.2017;