



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ARIANNE DE AQUINO TAVARES

NOVOS PARÂMETROS ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO E
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SOUSA - PB
2011

ARIANNE DE AQUINO TAVARES

NOVOS PARÂMETROS ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO E
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2011

ARIANNE DE AQUINO TAVARES

NOVOS PARÂMETROS ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais

Orientador(a): Prof. Esp. Geórgia Graziela
Aragão de Abrantes

Banca examinadora:

Data da aprovação: _____

Orientadora: Prof^a. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Examinador Interno

Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos que de certa forma colaboraram e me deram força para a conclusão desse trabalho.

Primeiramente, venho agradecer a minha professora orientadora Geórgia Graziela pelo comprometimento e compartilhamento de seu conhecimento.

Ao corpo docente do curso de Direito da UFCG pelos ensinamentos ministrados.

A minha família pelo apoio e incentivo incomensurável. Especialmente a meus pais Maria Neide Leite de Aquino e José Tavares de Luna e meus irmãos Mário Hudson de Aquino Tavares e Amanda de Aquino Tavares.

Aos meus amigos pelos ótimos momentos que passamos juntos.

A todos o meu MUITO OBRIGADA!

RESUMO

A presente pesquisa tem como foco o estudo da terceirização no âmbito da Administração Pública, abordando inicialmente seu contexto histórico, bem como as mutações que sofreu até chegar aos dias atuais. O trabalho refere-se, também, às normas que regulamentam tal instituto, relatando seu surgimento, evolução e eficácia. Seu pressuposto básico foi focar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, analisando o conceito, alcance, limitações, características, efeitos, responsabilidade subsidiária e principalmente, as consequências trazidas pelo instituto à Administração Pública e ao Direito do Trabalho. Destarte, os objetivos do presente trabalho são estudar o instituto da terceirização, envolvendo sua evolução histórica, conceito, características, efeitos e responsabilidade; investigar a utilização da terceirização no âmbito estatal, bem como, as vantagens e desvantagens da sua utilização; analisar a responsabilidade da Administração Pública e suas obrigações trabalhistas, baseando-se, na Súmula 331 do TST; demonstrar o conflito de normas, a ADC nº 16 e a nova redação da Súmula 331. Para tanto, a metodologia empregada buscou suporte nos métodos dedutivo, histórico-comparativo, exegético-jurídico, através da pesquisa bibliográfica baseada na doutrina nacional e no posicionamento jurisprudencial dos tribunais brasileiros, bem como, em artigos científicos da área.

Palavras-chave: Terceirização; Responsabilidade Subsidiária; Administração Pública.

ABSTRACT

This research focuses on the study of outsourcing in the public administration, initially addressing its historical context as well as mutations that suffered until the present day. The study is also consistent with the regulations governing such institute, reporting its emergence, evolution and effectiveness. His basic focus was the understanding of doctrine and jurisprudence on the subject, analyzing the concept, scope, limitations, characteristics, effects, and especially secondary liability, the consequences brought by the Institute of Public Administration and the Labor Law. Thus, the objectives of this work is to study the outsourcing institute, involving its historical development, concept, features, purpose and responsibility; investigate the use of outsourcing at the state, as well as the advantages and disadvantages of their use, consideration of the responsibility Public Administration and its labor obligations, based on 331 Summary of the TST; demonstrate the conflict of laws, ADC # 16 and new wording of Statement 331. For this purpose, the methodology sought support in deductive methods, historical and comparative legal-exegetical, through literature search based on national doctrine and jurisprudence in the positioning of the Brazilian courts, as well as in scientific papers in the area.

Keywords: Outsourcing; Subsidiary Liability, Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A TERCEIRIZAÇÃO.....	10
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
2.1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL.....	11
2.2 CONCEITO.....	15
2.2.1 DENOMINAÇÃO.....	15
2.2.2 DEFINIÇÃO.....	18
2.3 NORMATIVIDADE JURÍDICA SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO.....	20
3 TERCEIRIZAÇÃO: CARACTERIZAÇÃO, EFEITOS JURÍDICOS E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.....	25
3.1 LICITUDE E ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO.....	25
3.1.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA.....	25
3.1.2 TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.....	28
3.2 A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	29
3.2.1 VÍNCULO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS.....	29
3.2.2 ISONOMIA SALARIAL.....	31
3.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.....	34
4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
4.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	39
4.2 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
4.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	45
4.4 NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331.....	50
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A terceirização é relativamente assunto novo no âmbito doutrinário e jurisprudencial do Direito do Trabalho, portanto, haja vista a necessidade de situar tal instituto às novas regras e ao contexto histórico, busca-se apresentar com esse trabalho uma ampla análise desde o seu surgimento até os conflitos de normas existentes hoje.

A relação que existe entre tomador de serviços, empresa terceirizante e empregado, manifesta uma relação trilateral, que cria um fenômeno que surgiu da necessidade latente de modernizar e dinamizar as atividades das empresas e instituições. Essa prática criou no meio jurídico um entendimento novo, de que nessa relação não existe o vínculo direto entre empregado e empregador, criando-se assim uma flexibilização da relação de emprego típica.

Com o aumento da utilização da terceirização foram crescendo o número de empresas especializadas no fornecimento desse tipo de mão-de-obra. Esse aumento desencadeou um processo de ampliação dos horizontes e expectativas, fazendo com que esse instituto tomasse mais força no âmbito jurídico.

Atualmente é a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe sobre os aspectos mais imprescindíveis que envolvem a terceirização de serviços.

A presente pesquisa tem como principal foco o estudo de um desses aspectos, qual seja, a responsabilidade subsidiária que é imputável à Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados, nos casos em que há o inadimplemento da empresa prestadora dos serviços.

O referido tema é um dos, se não o mais polêmico e controverso em matéria de terceirização. Pois não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência.

Aspecto relevante que será abordado pelo seguinte estudo é o contraponto existente entre a Lei n. 8.666/93, a Lei de Licitações, e Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que contêm previsões opostas sobre a responsabilidade do poder público pelas verbas trabalhistas devidas e não pagas pela empresa terceirizante.

Será exposta também a proposta de Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta ao Supremo Tribunal Federal a fim de que se decida

a constitucionalidade ou não do diploma legal em face do enunciado do Tribunal Superior do Trabalho.

Mesmo com o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, causado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade subsidiária ainda é assunto polêmico na seara do direito, principalmente quando envolve o ente público. E o presente trabalho terá como objetivo principal analisar a responsabilidade da Administração Pública e suas obrigações trabalhistas, tanto na terceirização lícita como na ilícita.

Nesse diapasão, o presente trabalho terá como objetivo investigar a utilização da terceirização no âmbito estatal, mostrando-se vinculado à necessidade de uma discussão ampla, tendo em vista, proceder à análise de cada posicionamento e normas que tratam sobre o tema.

No segundo capítulo deste trabalho, o leitor terá uma noção acerca da evolução histórica da terceirização, tanto no Brasil como no mundo, tratar-se-á ainda sobre as várias formas de denominação desse instituto e como renomados doutrinadores o conceitua, bem como, será feita uma análise das normas jurídicas que tratam sobre o tema da terceirização.

No terceiro capítulo, serão apresentados os aspectos gerais da terceirização primeiramente buscando diferenciar suas formas, lícita e ilícita, posteriormente, seus efeitos jurídicos, demonstrando-se o vínculo com o tomador de serviços e a isonomia salarial. Por fim, de uma forma geral, analisar-se-á a responsabilidade subsidiária, que recai sobre o ente tomador de serviços, distinguindo esta da responsabilidade solidária.

No quarto capítulo, tratar-se-á acerca da terceirização na Administração Pública de forma mais específica, demonstrando-se as vantagens e desvantagens da utilização desse instituto para o ente público, bem como, a responsabilidade subsidiária que recai sobre este e por último a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, através da qual se pretendeu que fosse declarada a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei de Licitações, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive os reflexos dessa decisão, com destaque para a nova redação do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Para os fins dessa pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo, histórico-comparativo, exegético-jurídico, baseando-se na pesquisa bibliográfica, através da

doutrina nacional, jurisprudência brasileira, legislação nacional e em artigos científicos da área.

2 A TERCEIRIZAÇÃO

Para entender melhor qualquer fenômeno social, que fomente alteração nas relações humanas, necessário se faz o estudo de como este surgiu na história, para que se possa melhor avaliar o seu desenvolvimento na sociedade, bem como, suas vantagens e desvantagens em determinado cenário político e social. Será feita dessa forma, no presente estudo do fenômeno da terceirização, fenômeno este que promoveu profundas mudanças nas relações de trabalho, tanto no âmbito das relações privadas, como nas relações regidas pelo Direito Público.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

O estudo da terceirização pressupõe uma abordagem histórica acerca de seu desenvolvimento no decorrer dos anos.

A terceirização surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, onde a indústria de armamentos não estava conseguindo suprir a demanda no mercado, desse modo, para que pudesse aprimorar as técnicas de produção, verificou-se que algumas atividades poderiam ser delegadas a terceiros, a fim de que estas auxiliassem na produção. Assim, os países aliados constituídos pelos Estados Unidos e países europeus passaram a trabalhar conjuntamente para combater o regime nazista. Cada país passou a atuar em uma área especializada de produção, otimizando, dessa forma, o sistema de produção.

O processo da terceirização surgiu a partir de uma crise em que o empresário não suportou mais os custos de determinadas atividades, lançando mão da terceirização a fim de que diminua sua onerosidade. A terceirização surge para atender também à mão-de-obra ociosa existente na época.

A terceirização surge, portanto, em tempos de crise econômica, em que o empresário almeja reduzir os custos de seus serviços, especialmente no que diz respeito à mão-de-obra.

Contudo, percebe-se a vantagem trazida ao empresário com o advento da terceirização, pois com a utilização deste instituto as empresas poderão contratar mais empregados com o custo reduzido de despesas.

Ao analisar esse fenômeno e sua origem Castro (2000, p. 75) destaca que:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

Todavia, observa-se que a necessidade de abastecer o mercado e suprir a demanda, demonstrou que as empresas deveriam concentrar-se na produção, deixando as atividades acessórias e de suporte para terceiros.

Vive-se numa época em que há a necessidade e tendência para a especialização nas empresas. Neste aspecto a terceirização cria empregos e empresas, na medida em que estas precisam de atividades especializadas que requerem os serviços de outras. Este procedimento é chamado de terceirização.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Fenômeno novo no Brasil, a terceirização adquiriu dimensões ampliadas somente nas últimas décadas. Mesmo já sendo utilizado, esse fenômeno não era comentado na Consolidação das Leis Trabalhistas, nem em outros textos legais ou jurisprudenciais, devido ao fato da terceirização não ter tido grande importância socioeconômica nos impulsos da industrialização, que ocorreram pelo país nas décadas de trinta e quarenta. Mesmo com a internacionalização da economia, na década de cinquenta, o modelo básico das relações de produção manteve-se o mesmo, de forma bilateral, sem nenhum avanço significativo do modelo trilateral terceirizante.

A terceirização chegou ao Brasil por volta de 1950, trazida por multinacionais. Pioneira nesse novo sistema foi a indústria automobilística, que contratava terceiros para produzirem peças do automóvel.

Neste sentido, elucidativas as palavras de Macedo (2010, p.01):

Importante destacar o surgimento da terceirização, que se deu no período da II guerra mundial em vista da sobrecarga de trabalho com a produção de armas, chegando ao Brasil na década de cinquenta, por meio das multinacionais. Seu ápice se deu com o toyotismo, período em que, em decorrência de sua utilização em grande escala, começaram a surgir terríveis consequências como a redução salarial, a fragmentação das relações trabalhistas e desconfiguração do instituto que passou a ser utilizado pelas empresas como forma de reduzir os custos com mão de obra.

Mesmo sendo fenômeno já crescente no Brasil, apenas ao final da década de sessenta foi que surgiram os primeiros diplomas legais instituindo normas referentes à terceirização.

Primeiramente, foram criados o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, que tratam do segmento estatal do mercado de trabalho, e dispunham sobre mecanismos legais que propiciaram a descentralização administrativa, possibilitando a contratação de trabalhadores por empresas interpostas.

O Decreto-Lei n. 200/67 em seu artigo 10, caput, dispõe que a “[...] execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. O §7º do mesmo artigo completa esse preceito:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Referido diploma legal revela que a contratação de mão-de-obra terceirizada é plenamente válida para a Administração Pública. Poderá terceirizar, portanto, atividades executivas, aquelas que não são essenciais ao poder público. Todavia, não poderá terceirizar atividades peculiares deste, como por exemplo, segurança pública ou a justiça.

A Lei n. 5.645/70 veio posteriormente dar exemplos das atividades executivas dispostas na norma anterior. Dispõe o artigo 3º, parágrafo único:

As atividades como transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto

de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-Lei n. 200/67 [...].

O primeiro texto normativo referente à terceirização no mercado privado e que efetivamente tratou desse fenômeno surgiu no início dos anos setenta, tratando de contratos temporários.

Em 1974 foi editada a Lei n. 6.019 que visa atender aos trabalhadores temporários, cada vez mais numerosos no país, e que laboravam sem qualquer respaldo normativo. Assim, segundo Macedo (2010, p. 01):

No setor privado, foi editada a lei n. 6019/74, que limitava a contratação de trabalhadores, mediante empresa interposta, a fim de atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da tomadora ou acréscimo de serviço extraordinário: os chamados trabalhadores temporários.

Entende-se que referida lei buscou criar uma figura típica na relação de trabalho, diferente daquele modelo clássico de relação de emprego, a fim de atender a uma necessidade transitória de empregados, sendo, portanto, utilizado apenas extraordinariamente.

De acordo com Martins (2010, p.17) “o objetivo dessa lei era regular o trabalho temporário [...], principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente [...]”.

Além de suprir a necessidade de pessoal na empresa tomadora, tal lei supre também a demanda de trabalhadores ociosos que não podiam trabalhar permanentemente, como por exemplo, estudantes, donas de casa, aposentados, etc.

Trabalho temporário não se confunde com trabalho a prazo certo, pois este diz respeito ao contrato clássico, ou seja, o firmado entre o empregado e o tomador de serviço diretamente e regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

O artigo 2º da Lei n. 6.019/74 define trabalho temporário como sendo:

[...] aquele firmado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

De acordo com referido artigo, pode-se conceituar trabalho temporário como sendo aquele em que é firmado entre pessoa física e empresa especializada, a fim

de suprir a falta de empregados regulares ou o acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora de serviços.

Na década de 80, houve o advento de uma nova lei, lei essa que tratava da segurança e transporte de valores em estabelecimentos financeiros. O referido diploma normativo veio para prever o trabalho terceirizado permanente, mas sua abrangência era restrita apenas a uma classe de trabalhadores, os vigilantes. Sobre o assunto, menciona Macedo (2010, p. 01):

A lei n. 7.102/83 autorizou a terceirização permanente das atividades de vigilância no setor bancário que, posteriormente, se estendeu para estabelecimentos públicos e privados, inclusive de segurança de pessoas físicas e transportes de valores ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga (introduzidos pela lei n. 8.863/94).

Entende-se, contudo, que a lei n. 7.102/83 veio para prever a terceirização permanente de atividades, mas seus efeitos eram restritos apenas à categoria dos vigilantes no setor bancário.

O texto desse diploma foi ampliado pela Lei n. 8.863/94, onde são considerados também como atividades submetidas a essa modalidade, a segurança patrimonial, segurança de pessoas físicas, transporte e segurança de qualquer tipo de carga.

Com o passar dos anos, houve uma grande evolução normativa e nos últimos 30 anos cresceu bastante a prática da terceirização na força de trabalho, independentemente da existência de texto legal que lhe predefinira ou autorizava modelo diferente do clássico (trabalhista). A respeito do assunto, ressalta Delgado (2010, p.416):

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que, o segmento privado da economia, ao longo dos últimos trinta anos, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico.

A jurisprudência nos anos oitenta e noventa também tratou do tema. Ocorre que as decisões tinham várias interpretações, dificultando um entendimento comum para a matéria, sendo assim o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas: a de n. 256/1986 e a súmula n. 331/1993, que revisou a anterior.

Fica claro que o modelo da terceirização revolucionou o mercado de trabalho e o sistema jus-trabalhista do país. Mas por se tratar de um modelo novo, traz consigo grande discussão sobretudo quanto ao alcance dessa transformação. Falta também material suficiente para que os operadores jurídicos possam direcionar o processo sócio-jurídico da terceirização aos elementos essenciais do direito do trabalho, para que assim possa evitar-se um choque de tal matéria com os princípios e costumes de que trata esse ramo jurídico.

No Brasil, a terceirização começou a ser utilizada recentemente, mas, ressalta-se com grande intensidade, o que indica a saída da era industrial para a de serviços.

2.2 CONCEITO

Faz-se necessário, para melhor compreensão do tema, um estudo detalhado, tanto das várias denominações do instituto da terceirização dado principalmente pelos ramos do Direito e de Administração de Empresas, bem como, a denominação dada a esse instituto em vários países, quanto dos inúmeros conceitos, 'atribuídos a vários autores brasileiros conceituados.

2.2.1 DENOMINAÇÃO

Vários são as denominações dadas pela doutrina e jurisprudência a esse fenômeno. Todavia, o vocábulo terceirização já se encontra aderido ao vocabulário jurídico brasileiro, até pouco tempo não era encontrada nos dicionários da língua portuguesa, permitindo que o termo recebesse várias denominações.

O termo surgiu há pouco tempo no português trata-se, portanto, de um neologismo, oriundo da palavra latim "*tertius*", com o significado de intermediário, interveniente, subcontratação, reconcentração, terciarização, desverticalização etc. Neste sentido, menciona Martins (2010, p.19):

Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos.

Observa-se que a relação clássica de contratação de mão-de-obra seria realizada entre dois entes, sendo, portanto, a empresa tomadora de serviços e a empresa terceirizante, sobrando o terceirizado, que não participaria da relação, por isso, ser chamado de terceiro.

Veja-se o que diz Delgado (2010, p.414): “O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro a empresa.”

Este neologismo foi criado pela ciência da Administração de Empresas a fim de significar a reestruturação administrativa, aquela em que uma empresa transfere a outra certas atividades, não relacionadas à sua principal atividade.

Outros autores, principalmente na área da Administração de Empresas preferem denominar esse fenômeno de “horizontalização”. De acordo com Martins (2010, p.20):

Alguns autores, especialmente de Administração de Empresas, usam o termo horizontalização da atividade econômica, em que as empresas transferem para outras partes das funções que exerciam diretamente. A horizontalização ou desverticalização sugere que a estrutura da organização empresarial seja vertical, e o intuito é desverticalizá-la.

Alguns autores também usam o termo terciarização, mas este fenômeno se refere à migração para o terceiro setor da atividade produtiva, o setor de serviços; o setor primário corresponde ao setor agrícola e o secundário ao setor industrial. Delgado (2003, p. 136) discorre que:

A terceirização não se confunde com a terciarização. Enquanto a primeira refere-se a um modo de gestão empresarial e de contratação da força de trabalho, inclusive com respaldo justabalhista, a segunda designa apenas um segmento da economia – o setor terciário, onde se destacam, inclusive, os trabalhos terceirizados.

Observa-se que o enfoque do citado autor faz-se diante da relação de emprego originado com a utilização da terceirização, não aos seus objetivos, como seria o caso de dar destaque ao uso do termo para designar as técnicas do setor terciário de produção.

Há doutrinadores que discordam do uso do termo terceirização, assim é o entendimento de Rodrigues (1997, p. 144-145):

[...] o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa por via nenhuma das derivações a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviços de apoio empresarial, que examinará, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.

Nos Estados Unidos da América, a terceirização é chamada de duas formas: a primeira é a reconcentração, chamada de "*downsizing*", em que ocorre uma espécie de fusão entre as empresas, e a segunda é a desverticalização, denominada de "*outsourcing*". Esta última é a que mais se assemelha com a nossa terceirização, na qual a empresa descarta as atividades menos rendosas, bem como quando empresas menores contratam serviços para realizar outras atividades (MARTINS, 2010, p. 20).

Na França e no Japão, foi adotado o termo subcontratação, sendo que na França é também chamada de "*soustraitance*". A empresa tomadora de serviços repassa suas atividades para outra empresa que irá exercer as atividades para a primeira empresa. A diferença para o Japão é que, nesse País, o ato de terceirizar é chamado de "*dispatched workers*", que na verdade, não há uma subcontratação e sim uma contratação de fato, pois o trabalhador não é funcionário de uma empresa que irá prestar serviços para o empregador, ele na verdade é contratado do empregador (MARTINS, 2010, p. 20).

No Brasil, a princípio, foi utilizado no âmbito da administração de empresas o termo terceirização. Depois tal expressão veio a ser utilizada também no ramo do direito do trabalho, nos tribunais trabalhistas. Em países desenvolvidos, houve uma evolução da terceirização, surgindo um fenômeno chamado quarteirização, também conhecido como terceirização gerenciada, no qual uma empresa,

geralmente especializada em um determinado ramo do mercado, é contratada com a finalidade de gerenciar empresas terceirizadas, as parcerias.

A expressão correta deveria ser “quartização”, decorrente de um possível quarto nível. Outro termo que vem sendo utilizado é a desterceirização, em que a empresa que havia delegado alguns serviços à outra retoma as atividades, por entender que essa medida não deu certo, ou não atingiu os objetivos desejados.

Nos Estados Unidos, a expressão é chamada de “*insourcing*” e o principal motivo para ocorrer esse fenômeno é a qualidade dos serviços, pois, com a terceirização, os serviços não são feitos da mesma forma e com isso estava saindo ainda mais caro, uma vez que o serviço era feito duas vezes. É o que afirma Martins (2010, p.21-22) *in verbis*:

Ultimamente, já se fala em descentralização, se é que se pode empregar esse termo. Trata-se da terceirização às avessas, isto é. o retorno da admissão dos terceirizados, na condição de empregados, às empresas em que a terceirização não deu certo. Nos Estados Unidos, tem-se utilizado a expressão *insourcing* para significar desterceirização, isto é, trazer de volta certos serviços a serem prestados pela própria empresa, pois foi constatado que não deu certo a terceirização. A descentralização tem sido feita por motivo de qualidade, pois o terceirizado não faz o serviço da mesma forma como era feito pelo terceirizante. O que vinha ocorrendo é o que chamavam de resserviço, que seria pagar por um produto ou serviço e ter de refazer tudo novamente, com a mão de obra própria.

Percebe-se que é extenso o rol de denominações referente a esse processo e que cada ramo das ciências designa-o de modo diferente. Portanto, adota-se o termo terceirização, por ser o mais utilizado e por ter um significado mais compreensível em questões terminológicas

2.2.2 DEFINIÇÃO

A terceirização é fenômeno criado para redução de custo e aumento da produtividade e qualidade. O uso da palavra é amoldado na visão de um terceiro que realiza atividade no lugar da empresa, criando uma estrutura trilateral do trabalho. Tem-se, portanto, o tomador de serviço, o empregado e o empregador, estrutura muito diferente do modelo bilateral clássico da relação de trabalho

(empregado-empregador). A atividade a ser delegada é uma atividade-meio, ou seja, aquela que não constitui a atividade principal da empresa, a atividade-fim.

Importante destacar a definição trazida por Diniz (1999, p. 16):

[...] terceirização consiste na existência de um terceiro especialista, chamado de fornecedor ou prestador de serviços, que com competência, habilidade e qualidade técnica, presta serviços especializados ou produz bens, em condições de parceria, para a empresa contratante, chamada de tomadora ou cliente.

Infere-se da leitura do autor a referência à especialidade do terceiro, dando enfoque à prestação dos serviços e qualidade técnica e menciona como sendo a terceirização um tipo de parceria. Segundo Martins (2010, p. 23) a terceirização consiste:

[...] na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

No entendimento do referido autor a terceirização tem como base a prestação de serviços acessórios, ou seja, que não constituem a principal atividade desta. Poderá ser terceirizado tanto a produção de bens como também serviços.

Delgado (2010, p. 414) define terceirização dando enfoque à relação trilateral criada:

Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jurtrabalhista que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jurtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. [...] O modelo *trilateral* de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente *bilateral*. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história.

Na lição do autor, observa-se claramente sua preocupação com as conseqüências desse instituto nas relações de trabalho, voltado principalmente aos

princípios basilares do direito do trabalho, que visam à proteção do trabalhador hipossuficiente. Segundo os ensinamentos de Rodriguez (1996, p.256):

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações. Mas justamente com esses casos em que não há dúvida de que se trata de empresas independentes que contratam entre si para desenvolver uma atividade econômica concertada, há outros nos quais simplesmente o empregador procura elidir ou negligenciar suas responsabilidades trabalhistas ou de previdência social, promovendo artificialmente a ficção de uma empresa que figura em nome de uma empresa (geralmente ex-empregado) que aparece como contratando outros trabalhadores, mas que, na realidade, atua como simples intermediário da empresa principal, que é a autêntica empregadora tanto do que figura como intermediário como de seus empregados.

Percebe-se, portanto, que são muitos os entendimentos doutrinários referentes à matéria questionada, cada um possuindo uma preocupação diferente, uns expondo sua preocupação sobre as implicações desse tipo de contratação sob o enfoque do Direito do Trabalho e seus princípios, já outros falam sobre os problemas práticos que esse fenômeno pode causar, sem que haja o total resguardo normativo, podendo causar prejuízos ao trabalhador motivado pela negligência e mau uso dessa forma de contratação.

2.3 NORMATIVIDADE JURÍDICA SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho brasileiro, a terceirização assumiu paulatinamente, abrangência e dimensões relevantes somente a partir das últimas três décadas do Século XX. Neste sentido, necessário faz-se uma breve análise dos textos normativos que envolvem o fenômeno terceirização.

Com efeito, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em sua redação original, datada da década de 40, mencionou apenas duas hipóteses de subcontratação de mão-de-obra, quais sejam: a empreitada e subempreitada (artigos 455 e 652, "a" da Consolidação das Leis Trabalhistas) (DELGADO, 2010, p. 419). Destarte, a

Consolidação das Leis Trabalhistas nada mencionou acerca da terceirização propriamente dita.

Somente, no final da década de 60 e início da década de 70, foi que a ordem jurídica passou a dar mais importância ao fenômeno terceirizante e instituiu referência normativa. Entretanto, tais referências diziam respeito apenas ao segmento estatal do mercado de trabalho, ou seja, Administração Direta e Indireta da União, Estados e Municípios. Tais dispositivos eram o Decreto-Lei 200/67 e a Lei n. 5.645/70. Tinham por objetivo estimular a descentralização administrativa.

Nesse sentido, o Decreto-Lei 200/67 dispunha em seu artigo 10, *caput*, e § 7º, que as atividades executivas da Administração Federal deverão ser amplamente descentralizadas, a fim de desincumbir-se das atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle, para que possa impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa.

Dessa forma, o objetivo do decreto é evitar o inchaço da máquina administrativa e para isso deverá sempre que possível desvencilhar-se de atividades executivas e instrumentais através da execução indireta, ou seja, a contratação de terceiros.

A Lei n. 5.645/70 deu exemplos de algumas atividades consideradas como tarefas executivas, que o decreto, anteriormente citado, faz alusão. Assim, em seu artigo 3º, parágrafo único, o referido diploma legal dispõe que atividades relacionadas com transportes, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes podem ser objeto de contrato previsto no Decreto-Lei 200/67.

Posteriormente, surgiram outros dispositivos que trataram da terceirização, estes, portanto, dizem respeito aos entes privados do mercado de trabalho. São os seguintes diplomas legais: Lei n. 6.019/74 e a Lei n. 7.102/83.

A Lei n. 6.019/74 tratava da questão do trabalho temporário, dando pouca amplitude à terceirização, pois tal dispositivo não autorizava a terceirização permanente, produzindo limitados efeitos. Tal lei em seu artigo 2º define trabalhador temporário como sendo “[...] aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços”. Dessa maneira, o trabalho temporário só poderá ser contratado em apenas duas circunstâncias,

quais sejam: a necessidade de substituição de pessoal regular e a resultante de acréscimo de serviços. Percebe-se, portanto, a pouca abrangência desse diploma.

A Lei n. 7.102/83, também contém efeitos restritos, pois regulamenta apenas a categoria dos vigilantes vinculados à segurança bancária, mas prevê, diferentemente, da Lei do Trabalho Temporário, a terceirização permanente. Posteriormente, tal dispositivo legal foi ampliado pela Lei n. 8.863/94, onde alargou-se o âmbito de atuação, ampliando o conceito de vigilante atendendo à todas as atividades de vigilância.

O parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei n. 8.949/94, aparentemente trouxe nova possibilidade de terceirização. Dispõe o referido dispositivo de lei: "Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela." Dessa forma criou-se presunção *iuris tantum* da inexistência de vínculo empregatício (MARTINS, 2010, p. 88). O dispositivo em estudo trouxe a possibilidade de a cooperativa trabalhar para o tomador de serviços, não existindo, portanto, o vínculo empregatício, construindo assim um tipo de terceirização de serviços.

Outro diploma legal que diz respeito ao processo terceirizante é a Lei n. 8.036/90 (Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), na qual tentou unir na mesma fórmula conceitual as figuras de empregado e empregador tanto da relação de emprego clássica quanto da relação trilateral terceirizante (DELGADO, 2010, p. 420). Nesse sentido, o § 1º do artigo 15 desse referido diploma define empregador como sendo:

[...] pessoa física ou jurídica que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

No mesmo artigo 15 em seu § 2º descreve trabalhador como sendo, "[...] toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio."

Percebe-se com a leitura dos dispositivos a confusão terminológica causada pelo legislador. A redação dos dispositivos citados prova a complexidade do tema, gerando má compreensão tanto do legislador como do intérprete.

Desde a década de 70 diante do laconismo de regras legais a jurisprudência trabalhista buscou assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo que existia no país (DELGADO, 2010, p. 421). Isso levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar duas súmulas acerca do tema: a Súmula 256 e a Súmula 331, que revisou a primeira.

A Súmula 256 dispunha o seguinte: "Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços."

Referida súmula restringia os casos de legalidade de contratação de trabalhadores por empresa interposta às Leis 6.019 (Trabalho Temporário) e 7.102 (Vigilantes). Fora tais hipóteses outras formas de terceirização seriam consideradas ilícitas.

Diante da pouca abrangência trazida pelo enunciado, este foi revisado posteriormente, editando-se a Súmula 331, que continha a seguinte redação:

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), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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).

Em 2000 o inciso IV sofreu alteração, retirou-se a expressão "inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista". Em junho

de 2011 a Súmula sofreu outra alteração, na qual se inseriu mais dois incisos. Vejamos o conteúdo dos incisos:

[...]

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

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

Percebe-se, portanto, que a Súmula 331 sofreu várias alterações no decorrer dos anos. Entretanto, se faz necessário um estudo mais minucioso de cada mudança e aspecto presentes na referida súmula, como será visto a seguir.

3 TERCEIRIZAÇÃO: CARACTERIZAÇÃO, EFEITOS JURÍDICOS E RESPONSABILIDADE

O capítulo a seguir tem por escopo o estudo da caracterização do instituto da terceirização, diferenciando terceirização lícita e ilícita, bem como, seus efeitos jurídicos, visualizado sobre dois aspectos, de um lado a contraposição entre o empregador aparente e o empregador oculto, caracterizando o vínculo com o tomador de serviços, de outro a batalha referente à isonomia salarial. Por último, abordar-se-á a questão da responsabilidade em aspectos gerais.

3.1 LICITUDE E ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser classificada como lícita ou ilícita. Terceirização lícita é aquela onde são observados todos os preceitos legais referentes aos direitos dos trabalhadores, e onde não exista relação de emprego, nem subordinação, nem pessoalidade.

Já a terceirização ilícita é aquela onde não há o respeito aos dispositivos legais, bem como quando há pessoalidade e subordinação entre obreiro e empregado.

3.1.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

Em fins do ano de 1994 o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado 331, modificando a antiga Súmula nº 256, que havia sido fixada em meados dos anos 80. Referido enunciado trouxe mudanças significativas ao campo das relações jurídicas que envolvem o contrato de terceirização.

Pode-se referir como sendo marca importante desse enunciado o esclarecimento entre o contraponto entre a terceirização lícita e ilícita. É

necessário, portanto, estabelecer a distinção entre elas, para melhor compreender-se o raciocínio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Extraí-se do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho quatro situações sociojurídicas nas quais a terceirização é lícita:

(i) – No trabalho temporário (Súmula 331, I, Tribunal Superior do Trabalho), em situações especificadas na Lei. N 6.019/74, que são as seguintes: a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente de empresa tomadora ou a necessidade de acréscimo extraordinário de serviços.

(ii) – Atividades de vigilância (Súmula 331, III, Tribunal Superior do Trabalho), que são regidos pela Lei nº 7.102/83. Essa lei foi modificada pelo diploma legal 8.863/94, onde ampliou o conceito de vigilante, não só atendendo ao segmento bancário, mas a todas as atividades de vigilância.

Dessa forma, conceitua-se vigilante como sendo aquele que é contratado para realizar atividade que tenha uma finalidade patrimonial, de proteção de pessoas, do local e transporte de valores junto a instituições financeiras e de outros estabelecimentos, podendo ser públicos ou privados.

Portanto, não se confunde vigilante com vigia, pois este se vincula às regras impostas pelo próprio tomador de serviços e de acordo com suas atividades, já o vigilante submete-se a regras e treinamento próprios da categoria.

De acordo com Martins (2010, p. 93):

Considera o art. 15 da Lei nº 7.102 como vigilante o empregado contratado para proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como à segurança de pessoas físicas, para realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. Difere, portanto, o vigia do vigilante, pois este exerce funções semelhantes às da polícia, tendo natureza paramilitar, sendo sua atividade regulada pela Lei nº 7.102, que exige certos requisitos: ser brasileiro, ter idade mínima de 21 anos, ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau, ter sido aprovado em curso de formação de vigilante realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado, ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico, não ter antecedentes criminais e estar quite com as obrigações eleitorais e militares (art. 16); já o vigia é simplesmente um guarda bens, sem regras definidas em lei.

(iii) – Atividades de conservação e limpeza (Súmula 331, III, Tribunal Superior do Trabalho). Essas atividades constituíram uma das primeiras práticas terceirizantes a ter caráter acessório e está previsto na Súmula 331, III.

(iii) – A quarta e última situação refere-se a serviços especializados que estão ligados a atividade-meio do tomador (Súmula 331, III, Tribunal Superior do Trabalho), ou seja, aquela atividade que não integra o objeto social da empresa, e que não caracteriza formação de vínculo direto entre tomador de serviço e o trabalhador. Portanto, são aquelas atividades que não constituem o exercício principal da empresa, ou seja, a atividade-fim.

Delgado (2010, p. 425) define atividade-fim como sendo:

[...] as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Em outras palavras atividade-fim é atividade na qual a empresa define seu objeto, função e especialidade, ou seja, compõe o núcleo de suas tarefas, onde determina seu posicionamento na conjuntura econômica.

Ainda de acordo com Delgado (2010, p.425) atividades-meio são:

[...] aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. São ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Dessa forma, conceitua-se atividade-meio como sendo aquela em que não coincide com a atividade principal desempenhada pela empresa. Sendo ilustrado pela Lei n. 5.645/70 as atividades consideradas acessórias passíveis de terceirização.

Verifica-se que as hipóteses de terceirização lícita são excetivas, ou seja, salvo essas hipóteses elencadas qualquer outro contrato fixado fora desses parâmetros será tido como ilícito.

3.1.2 TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Diz-se que a terceirização é ilícita quando o empregador é o tomador de serviço e a empresa terceirizante é aparentemente a empregadora. Portanto, o empregador forma um vínculo diretamente com o empregado e a empresa terceirizante é apenas empresa interposta.

Destarte, ocorrendo a perda da impessoalidade e da hierarquia, a terceirização será tida como ilícita, pois cria um maior vínculo entre a tomadora e o trabalhador, fato que invalida o contrato de terceirização.

Pimentel (2004, p.01) configura terceirização ilícita como sendo:

[...] intermediação de mão-de-obra por empresa interposta. A grande diferença entre esses tipos de terceirização é que, na lícita, a transferência parte da esfera de atuação tomador (delegação de atividades) para a do prestador. Na terceirização ilícita, tal procedimento se opera em sentido inverso, isto é, a empresa terceirizada é quem fica responsável por transferir o objeto do contrato ao tomador, que neste caso será a própria mão-de-obra cedida.

Quando a terceirização é ilícita o empregador passa a ser o tomador de serviços, pois cria o vínculo com o trabalhador, passando a agir com personalidade e subordinação e a empresa terceirizante fica sendo empresa dissimulada, pois apenas tem aparência de empregadora, participando somente na intermediação do contrato.

O contrato de terceirização quando ilícito é prática condenável, pois mercantiliza a força de trabalho, como se fosse apenas um produto, no qual a mera redução dos custos é mais importante que a própria dignidade do homem.

Assim, excetuadas as quatro situações abordadas anteriormente que caracterizam terceirização lícita, no Brasil não existe outra possibilidade de validar contratos de trabalho em que uma pessoa preste serviços a uma empresa sem que esta não responda juridicamente por esta relação.

3.2 A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Dois efeitos devem ser levados em consideração quando o assunto é terceirização, são, portanto, a questão do vínculo do empregado com o tomador de serviços e a questão do tratamento salarial isonômico entre o empregado terceirizado e o empregado admitido diretamente com o tomador de serviço. Necessário, portanto, a abordagem individual de cada circunstância.

3.2.1 VÍNCULO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS

Uma vez configurada uma terceirização ilícita, o vínculo entre a empresa terceirizante e o empregado se desfaz, formando vínculo direto entre este e o tomador de serviços. Este é o entendimento da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974).”.

Dessa forma, percebe-se a existência das seguintes figuras: o empregador aparente (a empresa terceirizante) e do empregador oculto ou dissimulado (a empresa tomadora de serviços).

Portanto, quando configurado vínculo direto entre o empregador oculto e o trabalhador, incidem todas as regras pertinentes aos contratos de trabalho regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Eliminando, assim, o vínculo original existente entre o trabalhador e a empresa terceirizante (empregador aparente). Este efeito é característico apenas nas terceirizações ilícitas.

Sobre tais efeitos necessário destacar as elucidações de Delgado (2010, p. 426):

Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorridas em face do artifício terceirizante.

Caracterizado o vínculo com o tomador de serviços recairá sobre o contrato todas as normas que incidem sobre este, que regem a categoria na qual realmente pertence o empregado, a Consolidação das Leis Trabalhistas.

A cada dia a terceirização ilícita vem se tornando realidade frequente no mercado de trabalho, onde os prestadores são subordinados ao tomador de serviços, existindo ainda pessoalidade. Não se julga, portanto, se a empresa é ou não idônea, mas se criou o vínculo empregatício.

Então, se empresas incidem nesse tipo de contratação, estão ferindo o preceito existente no Enunciado 331, I, Tribunal Superior do Trabalho, pois trata-se de uma afronta ao trabalhador e à sua dignidade, transformando o trabalho humano em simples mercadoria, contrariando diretamente os fundamentos da Constituição Federal.

Sabidamente Martins (2010, p.140) em sua obra A Terceirização e o Direito do Trabalho expõe os requisitos da terceirização lícita e ainda cita formas de ilicitude:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços.

Para que a terceirização seja considerada lícita necessário é a inexistência de subordinação e pessoalidade entre o tomador e empregado terceirizado, na forma do inciso III do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Desse modo, a direção dos serviços prestados deverá ser realizada pela empresa terceirizante dentro do estabelecimento da tomadora, ou seja, a subordinação e a

pessoalidade existem somente entre o empregado e a empresa terceirizante e não com o tomador.

O principal problema da terceirização é que o objetivo dessa forma de contratação é a obtenção de lucros, sem se preocupar com o trabalhador. Dentre os problemas vividos pelos trabalhadores pode-se citar segundo pesquisa do DIEESE (1993): diminuição de salários; redução de benefícios sociais; diminuição da qualificação da força de trabalho; jornadas de trabalho mais extensas; piora das condições de saúde e de segurança no ambiente laboral; e ainda, desorganização da representação sindical.

Quando o tomador de serviços for ente da Administração Pública Direta ou Indireta, não poderá utilizar a regra anterior de que seja estabelecido vínculo empregatício com o tomador de serviços. Tal regra só poderá ser usada em âmbito privado. Pois de acordo com a Súmula 331, II, do Tribunal Superior do Trabalho, “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública, direta, indireta ou fundacional”. O vínculo direto com a Administração Pública só poderá ser estabelecido através de concurso público como declara o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Destaca-se o § 2º do artigo 37 da Carta Magna no qual mostra que a não-observância dos requisitos dispostos no inciso II do mesmo artigo implicará em nulidade do ato e na punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Contudo, conclui-se que, de acordo com o princípio da legalidade que envolve a Administração Pública, na qual esta deverá observar as regras constitucionais, não há que se falar em vínculo de emprego direto entre o ente público e o empregado terceirizado.

3.2.2 ISONOMIA SALARIAL

Outro efeito quando se trata de terceirização é o tratamento isonômico dado ao empregado contratado diretamente com o tomador de serviços e o trabalhador terceirizado, trazido à baila pela Lei do Trabalho Temporário, garantindo o salário

equitativo aos trabalhadores terceirizados. É o que trata o artigo 12, "a", da citada lei:

Art. 12 Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

Tal preceito envolve todas as formas de trabalho temporário, dando a esses todos os direitos que são cabíveis aos trabalhadores celetistas. Esse efeito também é aplicável analogicamente à terceirização ilícita.

O principal problema é a indagação se esse mesmo efeito se aplica aos outros casos de terceirização. Questiona-se quando a terceirização é lícita, em que não há vínculo entre o tomador de serviços e o empregado, se poderá ser aplicado o princípio da isonomia salarial entre o empregado terceirizado e o contratado diretamente que exercem funções similares. Esta questão não é pacificada nem doutrinariamente, nem jurisprudencialmente.

Há quem entenda, como Delgado (2010), apoiando o tratamento isonômico na terceirização lícita e no trabalho não temporário, que configura uma injustificável discriminação socioeconômica, ferindo os preceitos constitucionais:

Trata-se, de um lado, dos preceitos constitucionais concernentes à idéia básica de isonomia (art. 5º, ab initio, e inciso I, CF/88); preceitos concernentes à idéia da prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, in fine e III, ab initio, e IV, ab initio; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, caput, in fine; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, ab initio; art. 170, III); preceitos constitucionais determinadores da proteção ampla do salário (art. 7º, VI, VII e X, CF/88) (DELGADO, 2010, p. 428).

Já outros estudiosos do tema acreditam que não tem cabimento a aplicação desse princípio na terceirização lícita, pois feriria os acordos e convenções garantidos tanto pela Constituição Federal, quanto pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Assim constitui o entendimento de Avelar (2007, p. 195):

[...] se a atividade é lícita e, portanto, não se insere na atividade-fim do tomador, mas apenas a atividade-meio referida na Lei 5.645/70, tais como: transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras atividades assemelhadas, não há o que se falar em isonomia remuneratória, mesmo por que os sindicatos a que pertencem tais

empregados são distintos, e entendimento contrário certamente violará a literalidade dos arts. 611 da CLT e 7º, inc. XXVI, da CF/88.

A jurisprudência ainda não é pacífica. Vejamos o que diz decisão do Tribunal Superior do Trabalho, decidindo pela equivalência dos direitos e salários:

TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO DE OBRA E OS CONTRATADOS DIRETAMENTE PELA TOMADORA DOS SERVIÇOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA 1. À falta de previsão legal específica, socorrendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito, bem como atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (LICC, arts. 4º e 5º), aplica-se o preceito inscrito na alínea a do artigo 12 da Lei nº 6.019/74 para reconhecer aos empregados terceirizados tratamento isonômico em relação àqueles contratados pela tomadora dos serviços, desde que haja igualdade de funções. 2. O legislador ordinário lançou mão do referido dispositivo no intuito de coibir qualquer tratamento discriminatório gerado a partir de possível diferenciação de conduta e de salário, no ambiente de trabalho, entre os empregados temporários e os de mesma categoria da empresa tomadora. Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior gravidade, constância e profundidade tal circunstância verificar-se-á na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções. 3. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para, reconhecendo o direito dos Reclamantes, terceirizados, à isonomia salarial com os empregados da tomadora dos serviços exercentes das mesmas funções, restabelecer a r. sentença. (TST-E-RR-654.203/00.9, DJ -11/11/2005, João Oreste Dalazen).

Em sentido contrário:

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - ISONOMIA ENTRE EMPREGADOS DAS EMPRESAS PRESTADORA E TOMADORA DOS SERVIÇOS - IMPOSSIBILIDADE. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, os empregados de empresa prestadora de serviços não têm direito ao recebimento das vantagens salariais inerentes à categoria dos empregados da empresa tomadora dos serviços, em face do princípio da isonomia, quando nem sequer foi reconhecida a existência de vínculo empregatício com a referida tomadora. 2. Com efeito, é possível a responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços (Súmula 331 do TST) pelos direitos trabalhistas não honrados pela prestadora dos serviços, mas sempre tendo por base aqueles próprios da categoria à qual pertence a empresa prestadora, sendo certo que os referidos empregados têm direito apenas às mesmas condições ambientais de trabalho, por laborarem no mesmo local. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (Processo: RR - 46200-93.2009.5.13.0024 Data de Julgamento: 13/10/2010, Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/10/2010).

Portanto, conclui-se, que apesar de diversificadas interpretações e posicionamentos, a melhor linha a ser seguida é a de que o salário equitativo deve ser sim aplicado tanto na terceirização ilícita, quanto na terceirização lícita, pois em um Estado Democrático de Direito, em que se combate todo tipo de discriminação, não há razão para que homens, como então trabalhadores, sejam tratados diferentemente, somente pelo fato de serem distintos os tipos de contratos por eles firmados.

3.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Responsabilidade subsidiária é aquela que vem para reforçar a obrigação principal, significa dizer que é responsabilidade secundária, que vem depois. A responsabilidade subsidiária não se confunde com responsabilidade solidária, pois nesta cada titular responde pela totalidade da obrigação, não existindo o benefício de ordem, enquanto que na responsabilidade subsidiária existe uma ordem vertical, em que os responsáveis são chamados sucessivamente, existindo o benefício de ordem. Dessa forma, o responsável subsidiariamente terá o direito de regresso contra o responsável principal e exige-se que o responsável principal esteja inadimplente para que torne efetiva a responsabilidade subsidiária.

Portanto, quando a empresa terceirizante não cumprir com seus débitos trabalhistas, caberá ao tomador de serviços suprir a dívida.

A Lei n. 6.019/74, inicialmente, tratou da responsabilidade em questões de terceirização em seu artigo 16:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Todavia, verifica-se que tal dispositivo trata de responsabilidade solidária e apenas abrange contribuições previdenciárias, remuneração e indenização, incidindo somente nos casos de falência da empresa contratada. Portanto, vê-se

que constitui dispositivo de limitada abrangência, não se aplicando aos demais casos de responsabilidade.

Contudo, a jurisprudência trabalhista compreendendo que seria necessária a ampliação dessa temática, sumulou o Enunciado 331, IV, fixando a seguinte premissa:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Tal súmula expressamente prevê que a responsabilidade é subsidiária, ou seja, o tomador de serviços só responderá quando houver inadimplência por parte do empregador, e a responsabilidade alcança todas as obrigações trabalhistas.

Dessa forma, o dispositivo legal veio para aumentar a abrangência da responsabilidade nas relações contratuais terceirizadas, não sendo mais necessária a interpretação analógica do artigo 16 da Lei do Trabalho Temporário.

Essa responsabilidade decorre da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do tomador de serviços. Na culpa *in eligendo* este escolhe mal seu prestador de serviços, escolhendo empresas inidôneas. Já na culpa *in vigilando* o tomador de serviços não fiscaliza o cumprimento das obrigações contratuais entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. Portanto, do descuido ou da inadimplência da prestadora de serviços nasce a responsabilidade subsidiária.

Os tribunais têm entendido nesse sentido de acordo com os seguintes precedentes jurisprudenciais:

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR. No âmbito da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, não basta a regularidade da terceirização, há que se perquirir sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada durante a vigência do contrato. Ora, sob esse aspecto, atribui-se ao tomador dos serviços a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, ensejadoras da responsabilidade civil que gera o dever de reparação pelo ato ilícito, que por sua vez, constitui-se na ação ou omissão, atribuível ao agente, danosa para o lesado e que fere o ordenamento jurídico, com fulcro no art. 159 do Código Civil, aplicável no âmbito do Direito do Trabalho, por força do art. 8º consolidado. O tomador dos serviços ou o dono da obra responde na medida em que negligenciou sua obrigação e permitiu que o empregado trabalhasse em seu proveito, sem receber a justa contraprestação pelo esforço despendido.
(TRT 3ª R. - 1ª Turma - ROPS 1105/01 - Rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 17.05.2001).

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS. Aplicação do inciso IV da Súmula 331 do TST. A responsabilidade da tomadora de serviços decorre de sua culpa "in iligendo" e "in vigilando", na contratação e manutenção do contrato de prestação de serviços, não se relacionando com o estabelecimento de vínculo de emprego com o reclamante. (TRT-2 - RO 951/2006 - Rel. Ivete Ribeiro, DJ 19.06.2009).

Entende-se, portanto, que pelo dano causado ao trabalhador o tomador de serviços deverá responder desde que a empresa terceizante não arque com as devidas obrigações. O tomador deverá ser chamado após esgotadas todas as possibilidades de cobrança ao devedor principal, nascendo, assim, a responsabilidade subsidiária do tomador, que pode ser suprimida após prova de que não houve culpa deste.

Destarte, percebe-se que o objetivo dos dispositivos criados é garantir ao trabalhador terceirizado mais segurança nas suas relações, a fim de coibir qualquer tipo de inadimplência das obrigações trabalhistas.

4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O objetivo do seguinte capítulo é tratar da terceirização quando utilizada pela Administração Pública, abordando desde o início até os dias de hoje, enfocando-se principalmente a Súmula 331 e suas mudanças.

A terceirização na Administração Pública surgiu com o advento do Decreto-Lei nº 200 de 25 de julho de 1967, onde se permitiu, sempre que fosse necessário, executar indiretamente algumas atividades, através de contrato. Está previsto no artigo 10, § 1º, alíneas “a”, “b”, “c” e §7º:

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

§1º A descentralização será posta em prática em três planos principais.

- a) dentro dos quadros da Administração Federal distinguindo-se claramente o nível de direção de execução;
- b) da Administração Federal para as unidades Federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada mediante contratos ou concessões.

§ 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 da execução.

Da leitura dos dispositivos citados percebe-se claramente a opção da descentralização das atividades na Administração Pública, bem como, a delimitação para seus principais âmbitos de atuação. Verifica-se no § 7º que o legislador permitiu a utilização de empresas especializadas em determinadas atividades, ainda menciona expressamente que o objetivo da utilização desse tipo de contratação é impedir o inchaço da máquina administrativa.

A terceirização na Administração Pública no Brasil começou a ser usada mais frequentemente após a Reforma do Aparelhamento do Estado, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Durante essa reforma, extinguíram-se os cargos de nível médio e intermediários das atividades-meio e passaram a contratar esses serviços, deixando de ser utilizado o concurso como meio de seleção para ocupar esses tipos de cargos.

Segundo o entendimento de Pereira (1997, p. 19) um dos principais componentes dessa reforma administrativa é “a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização”. Pereira (1997, p. 19) ainda nos ensina que reformar o Estado significa definir o seu papel, deixando para o setor privado as atividades que não lhe são específicas.

Há também quem acredita que a terceirização apresenta-se como uma prática inconstitucional. Segundo Souto Maior (2010, p. 20):

Terceirizar é colocar a força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra. Na esfera da Administração Pública trata-se de uma prática que fere vários preceitos constitucionais. A Constituição determina que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. O direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da redução dos direitos do trabalhador — isso seria o mesmo que colocá-lo em uma situação de subcidadania.

Tal autor afirma que esta é uma prática imoral e sem sentido, pois estaria sendo realizada a partir da precarização dos direitos dos que prestam esses serviços, a partir do barateamento da mão-de-obra. E que no ordenamento jurídico brasileiro não existe nenhuma norma que defina a possibilidade de utilização de mão-de-obra interposta para a realização das atividades que fazem parte da dinâmica administrativa.

Referido posicionamento não condiz com a realidade da terceirização, que mesmo sendo prática recente, está trazendo inúmeros benefícios para a Administração Pública e caracteriza-se como sendo um meio moderno de administração onde cria uma verticalização e descentralização no Estado, para que este venha a praticar suas funções com mais eficácia e eficiência, a fim de garantir melhores resultados.

O artigo 1º da Lei 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional elenca as atividades que podem ser terceirizadas:

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 indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Dessa forma, percebe-se que as atividades que podem ser terceirizadas são atividades-meio, e este rol não se distancia muito do elencado no parágrafo único do artigo 3º da Lei 5.645/70 já mencionado.

Portanto, a Administração Pública buscou a colaboração do setor privado para a realização de atividades-meio, a fim de que pudesse concentrar-se no desenvolvimento de suas principais atividades.

Assim, terceirização e concessão de serviços públicos não se confundem, pois na concessão o objeto do contrato é a prestação de um serviço público em sua totalidade, já na terceirização é um segmento desse serviço público, outra diferença é que na terceirização sua atividade é remunerada pelo Estado e na concessão é remunerada pelo usuário ou outra forma de remuneração determinada pela exploração do serviço e esta também só poderá ser realizada por pessoa jurídica, em seu próprio nome e por sua conta e risco.

4.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização já é bastante utilizada no âmbito privado e trouxe muitas vantagens para esta, surgindo como um instituto muito vantajoso também para a Administração Pública, trazendo mudanças bastante significativas para os entes públicos, afetando de maneira direta em sua eficácia.

Todavia, esse instituto deve ser usado de maneira bastante cuidadosa, a fim de que se possa garantir maior segurança jurídica nas relações. Desse modo, o uso dessa forma de contratação pode ocasionar tanto vantagens como desvantagens para a Administração Pública.

Podemos destacar algumas vantagens trazidas por esse instituto segundo Giosa (1999, p. 27-28):

- Desenvolvimento econômico, que se reflete através da criação de novas empresas, bem como aumenta o número de empregos;
- Especialização de serviços, os serviços a serem prestados requerem a especialização das empresas e seu aperfeiçoamento operacional;
- Competitividade das empresas, a necessidade de aperfeiçoamento acaba criando maiores oportunidades, estimulando a concorrência, fazendo com que as empresas melhorem cada vez mais a sua eficácia e qualidade na prestação dos serviços;
- Qualidade dos serviços é a meta a ser atingida pela Administração Pública e deve ser o maior benefício trazido pela terceirização;
- Aprimoramento do sistema de custeio, pois há a necessidade de que cada atividade seja conceituada o seu custo, sendo dessa maneira que poderão ser comparados os custos das atividades prestadas, a fim de que se possa reduzir seus custos;
- Diminuição do desperdício, através da otimização dos recursos;
- O enfoque da Administração Pública apenas na sua atividade-fim, deixando para terceiros a realização das atividades que não lhe são próprias ou principais;
- Valorização dos talentos humanos, devido à necessidade de aprimoramento e especialidade na prestação dos serviços, os seres humanos estão cada vez mais buscando estarem capacitados e aperfeiçoados para poder realizá-las;
- Agilidade das decisões, a redução de níveis hierárquicos ocasionou na descentralização das atividades, o que levou à maior rapidez e adequação;
- Menor custo, havendo planejamento e quando a terceirização é bem contratada a atividade terceirizada fica custando bem menos do que se fosse realizada pela própria Administração Pública;
- Crescimento da organização, pois esta estará concentrada na realização de sua principal atividade, realizando com mais eficiência sua missão.

É importante frisar, também, que existem inúmeras restrições e riscos trazidos por esse instituto, em especial quando não é bem planejado e contratado pela Administração Pública.

Cite-se algumas desvantagens trazidas pela terceirização de acordo também com Giosa (1999, p. 29):

- Desconhecimento sobre o assunto, por se tratar de novo instituto pouco divulgado e estudado;
- Resistências que existem pelo lado conservador, sendo causada também pelo total desconhecimento ou da própria falta de planejamento;
- Dificuldade de se encontrar parceiros que atendam às necessidades da Administração, isso deve ser solucionado através de uma boa escolha da empresa que irá prestar os serviços;
- Risco de coordenar, pois a Administração perde o poder de execução, cabendo à empresa contratada fiscalizar e delimitar suas atividades, isso reflete na importância da boa escolha da empresa que irá prestar os serviços;
- Falta de parâmetros de custos internos para poder comparar os preços dos serviços contratados;
- Desconhecimento da legislação trabalhista.

É sabido que cada relação jurídica traz algumas desvantagens e a terceirização os carrega sobremaneira, portanto, é necessário que o instituto seja utilizado e controlado pela legislação para que possam ser atingidos seus objetivos.

Diante do exposto, entende-se que, mesmo existindo restrições à terceirização, esta constitui prática bastante benéfica, tanto no âmbito da Administração Pública como no âmbito privado. A diferença traduz-se na escolha do fornecedor da mão-de-obra. Ao eleger um fornecedor melhor qualificado, idôneo e com boa capacidade técnica, inevitável será o sucesso dessa prática.

4.2 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há grande controvérsia acerca da responsabilidade pelos débitos trabalhistas originários do contrato de trabalho, quando a Administração Pública terceiriza suas atividades e a prestadora dos serviços não é idônea.

O problema surge com a redação do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, que estabelece normas acerca dos Contratos e Licitações na Administração Pública. Dentre elas está a seguinte prerrogativa:

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.

Tal norma dispõe sobre a isenção da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, sobre qualquer encargo trabalhista, quando a prestadora de serviços for inadimplente.

Percebe-se com a leitura do artigo que este não está de acordo com o previsto no inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas do empregador inadimplente.

Dessa forma, podemos destacar duas correntes interpretativas sobre o tema. Na primeira corrente estão os que defendem a responsabilização estatal, em segundo vem os que defendem, em sentido oposto, a não responsabilização estatal.

A primeira corrente fundamenta-se nos conceitos de culpa *in vilgillando* (causada pela má seleção da prestadora de serviços) e culpa *in eligendo* (advinda da falta de fiscalização da tomadora de serviços sobre os atos da prestadora de serviços). Também, fundamenta-se na inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata sobre a relação entre pessoas jurídicas de direito privado e de direito público que são prestadoras de serviços públicos, e demonstra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros.

§ 6º 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.

O referido artigo trata da responsabilidade civil do Estado e afirma que, responderão as empresas de direito público ou privado pelos danos causados por seus agentes a terceiros, sendo garantido o direito de regresso em casos de dolo ou culpa.

Nesse sentido, cumpre destacar a decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Estado da Paraíba abaixo atribuindo fundamentação constitucional à responsabilidade do Estado:

RELAÇÃO DE EMPREGO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

[...] salvo a hipótese de comprovada fraude documental, dispõe a Administração de todos os elementos jurídicos suficientes a garantir a execução plena do contrato administrativo de terceirização lícita de serviços especializados, razão pela qual eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da contratada frente aos empregados, certamente contou com a conivência, ainda que sem culpa ou dolo, dos agentes públicos responsáveis, tanto na escolha da prestadora, donde decorreria a culpa in eligendo por parte da Administração, quanto na falta ou insuficiência de acompanhamento da execução do contrato, o que materializaria a culpa in vigilando. E nesta circunstância, o dever de indenizar do Estado decorre da previsão constante do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que por força do princípio da hierarquia das leis sobrepõe-se à vedação de que trata o § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93."(Rodrigo Curado Fleury, em estudo publicado na edição de setembro da revista jurídica eletrônica "jus navegandi" (<http://www.jus.com.br>). Daí porque a evolução de entendimento pessoal para acompanhar a nova jurisprudência do C. TST (Enunciado 331, IV, da Súmula de Jurisprudência do C. TST, na redação dada pela Resolução nº 96/2000, in DJU de 18.09.2000), no sentido de que "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Analisando a decisão acima, observa-se que os adeptos dessa corrente atrelam-se ao fato de que tais normas ao conflitar-se, a norma constitucional sobrepõe-se ao disposto na lei 8.666/93, sendo, portanto, considerada norma inconstitucional. Esta corrente é a majoritária.

Já a segunda corrente dispõe sobre a não responsabilidade do Estado, alegando a total falta de vínculo de emprego entre o tomador de serviços e o empregado da firma terceirizada. Tal corrente fundamenta-se na leitura literal do artigo 71, da lei 8.666/93.

Sobre o assunto destaca Avellar (2011, p. 55):

Quanto à responsabilidade pelas parcelas decorrentes do trabalho realizado, tenho que, não sendo possível o reconhecimento do vínculo de emprego, não há como se reconhecer o direito de pleitear verbas trabalhistas correspondentes, isto em relação à Administração Pública. Ora, qualquer espécie de indenização deve ser alcançada junto à empresa fornecedora de mão-de-obra ou do serviço. Ao estado não pode resultar essa responsabilidade do mau administrador, devendo-se, mais uma vez, ressaltar que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse individual.

Segundo o citado autor a responsabilização do Estado não será possível, pois não tendo a possibilidade de se reconhecer o vínculo trabalhista não há que se falar em responsabilidade e que qualquer indenização deverá ser pleiteada junto à empresa terceirizante.

Ressalta-se também o seguinte julgado:

Terceirização. Autarquia. Inexistência de responsabilidade subsidiária. Considerando-se que a administração pública fulcra-se no princípio da legalidade, o não pagamento das obrigações trabalhistas, por empresa fornecedora de mão-de-obra, não implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, quando este é entidade pública, por força do que dispõe a Lei 8.666/93, em ser art. 71, parágrafo 1º e art. 37, inc. XXI, da atual Carta Política. Recursos providos. (TRT-RO- 600/97 - 13a. Reg. - Relatora Ana Maria Ferreira Madruga - Publicado no DJ em: 25/10/97, Página: 13)

Os referidos autores e julgados adeptos dessa corrente minoritária afastam a responsabilidade objetiva do estado, pois na citada situação não está presente o nexo causal, que é pressuposto indispensável à responsabilidade objetiva, sendo a hipótese prevista pelo § 6º do artigo 37 da Constituição Federal completamente distinta.

Observa-se que são muitas as interpretações e os julgados sobre o tema. Dessa forma, entende-se que a posição mais acertada sobre o assunto é aquela em que mais atende aos preceitos presentes na nossa Carta Magna. Desse modo, deixar de responsabilizar o Estado, nada mais é do que fraudar o processo terceirizante e desrespeitar os direitos do trabalhador.

Dessa forma, não se admite que a Administração Pública seja genericamente responsável subsidiária da empresa prestadora dos serviços, com essa sistemática dificultou-se a possibilidade da responsabilização do poder

público, pois referida obrigação apenas surgirá se comprovada a culpa deste, ou seja, sua falha ou falta de fiscalização da empresa terceirizante.

4.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16

Diante da discussão perante o conflito existente entre o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o governador do Distrito Federal propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71, ingressando com pedido de liminar perante o Supremo Tribunal Federal, para que justificasse sua utilização.

Como já mencionado o artigo 71, §1º da Lei n. 8.666/93, a Lei de Licitações, prevê que a Administração Pública não é responsável por qualquer inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

Todavia, não obstante a clareza de tal dispositivo ao tratar da responsabilidade do Poder Público, predominantemente a jurisprudência tem decidido contrária a essa lei, negando referida isenção. Assim, em sentido contrário o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 331, tendo como teor o seguinte enunciado:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

[...]

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.

Percebe-se claramente que mencionada súmula prevê dispositivo que contraria à Lei n. 8.666/93 sobre a responsabilidade do Poder Público perante as obrigações trabalhistas, responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública pelos débitos trabalhista, quando esta fizer parte de qualquer contrato de serviço terceirizado, portanto, a Administração responderá automaticamente pelas dívidas não pagas, devido à responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, pela

culpa *in vigilando*, quando este tem o poder de fiscalizar a prestação de serviços, mas não realiza da devida maneira.

Contudo, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho afronta visivelmente o texto legal, tratando-se de decisão *contra legem*, correspondendo à declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Tal declaração afronta o princípio da Reserva de Plenário expressa no artigo 97 da Constituição Federal: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público." Afronta também a Súmula Vinculante nº 10:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho ao aplicar e publicar de modo indiscriminado a Súmula 331, negando tacitamente a vigência da Lei n. 8.666/93, sem que houvesse decidido em Plenário a inconstitucionalidade do dispositivo, criando responsabilidade não prevista em lei para as entidades estatais, estaria violando claramente a Súmula Vinculante nº10, bem como, o artigo 5º, inciso II da Carta Magna, onde preceitua que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se conforme o Informativo nº 610:

Reclamação: inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e ofensa à Súmula Vinculante 10 - 4

Ao se reportar ao julgamento acima relatado, o Plenário, em conclusão, proveu dois agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a reclamações, ajuizadas contra acórdãos do TST, nas quais se apontava ofensa à Súmula Vinculante 10 [*"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."*]. Sustentava-se que o Tribunal *a quo*, ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte [*"TST Enunciado nº 331 ... 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).”] — v. Informativos 563, 585 e 608. Julgaram-se procedentes as reclamações para determinar o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, ora declarada. Concluiu-se que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a citada Súmula 331, negava implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que o seu Plenário houvesse declarado a inconstitucionalidade. O Min. Ricardo Lewandowski, relator da Rcl 7517/DF reajustou o voto proferido anteriormente. Vencido o Min. Eros Grau, relator da Rcl 8150/SP, que negava provimento ao recurso.

Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.11.2010. (Rcl-7517)
Rcl 8150 AgR/SP, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 24.11.2010. (Rcl-8150)

Destarte, a Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Governador do Distrito Federal em 07/03/2007, buscava o reconhecimento e a declaração de que o dispositivo da Lei de Licitações é considerado válido na ordem constitucional. Em recente julgado a referida Ação Declaratória de Constitucionalidade foi considerada procedente.

O § 1º e caput. do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 foi considerado constitucional, por votação majoritária pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, em sessão do dia 24/11/2010, cujo teor está presente no Informativo nº 610, nos seguintes termos, que merecem reprodução na íntegra:

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“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.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se,

também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT ("*§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*"). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Saliou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

Tal julgado decidiu não ser possível a responsabilização do Estado somente pelo fato do mesmo ser negligente ou não proceder à fiscalização do contrato administrativo realizado.

É importante frisar que a declaração de constitucionalidade desse dispositivo não leva à total isenção do Estado, devendo o Tribunal Superior do Trabalho analisar caso a caso as ações que envolvam a Administração Pública em casos de responsabilidade. Deverá, portanto, o Judiciário analisar se a inadimplência da prestadora de serviços é causada principalmente pela falha ou pela total falta de fiscalização do Estado, não sendo mais considerada automaticamente responsável por essas obrigações.

Segundo o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso (Notícias STF, 2010), tal decisão não impedirá que o Tribunal Superior do Trabalho reconheça a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa, bem como o Supremo Tribunal Federal não poderá impedir que o Tribunal Superior do Trabalho decida de acordo com outras normas, dependendo das causas, de reconhecer a responsabilidade do Poder Público.

O ministro Ayres Brito (Notícias STF, 2010) não concordou com a decisão afirmando que a terceirização não tem previsão constitucional, ressaltando que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: concurso, nomeação para cargo em comissão e contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Dessa forma, de acordo com o ministro, havendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas o Poder Público deverá ser responsabilizado por elas.

O que fica esclarecido é que não se pode aplicar o artigo 37, §6º da Constituição Federal, pois o Estado adota a teoria do risco administrativo, e segundo esta a responsabilidade é objetiva para os atos comissivos, ou seja, dispensa-se a culpa ou dolo, já para os atos omissivos a responsabilidade é subjetiva, deverá ser verificada a culpa do Estado. Portanto, deverá ser caracterizado o dano e o nexo causal, e nesse caso, como é fato de terceiro, o nexo causal será interrompido.

Contudo, não existe culpa *in vigilando*, muito menos culpa *in eligendo*, pois na primeira a fiscalização que a Administração exerce é aquela sobre o objeto do contrato e não sobre os empregados da empresa contratada, já na culpa *in eligendo* o Estado realiza a escolha de seus contratados de acordo com os limites

legais, na forma de licitação, onde a empresa que vence o processo será a contratada, não é o agente que a escolhe.

Outro ponto relevante, é que se a Administração fosse sempre responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, estaria pagando duas vezes pelo serviço a ser prestado. Além do mais, empresas agindo de má-fé ofereceriam serviços ao Estado por um preço bem mais baixo que o comum, pois, ao vencer o processo licitatório, saberiam que se não arcassem com as suas obrigações trabalhistas, estas seriam cobradas subsidiariamente ao Estado.

4.4 NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331

Consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho teve que rever o entendimento previsto na Súmula 331.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho no dia 24/05/2011, em sessão plenária, modificou o item IV e acrescentou mais dois incisos à Súmula 331, nos seguintes termos:

[...]

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

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

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

Da leitura dos dispositivos percebe-se a retirada do inciso IV do texto “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”, que responsabilizava a Administração Pública por todas as obrigações inadimplidas do prestador de serviços, desde que esta tenha participado da relação contratual.

Bem como, acrescentou-se ao enunciado o item V, para adequar a sua jurisprudência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No item V, verifica-se que o Tribunal Superior do Trabalho manteve a responsabilidade subsidiária do ente público, mas desta vez deverá ser verificada a culpa deste para que seja observada tal responsabilidade. Diferentemente do que antes era defendido em tal enunciado, quando a responsabilidade era atribuída a Administração desde que esta fizesse parte do contrato.

Por conseguinte, para que seja caracterizada a responsabilidade da Administração Pública será preciso proceder à apreciação da culpa desta. Necessário se faz a demonstração da conduta irregular e que esta esteja em desacordo com a ordem jurídica. Portanto, caberá ao reclamante o ônus da prova.

Nesse sentido, as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho já tem entendido de acordo com tais mudanças. Em sessão do dia 01/06/2011 a Terceira Turma decidiu da seguinte maneira, processo que envolvia a Petrobrás e empregado de empresa terceirizada:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O excelso STF concluiu, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cujo acórdão ainda pende de publicação, que os artigos 1º, IV, e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não contrariam a diretriz traçada pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao menos no que tange à completa irresponsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados pelas empresas unidas em licitações contra seus próprios empregados. Para adequar sua jurisprudência ao entendimento do excelso STF, o TST, em sessão plenária de 25/05/2011 acrescentou o item V à Súmula 331 do TST, assentando que os entes da administração pública direta e indireta serão subsidiariamente responsáveis caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93. No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite concluir pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Nesse contexto, não há como atribuir responsabilidade subsidiária à PETROBRAS impondo-se a sua exclusão da lide. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-82500-08.2008.5.21.0011, em que é Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS e são Recorridos LENILDO RODRIGUES DA SILVA e SERVIMEC ENGENHARIA E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA.

Diante do exposto, conclui-se que, de acordo com o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e pelo novo inciso inserido no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho,

somente a caracterização da inadimplência do contratado não transfere à Administração a responsabilidade pelos encargos advindos da relação contratual, deverá, portanto, ser constatada a culpa e o descumprimento das obrigações legais e contratuais para que o ente público seja responsabilizado.

Nesse sentido, o dispositivo modificado traz a possibilidade da responsabilização do poder público, causado por sua culpa advinda da má fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora. Não sendo mais uma responsabilidade automática, como era admitida antes da mudança, deverá agora ser comprovada a culpa do ente público. Desse modo, será essencial o exame da culpa, cabendo o ônus da prova ao reclamante, no qual este deverá ao menos demonstrar omissão por parte da Administração.

5 CONCLUSÃO

A terceirização apresenta-se como um fenômeno que tem como marco histórico a Segunda Guerra Mundial. A noção de terceirização no Brasil foi trazida por multinacionais na década de 50, que tinham como principal interesse a preocupação com a essência de seu negócio.

Esse modelo de contratação de mão-de-obra é diferente daquele modelo clássico, bilateral, caracteriza-se como sendo um modelo trilateral que envolve empregado, empregador e tomador de serviços. Tem como objetivo o fornecimento de mão-de-obra especializada para a realização de atividades acessórias da tomadora de serviços, a fim de que se aperfeiçoe a produção e reduza seus custos. Contudo, nem todas as atividades de uma empresa são passíveis de terceirização.

Destarte, procedeu-se ao estudo da evolução histórica desse instituto, bem como, de seu conceito, posteriormente, ponderou-se sobre a diferenciação de terceirização lícita da ilícita, sobre os efeitos jurídicos desta, analisando os efeitos causados pelo vínculo com o tomador de serviços e o contraponto advindo da questão de isonomia salarial e os aspectos relevantes sobre a responsabilidade subsidiária sempre atentando à Súmula 331.

A Súmula 331 enunciou algumas situações em que se admite a terceirização, quais sejam: trabalho temporário, atividades de vigilância e atividades de conservação e limpeza.

Tal súmula dispõe também sobre a possibilidade de terceirização das atividades meio, dizendo que só atividades desse tipo poderão ser terceirizadas, desde que não haja pessoalidade, nem subordinação entre o empregado e a empresa tomadora de serviços. Assim, sendo configurada a realização por terceiros de atividades-fim, a terceirização será caracterizada como ilícita.

Outro ponto relevante abordado pela presente pesquisa consistiu na questão da terceirização quando utilizada pela Administração Pública. Há quem questione sua constitucionalidade, mas esta já é prática corrente no poder público.

Grande discussão foi percebida sobre a responsabilidade da Administração Pública nos casos em que a empresa terceirizante é inadimplente quantos às obrigações trabalhistas. A antiga redação da Súmula 331 estabelecia que a responsabilidade do ente público era subsidiária, e que sempre que houvesse tal

inadimplência a Administração deveria arcar com tais verbas. Tal entendimento causou bastantes discussões doutrinária e jurisprudencial. Pois alegava-se que tal enunciado não estava de acordo com o artigo 71 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

Igualmente, abordou-se as correntes que estudam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Dando relevo a duas correntes, uma que adere à responsabilidade do Estado, fundamentado-se na culpa *in vigilando*, outra que entende não ser o Estado responsável por essas verbas, no qual fundamenta-se na leitura literal do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.

A fim de pacificar essa discussão o Supremo Tribunal Federal, que até então não havia se pronunciado sobre a questão, decidiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que havia sido proposta pelo Governador do Distrito Federal, onde declarava a constitucionalidade do referido artigo e estabeleceu que só poderá ser caracterizada a responsabilidade da Administração se ficar constado que essa agiu de forma negligente, ou seja, se comprovar que esta falhou ou faltou à fiscalização no momento de fiscalizar se a empresa tomadora de serviços vinha cumprindo suas obrigações legais e contratuais.

A partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, foram surgindo expectativas quanto ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho diante da Súmula 331.

Dessa forma, em junho de 2011 o Tribunal Superior do Trabalho a fim de se adequar ao entendimento da Suprema Corte modificou a Súmula 331, no qual adicionou o inciso V, onde expressamente mencionou que a responsabilidade da Administração só será caracterizada diante da culpa desta, no que tange a fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da empresa tomadora de serviços, ou seja, não há mais que se falar em culpa presumida do ente público, e em responsabilidade automática do ente público.

Os órgãos da Justiça do Trabalho já vêm proferindo os julgamentos de acordo com o esse novo posicionamento.

Destarte, conclui-se, que imprescindível foi a mudança na redação da Súmula 331, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O novo posicionamento referente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública ainda é muito recente, mas aos poucos as mudanças estão sendo absorvidas pelos tribunais trabalhistas.

Ressalta-se, por último, que o acórdão referente ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade não foi publicado até o presente momento.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Eloisa Maria Mendonça. **Direito do trabalho: reflexões atuais**. José Affonso Dallegrave Neto, Luiz Eduardo Gunther, Sérgio Luiz da Rocha Pombo (coords) – 22ª edição Jurua Editora, Curitiba, 2007.

AVELLAR, André Wilson. **Terceirização: responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária**. Disponível em <<http://www.trt13.gov.br>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 24 ago. 2011.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 01 set. 2011.

_____. **Decreto-Lei n. 200/67**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 25 set. 2011

_____. **Lei n. 2.271/97**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em: 30 set. 2011.

_____. **Lei n. 5.645/70**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm> Acesso em: 30 set. 2011.

_____. **Lei n. 6.019/74**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm> Acesso em: 30 set. 2011.

_____. **Lei n. 7.102/83**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm> Acesso em: 01 set. 2011.

_____. **Lei n. 8.036/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm> Acesso em: 19 out. 2011.

_____. **Lei n. 8.666/93**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 01 out. 2011.

_____. **Lei n. 8.863/94**. Disponível em: <
<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1994/8863.htm>> Acesso em: 01
set. 2011.

_____. **Lei n. 8.949/94**. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm> Acesso em: 19 out. 2011.

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

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2.ed. São Paulo, Ltr. 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIEESE. **Os Trabalhadores frente à terceirização**. - São Paulo, nº. 7, 1993
(Pesquisa DIEESE)

DINIZ, J.J.B.. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. Revista Jurídica Trimestral, n.21, jun 1999.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1999

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1791, 27 maio 2008. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11314>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MACEDO, Reane Viana. **A responsabilidade da administração pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2668, 21 out. 2010. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17664>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Terceirização na Administração Pública é Prática Inconstitucional**. Revista ADUSP. São Paulo, SP, Ano I, n.2, jan. 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTÍCIAS STF. **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada)**. Brasília, DF. Nov. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 07 out. 2011

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PIMENTEL, Desireé de Araujo. **O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 315, 18 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5187>>. Acesso em: 15 set. 2011.

RODRIGUES Pinto, José Augusto. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo, Ltr. 1997, p.144-145

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo, Ltr, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 610**. Nov. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 06 out. 2011.

_____. **Súmula Vinculante nº 10**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0010vinculante.htm> Acesso em: 01 out. 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo: **Nº-RR-654.203/00.9**. DJ - 11/11/2005. Rel. João Oreste Dalazen. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 21 set. 2011.

_____. Processo: **Nº RR - 46200-93.2009.5.13.0024** Data de Julgamento: 13/10/2010, Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/10/2010. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 21 set. 2011.

_____. Processo: **Nº TST-RR-82500-08.2008.5.21.0011**. DJ – 01/06/2011.
Rel. Horácio Raymundo de Senna Pires. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 07 out. 2011.

_____. **Súmula n. 331/93**. Disponível em:<
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm> Acesso em: 20 ago.2011.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. TRT 3ª R. - 1ª Turma - **ROPS 1105/01** -
Rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 17.05.2001. Disponível em:
<<http://www.mg.trt.gov.br/>> Acesso em: 24 set. 2011.

_____. TRT-2 – **Nº RO 951/2006** - Rel. Ivete Ribeiro, DJ 19.06.2009.
Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/>> Acesso em: 24 set. 2011.